



UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**ANÁLISIS CRÍTICO DEL ESTADO DE LA PROTECCIÓN DE LOS
CONOCIMIENTOS TRADICIONALES INDÍGENAS EN CHILE**

POR CAROLINA ALEJANDRA LEIGHTON BÓRQUEZ

Memoria presentada a la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas
y Sociales de la Universidad de Concepción, para optar al grado académico de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Profesor Guía: Ximena Sepúlveda Barrera.

**Abril 2019
Concepción, Chile.**

© 2019 CAROLINA ALEJANDRA LEIGHTON BÓRQUEZ

Se autoriza la reproducción total o parcial, con fines académicos, por cualquier medio o procedimiento, incluyendo la cita bibliográfica del documento.

TABLA DE CONTENIDOS

Tabla de Abreviaturas	v
Resumen	vi
Introducción	1
Capítulo 1. Marco Teórico.	3
1. ¿Qué?: Conceptos de Conocimientos Tradicionales y Protección.	3
1.1. Conocimientos Tradicionales	3
1.2. Protección	6
2. ¿Quién?: Titularidad de los conocimientos.	8
3. ¿Cómo?: Opciones de protección.	12
3.1. Protección mediante los sistemas de Propiedad Intelectual vigentes	12
3.2. Protección mediante la adaptación de los sistemas de Propiedad Intelectual Vigentes	13
3.3. Protección mediante sistemas <i>sui generis</i>	14
4. ¿Para qué?: Objetivo de la protección	15
5. ¿Por qué?: Justificación de la protección.	16
Capítulo 2. Legislación chilena relativa a los Conocimientos Tradicionales.	21
1. Forma de la regulación: Características.	21
2. Normas que lo regulan: La Ley N°19.039.	22
2.1. Derecho Marcario	24

2.2.	Patentes de invención	26
2.3.	Modelos de utilidad	29
2.4.	Dibujos y diseños industriales	30
2.5.	Esquemas de trazado o topografías de los circuitos integrados	31
2.6.	Secreto Industrial	32
2.7.	Indicaciones Geográficas y Denominaciones de Origen	33
3.	Conclusiones.	35

Capítulo 3. Análisis crítico de la regulación legal chilena sobre Conocimientos

Tradicional.		37
1.	Estado de la protección de los Conocimientos Tradicionales en Chile.	37
1.1.	¿Qué?: Conocimientos Tradicionales y Protección	37
1.2.	¿Quién?: Titularidad de los conocimientos	39
1.3.	¿Cómo?: Opciones de protección	40
1.4.	¿Para qué?: Objetivo de la protección	41
1.5.	¿Por qué?: Justificación de la protección	43
2.	Críticas y propuestas	45
Conclusiones		50
Bibliografía citada		52
Normas citadas		56

TABLA DE ABREVIATURAS

CBD	Convenio sobre la Diversidad Biológica
CC.TT.	Conocimientos Tradicionales
CIG	Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore
CIP	Clasificación Internacional de Patentes
D.O.	Diario Oficial
ECT	Expresiones Culturales Tradicionales
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura
INAPI	Instituto Nacional de Propiedad Industrial
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
PCT	Tratado de Cooperación en materia de Patentes
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

UNESCO Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la
Ciencia y la Cultura

RESUMEN

La presente investigación tiene por objetivo principal esclarecer cuál es el estado de la protección de los Conocimientos Tradicionales indígenas en la actual legislación chilena, en orden a establecer la base sobre la cual puedan desarrollarse futuras discusiones sobre las necesidades nacionales en materia de Conocimientos Tradicionales.

Para ello, se realiza una descripción tanto de los elementos doctrinarios relevantes en la materia, como de la legislación chilena pertinente, para proceder a comparar y catalogar el régimen chileno de protección de los Conocimientos Tradicionales indígenas dentro de los márgenes doctrinarios internacionales, y en atención a ello realizar un análisis crítico del mismo.

INTRODUCCIÓN

La preocupación por proteger los Conocimientos Tradicionales de los pueblos indígenas no comenzó sino hasta la segunda mitad del siglo XX, y aún así, no hubo un impulso concreto y cohesionado de otorgarle una regulación legal particular hasta al rededor de 1998, año en el cual la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual comienza a trabajar sobre el tema, estableciéndose ya en 2001 el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG). Este organismo, desde entonces, ha buscado concretar una normativa internacional de protección de estos conocimientos frente su apropiación ilícita y su uso indebido o abusivo, pero a la fecha, su misión sigue sin concluir.

A la espera de que el trabajo del Comité Intergubernamental de la OMPI rinda frutos, muchos países han decidido, a nivel nacional, legislar sobre la protección de los Conocimientos Tradicionales, adoptando diferentes formas de protección. Tal ha sido el caso de países tan diversos como la India, Nueva Zelanda, China, Tailandia, Perú, Brasil y Costa Rica, entre otros. Sin embargo, en Chile no se ha tenido igual preocupación por el tema, a pesar de la gran diversidad y riqueza existente en el

país en relación a los Conocimientos Tradicionales, y a pesar de encontrar en Chile alrededor de una decena de pueblos originarios, muchos de los cuales aún mantienen conflictos y deudas pendientes con el Estado. De modo similar, la doctrina nacional ha sufrido de esta falta de preocupación sobre la protección de los CC.TT. en el derecho interno. La mayoría de las producciones nacionales en la materia se han enfocado en el régimen internacional de protección de los Conocimientos Tradicionales, sin que se haya desarrollado en profundidad el aspecto nacional de la protección, a pesar de su manifiesta importancia.

Frente este escenario en el cual existe una ausencia de un régimen particular y claro de protección de estos conocimientos, así como una falta de desarrollo doctrinario sobre la situación de los Conocimientos Tradicionales en el derecho chileno, es que cabe realizarnos una pregunta que, si bien es básica, constituye la base para poder entablar discusiones sobre los CC.TT. indígenas en Chile, y, por sobre todo, para emprender un debate sobre eventuales modificaciones legales. Así las cosas, antes de estar en condiciones de discutir sobre el futuro, es necesario primero preguntarse ¿cuál es el estado de protección de los Conocimientos Tradicionales indígenas, actualmente, en el ordenamiento jurídico chileno?

En consecuencia, en la presente investigación buscaremos describir la regulación nacional en materia de protección de Conocimientos Tradicionales. Para esto, en el primer capítulo estableceremos la base doctrinaria internacional sobre la materia, señalando los elementos y las alternativas que se dan en el marco de la protección

de CC.TT. Para dar cumplimiento a esta labor, recurriremos principalmente a la doctrina establecida por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, especialmente aquella fruto de la labor del Comité Intergubernamental, y a doctrina extranjera.

En el segundo capítulo, estudiaremos la legislación chilena vigente en lo relativo a los Conocimientos Tradicionales indígenas, particularmente aquella relativa a la propiedad industrial, atendiendo también a documentos de organismos nacionales, como el Instituto Nacional de Propiedad Industrial.

Por último, realizaremos un análisis crítico de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico chileno respecto a los Conocimientos Tradicionales, para lo cual contrastaremos la doctrina internacional estudiada en el primer capítulo, con la legislación nacional relativa a Conocimientos Tradicionales indígenas, detallada en el segundo capítulo.

CAPÍTULO 1: MARCO TEÓRICO

El objeto de este estudio es el análisis del estado de la protección de los conocimientos tradicionales indígenas en Chile. Para delimitar y entender qué es lo que se va a analizar en el escenario nacional, es necesario responder primero una serie de preguntas que introducen al tema desde el plano doctrinario internacional. Dichas interrogantes son: ¿A qué nos referimos cuando decimos protección de conocimientos tradicionales indígenas? ¿En favor de quién se establece esta protección? ¿Cómo se ha planteado, en doctrina y derecho comparado, esta protección? ¿Qué objetivo se persigue estableciéndola?, y ¿por qué se hace necesaria?

1. ¿QUÉ?: CONCEPTOS DE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y PROTECCIÓN.

El primer paso para poder realizar un análisis de la protección de los conocimientos tradicionales (o CC.TT.) en nuestra legislación nacional, es determinar de qué hablamos cuando decimos Conocimientos Tradicionales indígenas, y a qué nos

referimos con protección, para de esta manera delimitar el objeto de nuestro estudio. Pasaremos a definir brevemente ambos conceptos, respectivamente.

1.1 CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Antes de abordar de lleno el concepto de Conocimientos Tradicionales, es necesario realizar un par de prevenciones. En primer lugar, que, si bien el término “Conocimientos Tradicionales” goza de un uso difundido, siendo utilizado tanto por académicos como por organismos internacionales y legisladores, no es de modo alguno el único que se ha empleado. Al referirse a ellos, se han utilizado expresiones como patrimonio indígena,¹ patrimonio cultural indígena, propiedad intelectual indígena,² conocimientos indígenas, tradición aborígen, entre otros variados términos.³ En el presente estudio, haremos uso del término Conocimientos Tradicionales, al tener un uso más extendido tanto en doctrina como por diversos

¹ “(T)odo lo que forma parte de la identidad característica de un pueblo, que puede compartir, si lo desea, con otros pueblos. (...) 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.” DAES, Erica-Irene A.; Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas*, Alto Comisionado/Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Ginebra, 1997.

² Para DAES, estaría comprendida por el folclore y la artesanía (ámbito del arte, literatura, bailes, composiciones, artesanías, motivos y diseños, etc); la diversidad biológica (variedades vegetales, y sus usos alimenticios, médicos, constructivos, etc.); y los conocimientos indígenas (aquellos obtenidos y transmitidos por comunidades indígenas, en estrecha relación con la tierra, plantas, animales, y sus interacciones). “Mesa Redonda de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Pueblos Indígenas”, Ginebra, (23 y 24 de julio de 1998.)

³ Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, *Los Conocimientos Tradicionales: Definiciones y Términos*, Ginebra, 2002.

organismos internacionales,⁴ y preponderantemente por ser el empleado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

Por otra parte, conviene mencionar que, respecto de este término, tampoco existe una estandarización en cuanto a qué significa. Se le ha dotado de distintas características, hablándose de conocimientos ecológicos tradicionales, por ejemplo, otorgándoles un enfoque medioambiental, como lo ha hecho la Convención sobre Diversidad Biológica,⁵ y en este sentido han tomado la expresión también organismos como la OMC y la FAO. También se han comprendido de modo genérico, de manera que engloba también a las expresiones culturales tradicionales (ECT), e incluso de modo más universal al patrimonio intelectual y al patrimonio cultural inmaterial.⁶ Frente a esta concepción extensiva de los conocimientos tradicionales encontramos otra acepción, más restringida, limitada exclusivamente a los conocimientos en sí, sin imponer restricciones en cuanto a su contexto o área del saber, como hace la CBD, siempre y cuando se circunscriban dentro del ámbito de lo tradicional. Es en este último sentido en el cual entenderemos a los conocimientos tradicionales en la presente investigación, mismo sentido en el cual

⁴ Por ejemplo, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), y la Organización Mundial del Comercio (OMC), especialmente en lo relacionado a la Declaración de Doha y la relación entre la Convención sobre Diversidad Biológica (CDB, que también utiliza el término CC.TT.) y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

⁵ Artículo 8° j) de la CBD: “(...) los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales *que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica (...)*”

⁶ Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, *Glosario de los términos más importantes relacionados con la Propiedad Intelectual y los Recursos Genéticos, los Conocimientos Tradicionales y las Expresiones Culturales Tradicionales*, Ginebra, 2014.

la OMPI y su Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG), han optado por comprenderlos. Así, si bien incluso la misma OMPI en ocasiones se ha referido a los CC.TT. englobando en ellos a las expresiones culturales tradicionales, como también lo ha hecho parte de la doctrina,⁷ se ha señalado acertadamente que las cuestiones que pueden suscitarse de una u otra pueden diferir, así como pueden recibir protección a través de mecanismos jurídicos distintos,⁸ razones por lo cual su estudio diferenciado resulta más apropiado, y por lo cual hemos decidido excluir el análisis de las expresiones culturales tradicionales en este trabajo.

Hechas las prevenciones precedentes, podemos señalar que, de acuerdo a la OMPI, los CC.TT. “constituyen un cuerpo vivo de conocimientos que es creado, mantenido y transmitido de una generación a otra dentro de una comunidad, y con frecuencia forma parte de su identidad cultural o espiritual. En pocas palabras, se entiende por CC.TT.:

- conocimientos, experiencia, competencia, innovaciones y prácticas,
- que se transmiten de una generación a otra,
- se enmarcan en un contexto tradicional, y

⁷ HUENCHUAN, Sandra, “Propiedad Cultural e Intelectual de los Pueblos Indígenas: Objetos y Enfoques de Protección”, *Revista Austral de Ciencias Sociales*, 2004, Vol.8, p. 82.

⁸ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Propiedad Intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales”, 2015, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/933/wipo_pub_933.pdf, 30 de agosto de 2018.

- forman parte de un modo de vida tradicional de las comunidades indígenas y locales, que desempeñan la función de guardianes o custodios.”⁹

Anteriormente, también indicó que los CC.TT. “hacen referencia a las obras literarias, artísticas o científicas basadas en la tradición; así como las interpretaciones o ejecuciones; invenciones, descubrimientos científicos; dibujos o modelos; marcas, nombres y símbolos; información no divulgada; y todas las demás innovaciones y creaciones basadas en la tradición que procedan de la propiedad intelectual en el ámbito industrial, científico, literario o artístico.”, y que “(l)a expresión “basadas en la tradición” se refiere a los sistemas de conocimientos, las creaciones, innovaciones y expresiones culturales que se han transmitido generalmente de generación en generación; se considera generalmente que pertenecen a un pueblo en particular o a su territorio y evolucionan constantemente en respuesta a los cambios que se producen en su entorno.”¹⁰

A través de los años, y en las múltiples publicaciones realizadas por la OMPI, ésta no ha mantenido una definición estática de los conocimientos tradicionales. Debido a la variedad de materias que pueden ser abordadas por los conocimientos tradicionales, y la variación cultural entre comunidades tradicionales, las definiciones deben ser genéricas para aspirar a ser universales. Las principales

⁹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Propiedad Intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales”, 2015, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/933/wipo_pub_933.pdf, 30 de agosto de 2018.

¹⁰ Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, *Los Conocimientos Tradicionales: Definiciones y Términos*, WIPO/GRTKF/IC/3/9, Ginebra, 2002, p. 13.

características¹¹ que identifican a estos conocimientos son el ser transmitidas generacionalmente, a menudo mediante tradición oral, encontrarse en constante evolución, y el estar especialmente vinculados con comunidades que los crean, desarrollan, y mantienen de modo colectivo, de modo tal que constituyen un elemento integrante de su identidad cultural, y frecuentemente, también espiritual. De esto deviene que existan también conocimientos tradicionales de carácter sagrado,¹² e incluso también secretos.

En cuanto al carácter tradicional, se ha recalcado que se refiere a los modos en que se obtiene y usa este conocimiento, principalmente en lo relativo al proceso social, único de cada pueblo, en que se lleva a cabo el aprendizaje y la enseñanza.¹³

A modo enunciativo, suele acompañarse estas definiciones genéricas de ejemplos. Así, constituyen conocimientos tradicionales aquellos relativos a usos medicinales o cosméticos de ciertas plantas, medicina tradicional, arquitectura tradicional, y métodos tradicionales de construcción, joyería, tejido, caza, etc.¹⁴

¹¹ ENDERE, María Luz; MARIANO, Mercedes, “Los conocimientos tradicionales y los desafíos de su protección legal en Argentina”, *Quinto Sol*, 2013, Vol. 17, Nº2, pp. 1-20.

¹² Aquellos CC.TT. que comprenden elementos religiosos y espirituales, y también los relativos a especies o sitios de carácter sagrados. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, *Glosario de los términos más importantes relacionados con la Propiedad Intelectual y los Recursos Genéticos, los Conocimientos Tradicionales y las Expresiones Culturales Tradicionales*, Ginebra, 2014.

¹³ BARSH, Russel L., “Indigenous Knowledge and Biodiversity, in Indigenous Peoples, Their Environments and Territories”, en: Posey, D. A. (ed.), *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity*, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Nairobi, 1999.

¹⁴ A mayor abundamiento, véase: Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, *Lista y breve descripción técnica de las diversas formas que pueden presentar los conocimientos tradicionales*, Ginebra, 2010.

Atendido lo expuesto, creemos que las definiciones genéricas proveídas por la OMPI resultan acertadas, e igualmente importante, útiles y funcionales, al establecer un marco general adaptable a culturas diversas, pero cuidando otorgar herramientas que permitan identificarlos. Así también ha opinado gran parte de la doctrina, que ha adherido a las descripciones de la OMPI, destacándola entre otras definiciones dadas como la más funcional para los efectos de dotarlos con protección jurídica.¹⁵

Por lo anterior, es que adscribimos a la concepción formulada por la OMPI, con la salvedad de lo planteado por ésta en cuanto a sus titulares o poseedores, materia que se tratará en detalle en la sección 2 de este capítulo, pero que conviene enunciar, por cuanto excluiríamos del análisis los CC.TT. de comunidades locales, para centrarnos de manera exclusiva en la protección de los conocimientos tradicionales indígenas, por sus especiales características, principios y fundamentos subyacentes, vinculados con el derecho indígena. En lo pertinente, la OMPI ha referido a los conocimientos indígenas, indicando que son “los conocimientos que poseen y utilizan comunidades, pueblos y naciones indígenas”.¹⁶

¹⁵ GIRSBERGER, Martin, “Traditional Knowledge and Intellectual Property Rights: The Current State of Play at the International Level”, *Jusletter*, 2004/2, Vol. 26, p.1-14; OSEI-TUTU, J. Janewa, “What Do Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions Have to Do with Intellectual Property Rights”, *Landslide*, 2017, Vol.9 N°4.

¹⁶ Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, *Glosario de los términos más importantes relacionados con la Propiedad Intelectual y los Recursos Genéticos, los Conocimientos Tradicionales y las Expresiones Culturales Tradicionales*, WIPO/GRTKF/IC/28/INF/7, Ginebra, 2014, p. 20.

Será en este estricto sentido que se utilizará la expresión conocimientos tradicionales, sin perjuicio de hacer análoga la expresión conocimiento indígena.

1.2 PROTECCIÓN

La Real Academia Española define “proteger” en una primera acepción como “Resguardar a una persona, animal o cosa de un perjuicio o peligro, poniéndole algo encima, rodeándolo, etc.”, y, en segundo término, como “Amparar, favorecer, defender a alguien o algo.” Si bien la protección a la cual nos referimos se circunscribe más bien en este segundo significado, cuando hablamos de la protección de los CC.TT., sobre todo en el ámbito de la OMPI y el CIG, la palabra adquiere un alcance más específico, como resguardo contra su explotación ilícita, o su uso no autorizado o indebido por parte de terceros, mediante la utilización de herramientas, derechos y principios propios de la propiedad intelectual.

En concreto se distinguen dos manifestaciones o formas de protección: la protección preventiva, y la protección positiva, las cuales pueden ser utilizadas independiente o conjuntamente para la consecución de los objetivos de la protección.

a) Protección preventiva:

Esencialmente se refiere a la no adquisición de derechos sobre los CC.TT. por terceros. El CIG ha descrito este ámbito de la protección de los CC.TT. como “una serie de estrategias para garantizar que un tercero no adquiera derechos de propiedad intelectual infundados o ilegítimos sobre la materia

objeto de los conocimientos tradicionales (...).¹⁷ Lo que esta faceta de la protección incluye son medios para evitar la concesión, infundada o ilegítima, de derechos de propiedad intelectual (e.g. patentes de invención) sobre conocimientos tradicionales, y en caso de que tal derecho hubiese sido erróneamente otorgado, medios para anular dicha concesión.

b) Protección positiva:

Esta segunda faz de la protección de los CC.TT. en esencia busca la adquisición de derechos sobre los CC.TT. por parte de sus poseedores, y como ha sido entendida por el CIG, entrañaría un doble contenido, y puede contemplar la utilización complementaria de mecanismos y herramientas ajenas a la propiedad intelectual.

En primer término, la protección positiva presenta un aspecto negativo, que busca impedir que los CC.TT. sean utilizados indebidamente o sin previa autorización de sus titulares. Por otra parte, la manifestación positiva de esta protección es aquella que permite a los detentadores de los conocimientos indígenas explotarlos, principalmente en un ámbito comercial, por ejemplo, al establecerse una empresa de vestuario empleando métodos tradicionales de tejido, implementando los CC.TT.

¹⁷ Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, *Glosario de los términos más importantes relacionados con la Propiedad Intelectual y los Recursos Genéticos, los Conocimientos Tradicionales y las Expresiones Culturales Tradicionales*, WIPO/GRTKF/IC/28/INF/7, Ginebra, 2014, p. 34.

Entendiendo la protección en esta clave, excluimos del estudio aquellos mecanismos, leyes y convenciones internacionales que tienen como fin la salvaguardia y preservación de los conocimientos tradicionales,¹⁸ como la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO.¹⁹ En este último contexto, lo que se persigue no es evitar la explotación ilícita del patrimonio cultural inmaterial, sino que se “entiende por “salvaguardia” las medidas encaminadas a *garantizar la viabilidad* del patrimonio cultural inmaterial, comprendidas la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización, transmisión -básicamente a través de la enseñanza formal y no formal- y *revitalización* de este patrimonio en sus distintos aspectos.”²⁰ En este entendido, lo que se busca es que los CC.TT. se mantengan, no desaparezcan, y que continúen floreciendo. Dicha labor resulta importante, y en nuestro país podemos encontrar varias menciones e iniciativas que buscan conservar y promover este desarrollo cultural, pero no es el sentido en el que entenderemos la protección para nuestros efectos. La salvaguardia se encuentra enfocada en el patrimonio cultural, en los CC.TT. pero la protección pone el énfasis en el elemento humano más que en el intelectual. Si bien es importante la salvaguardia de los CC.TT para la protección de éstos, lo central en esta materia son las comunidades y personas que los detentan,

¹⁸ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Propiedad Intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales”, 2015, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/933/wipo_pub_933.pdf, 30 de agosto de 2018.

¹⁹ Promulgada en Chile por el Decreto N°11 Ministerio de Relaciones Exteriores, 2009.

²⁰ Artículo 2.3 de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO.

otorgándoles derechos sobre sus creaciones intelectuales, y mecanismos efectivos y eficaces para poder proteger su relación con ellos, más que la sola supervivencia de los conocimientos de manera independiente de sus poseedores.

2. ¿QUIÉN?: TITULARIDAD DE LOS CONOCIMIENTOS.

Mucho se ha discutido respecto a quién sería el titular de los derechos que la protección de los CC.TT. otorgue, y a cómo se administrarían dichos derechos. Tradicionalmente, la titularidad de los derechos de propiedad intelectual ha sido individual, correspondiendo a personas naturales o jurídicas, con ciertas excepciones, como es el caso en materia de derecho de autor de las obras en colaboración, donde nos encontramos con dos o más autores que ejercen los derechos en comunidad.

Para la doctrina, han existido predominantemente tres opciones en cuanto a los poseedores de los conocimientos tradicionales.

En primer término, se ha postulado que sobre éstos no deberían otorgarse derechos de exclusividad a una persona o grupo determinado, sino que deben residir en el dominio público, estableciéndose libre acceso y uso de ellos, oponiéndose

abiertamente a la propietarización de la cultura.²¹ Inclusive, se sostiene que de existir de algún modo derechos exclusivos sobre estos conocimientos, corresponde que sus poseedores cedan dichos derechos en beneficio de la comunidad en general,²² toda vez que un amplio dominio público resulta beneficioso, en especial en países en vías de desarrollo, para el progreso económico e industrial.²³

Esta posición ha recibido amplias críticas. En primer lugar, no otorga protección alguna a los pueblos que han originado y mantenido el conocimiento, ni se les retribuye su esfuerzo intelectual. Si bien en muchos casos se ha exigido que el uso de CC.TT. que forman parte del dominio público sea respetuoso de la cultura a la que pertenece, no permite a ésta ejercer control alguno sobre la explotación de sus conocimientos, explotación que en variados casos ha sido desmedida y culpada de provocar una desintegración de la cultura de los pueblos indígenas.²⁴ Por lo demás, se ha señalado que el dominio público no cumpliría con los valores de igualdad, toda vez que resultaría un sistema mucho más favorable para grandes corporaciones, y en general, para los grupos más privilegiados, en detrimento de las porciones más vulnerables de la población.²⁵ Si bien tenemos que en el dominio público existe igualdad en el acceso a los conocimientos, y sus posibilidades de uso

²¹ CHANDER, Anupam; SUNDER, Madhavi, “The Romance of the Public Domain”, *California Law Review*, 2004, Vol.92, pp. 1331-1374.

²² LONG, Doris Estelle, “Traditional Knowledge and the Fight for the Public Domain”, *The John Marshall Review of Intellectual Property Law*, 2006, Vol.5, pp. 317-329.

²³ WÜGER, Daniel, “Prevention of Misappropriation of Intangible Cultural Heritage through Intellectual Property Law” en: Finger, J. M., Schuler, P. (eds.), *Poor people’s knowledge: promoting intellectual property in developing*, World Bank/Oxford University Press, Washington DC, 2004, 1ºed, p. 188.

²⁴ WÜGER, cit. (n. 23), p. 197.

²⁵ CHANDER; SUNDER, cit. (n. 21), p. 1335.

y explotación, en la realidad aquellos que detentan poder se encuentran en una posición ventajosa para su explotación, puesto cuentan con los recursos y los medios para ello. Así, si bien jurídicamente existe una igualdad entre ambas partes, la desigualdad material entre ellos no permite que se enfrenten en igualdad de oportunidades, y de esta forma la institución del dominio público habría colaborado a la explotación de grupos vulnerables, como los pobres, las mujeres, y pueblos indígenas.²⁶

En segundo término, encontramos la posibilidad de aplicar a los conocimientos indígenas un régimen de propiedad individual, manteniendo la configuración tradicional de los derechos de propiedad intelectual, para aplicarlos a los CC.TT. Se “sugiere que el derecho de propiedad occidental puede ser adaptado para conferir a los individuos (tanto indígenas como no indígenas) derechos exclusivos de propiedad y monopolio con respecto a la cultura (...)”²⁷

Mucho se ha discutido respecto a esta concepción, y en general se ha desestimado la compatibilidad entre sistemas eminentemente occidentales, y conocimientos y culturas indígenas, ya que los valores y creencias de una y otra cultura son muy diferentes, empezando por el concepto de propiedad individual. Al efecto, también se ha señalado que esta aplicación de conceptos ideados bajo este paradigma a

²⁶ CHANDER; SUNDER, cit. (n. 21), pp. 1334-1335.

²⁷ SIMPSON, Tony, *Patrimonio indígena y autodeterminación*, Documento IWGIA No.22, Programa de los Pueblos de los Bosques/IWGIA, Copenhague, 1997, p. 18.

pueblos indígenas y sus CC.TT. resultaría en una expansión colonialista sobre el terreno de la cultura indígena.²⁸

Finalmente, bajo todas estas consideraciones, es que la última opción ha gozado de la mayor aceptación a nivel doctrinario e internacional, y es la opción propuesta por la OMPI y por las comunidades indígenas en el plano internacional.²⁹ Se ha sostenido que la alternativa más adecuada a la titularidad de los conocimientos indígenas es que ésta recaiga colectivamente sobre los pueblos (o comunidades, como expresa la OMPI) indígenas, que creen, generen, desarrollen y practiquen CC.TT. en un contexto y condiciones tradicionales.³⁰ Así, se ha considerado que los CC.TT. “(...) se originan en la colectividad y ésta es quien los posee, por lo que los derechos e intereses sobre los mismos corresponden a las comunidades y no a individuos, incluso en los casos en los que dichos conocimientos o creaciones han sido generados por un miembro individual de una comunidad.”³¹ Esta concepción se aviene de mejor medida con el derecho indígena, y con la propia cultura que se pretende proteger.

²⁸ SIMPSON, cit. (n.27), p. 46.

²⁹ Declaración de Mataatua de los Derechos Intelectuales y Culturales de los Pueblos Indígenas, Whakatane, 1993.

³⁰ Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, *Glosario de los términos más importantes relacionados con la Propiedad Intelectual y los Recursos Genéticos, los Conocimientos Tradicionales y las Expresiones Culturales Tradicionales*, Ginebra, 2014, anexo p. 42.

³¹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Propiedad Intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales”, 2015, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/933/wipo_pub_933.pdf, 30 de agosto de 2018, p. 20.

Dentro del marco de la titularidad colectiva, se ha sugerido la posibilidad de establecer diferenciaciones dentro de la comunidad que detenta los CC.TT. en consideración a las diferencias propias que se dan dentro del grupo.³² Así, ciertos individuos dentro del grupo detentarían, en razón a las diferencias y atendiendo a motivos primordialmente socioculturales y de costumbre indígena, derechos específicos dentro de la colectividad. Un ejemplo de esto podrían ser los derechos preferentes que podrían tener las mujeres sobre técnicas textiles, al ser tradicionalmente las creadoras y custodias de dichos conocimientos. Este reconocimiento a las costumbres de los pueblos indígenas no sólo ha sido por parte de la doctrina, sino que también ha sido recogido por la OMPI, como se puede desprender de la referencia hecha a que “(...) en determinados casos, individuos como los curanderos tradicionales o agricultores que trabajan en la comunidad pueden ser considerados beneficiarios de las prerrogativas que se confieren.”³³ También se hace especial mención a que estas diferenciaciones surgen de interpretaciones, protocolos, leyes y prácticas consuetudinarias de la propia comunidad.³⁴

³² HUENCHUAN, cit. (n.7), p. 90.

³³ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Propiedad Intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales”, 2015, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/933/wipo_pub_933.pdf, 30 de agosto de 2018, p. 20.

³⁴ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, cit. (n. 33) p. 20.

Por último, conviene destacar que, para nuestros efectos, sólo consideraremos titulares indígenas de CC.TT., razón por la cual resulta importante señalar qué es lo que se entiende por indígena.

Para nuestro legislador, “los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura.”³⁵ La ley indígena reconoce principalmente a los Mapuche, Aymara, Rapa Nui, Atacameños, Quechuas, Collas, Diaguitas, Kawashkar, y Yaganes como pueblos indígenas chilenos, y reconoce la calidad de indígena para los efectos de dicha ley a las personas que cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a) Ser hijos de padre o madre indígena; b) Ser descendientes de las etnias indígenas que habitan el territorio nacional, siempre que tengan un apellido indígena como mínimo; o c) Mantener rasgos culturales de alguna etnia indígena.³⁶

Esta ley también establece qué se entenderá por comunidad indígena, señalando que para sus efectos lo será “toda agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentren en una o más de las siguientes situaciones:

³⁵ Artículo 1º, Ley N°19.253, 1993.

³⁶ Artículo 2º, Ley N°19.253, 1993.

a) Provenzan de un mismo tronco familiar; b) Reconozcan una jefatura tradicional; c) Posean o hayan poseído tierras indígenas en común, y d) Provenzan de un mismo poblado antiguo.”³⁷

Por otra parte, para los pueblos indígenas y para organizaciones como Naciones Unidas³⁸ y la Organización de Estados Americanos, un concepto clave en la definición de indígena es la autoidentificación,³⁹ concepto íntimamente relacionado con la libre autodeterminación de los pueblos. Una de las definiciones más relevantes⁴⁰ es la propuesta en un estudio de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de Naciones Unidas, que establece que:

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

³⁷ Artículo 9º, Ley Nº19.253, 1993.

³⁸ Organización de las Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 61/295, “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” A/RES/61/295 (13 de septiembre, 2007), <https://undocs.org/es/A/RES/61/295>, 22 de agosto de 2018.

³⁹ Artículo I.2., Organización de los Estados Americanos, Resolución de la Asamblea General AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), “Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” (14 de junio de 2016), <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>, 30 de agosto de 2018.

⁴⁰ BERRAONDO, Mikel, “Pueblos Indígenas y derechos humanos”, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006; Comisión de Derechos Humanos; Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Documento de trabajo de la Presidenta-Relatora, Sra. Erica-Irene A. Daes, sobre el concepto de "pueblos indígenas"*(E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/29), Naciones Unidas, 1996.

desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales.”⁴¹

La presidenta-relatora del grupo de trabajo sobre poblaciones indígenas, Sra. Erica-Irene A. Daes, en un documento posterior,⁴² añade determinados factores auxiliares a la comprensión del concepto de indígena:

“a) la prioridad en el tiempo por la que respecta a la ocupación y el uso de determinado territorio;

b) la perpetuación voluntaria de la distinción cultural, que puede incluir los aspectos del idioma, la organización social, la religión y los valores espirituales, los modos de producción, las leyes e instituciones;

c) la conciencia de la propia identidad, así como su reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, como una colectividad distinta; y

d) una experiencia de sometimiento, marginación, desposeimiento, exclusión o discriminación, independientemente de que estas condiciones persistan o no.”⁴³

⁴¹ MARTINEZ COBO, José R.; Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Estudio del problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas, Volumen V (E/CN.4/Sub. 2/1986/7/Add.4)*, Naciones Unidas, Nueva York, 1987, p. 30.

⁴² Comisión de Derechos Humanos; Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Documento de trabajo de la Presidenta-Relatora, Sra. Erica-Irene A. Daes, sobre el concepto de "pueblos indígenas" (E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/29)*, Naciones Unidas, 1996.

⁴³ Comisión de Derechos Humanos; Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, cit. (n. 43), p. 19.

Considerando lo anterior, y el consenso existente en que para la definición de indígena se debe operar con flexibilidad y respeto a la autoidentificación y autodefinición de los pueblos indígenas,⁴⁴ pareciera que el enfoque adoptado por nuestro legislador no fuere el más conforme a lo sugerido por diversas organizaciones internacionales y las mismas comunidades indígenas, pero se aprecia que se se ha adoptado así en base a criterios funcionales, y restringido sólo a la aplicación de una ley en particular.

3. ¿CÓMO?: OPCIONES DE PROTECCIÓN.

Tres han sido las posiciones habituales de la doctrina respecto a cómo proteger los conocimientos tradicionales indígenas. En primer lugar, se postula su protección a través de los sistemas de propiedad intelectual vigentes. Por otra parte, se ha sugerido que, para protegerlos de manera adecuada, se hace necesaria una adaptación de estos sistemas convencionales de propiedad intelectual a las características de los CC.TT. En último término, se ha indicado que el uso de los sistemas de propiedad intelectual actuales, ya sean adaptados o no, es insuficiente para dar una cobertura cabal a los conocimientos indígenas, y que la configuración de un sistema *sui generis*, creado de manera específica para la protección de dichos conocimientos, sería lo más adecuado. También se han formulado opciones desde fuera del derecho de propiedad intelectual para proteger a los CC.TT.,

⁴⁴ MARTINEZ, cit (n.41) p.30-31; Comisión de Derechos Humanos; Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, cit. (n. 43), p. 19.

principalmente desde el derecho de libre competencia, protección del consumidor, o a través de recursos como el enriquecimiento ilícito.⁴⁵

3.1 PROTECCIÓN MEDIANTE LOS SISTEMAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL VIGENTES

Esta primera opción plantea que no es necesario realizar modificaciones ni formular nuevos sistemas, puesto que los mecanismos disponibles actualmente en el derecho de propiedad intelectual son útiles para la protección de los conocimientos tradicionales. De hecho, existen casos en que se han utilizado estos sistemas con éxito para evitar ciertos usos indebidos de estos conocimientos, principalmente haciendo uso del derecho de patentes, indicaciones geográficas, denominaciones de origen, derecho marcario, el secreto empresarial, y diseños industriales.⁴⁶

A modo de ejemplo, se ha señalado que la legislación de patentes permite la obtención de protección sobre innovaciones desarrolladas en un marco tradicional, proporcionando así protección positiva, y que también puede proporcionar protección negativa, al evitar la concesión de patentes indebidamente sobre CC.TT., por no constituir éstos una invención. También se ha hecho uso de las denominaciones de origen para proteger la autenticidad de ciertos productos

⁴⁵ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Propiedad Intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales”, 2015, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/933/wipo_pub_933.pdf, 30 de agosto de 2018, p.32.

⁴⁶ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Propiedad Intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales”, 2015, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/933/wipo_pub_933.pdf, 30 de agosto de 2018, p. 37.

elaborados con métodos tradicionales, como se hizo en México con el Tequila.⁴⁷ Por otra parte, como ha señalado la OMPI, la utilización del derecho de marcas puede resultar útil a la protección de signos, símbolos y nombres tradicionales, evitándose así su utilización por terceros de modo no autorizado.⁴⁸ Asimismo, para proteger los conocimientos no divulgados, especialmente aquellos conocimientos secretos y sagrados, resulta útil la regulación relativa a los secretos comerciales, de modo que se resguardan los requerimientos de confidencialidad que a menudo exige el derecho consuetudinario indígena.⁴⁹

3.2 PROTECCIÓN MEDIANTE LA ADAPTACIÓN DE LOS SISTEMAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL VIGENTES

Si bien el sistema actual de propiedad intelectual ha presentado utilidad para proteger ciertos CC.TT. de determinados usos no autorizados, se han detectado varios obstáculos a su aplicabilidad a los conocimientos tradicionales indígenas. Ejemplos claros en torno a ello son ciertos requisitos propios para obtener protección a través de derechos de propiedad intelectual, como pueden ser

⁴⁷ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Propiedad Intelectual y Conocimientos Tradicionales. Folleto N°2.”, 2005, www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/920/wipo_pub_920.pdf, 20 de junio de 2018, pp. 19-20.

⁴⁸ Por ejemplo, en México el pueblo Seri así lo hizo, registrando la marca “Arte Seri” para proteger sus productos auténticos, como señala la OMPI, en: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Propiedad Intelectual y Conocimientos Tradicionales. Folleto N°2.”, 2005, www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/920/wipo_pub_920.pdf, 20 de junio de 2018, p. 19.

⁴⁹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Propiedad Intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales”, 2015, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/933/wipo_pub_933.pdf, 30 de agosto de 2018, p. 38.

originalidad y novedad, circunstancias que no siempre se dan en materia de conocimientos tradicionales ancestrales; la limitación temporal de la protección que otorgan, que se encuentra en oposición con las exigencias de los grupos indígenas, que buscan la protección perpetua de su cultura; la concepción individualista de la propiedad del derecho occidental, que se opone a las concepciones comunitarias del derecho indígena, entre otros.^{50 51}

Una serie de países han adoptado medidas en orden a adaptar sus sistemas de propiedad intelectual para proteger de mejor manera los conocimientos tradicionales, principalmente la creación de registros especiales de CC.TT. para evitar la concesión de patentes, o la implementación de equipos especializados de examinadores de patentes, el registro de emblemas indígenas oficiales para evitar su registro como marcas por terceros, o la prohibición del registro de marcas que pudieran resultar ofensivas.⁵² El uso de registros para evitar otorgar de manera indebida patentes de invención ha incluso sido aplicado a nivel internacional, ampliándose la Clasificación Internacional de Patentes (CIP) para considerar

⁵⁰ DE OBALDIA, Irma, “Western Intellectual Property and Indigenous Cultures: The Case of the Panamanian Indigenous Intellectual Property Law”, *Boston University International Law Journal*, 2005, Vol. 23, pp. 347-349.

⁵¹ Esta opción fue la adoptada por la UNESCO y la OMPI para proteger las expresiones culturales tradicionales, a través de la adaptación de las normas relativas a derecho de autor, en: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura; Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Disposiciones Tipo para Leyes Nacionales sobre la Protección del Folklore contra la Explotación Ilícita y otras Acciones Lesivas*, UNESCO, París/ OMPI, Ginebra, 1985.

⁵² India, China, Estados Unidos de América y Nueva Zelanda, respectivamente. En: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Propiedad Intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales”, 2015, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/933/wipo_pub_933.pdf, 30 de agosto de 2018, p. 39.

CC.TT.,⁵³ así como también han sido contemplados en el marco del Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT),⁵⁴ o abriendo para su uso internacional bases de datos nacionales, para la protección internacional de sus CC.TT. propios.⁵⁵

3.3 PROTECCIÓN MEDIANTE SISTEMAS *SUI GENERIS*

Aún considerando adaptaciones de los sistemas de propiedad intelectual para acomodarse a los CC.TT., se ha considerado que las desavenencias entre los conocimientos indígenas y los sistemas occidentales son tales, que no es posible lograr una protección adecuada con su sola adaptación. Es por ello, que ha existido relativo consenso que, para lograr una protección más íntegra, es necesaria la creación de un sistema específico y especializado para los Conocimientos Tradicionales, comúnmente denominados sistemas *sui generis*, de modo que puedan atender a las necesidades y características particulares del caso.⁵⁶ En efecto, esta alternativa ha sido adoptada por varios países a través de los años,

⁵³ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Propiedad Intelectual y Conocimientos Tradicionales. Folleto N°2.”, 2005, www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/920/wipo_pub_920.pdf, 20 de junio de 2018, p. 38.

⁵⁴ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Propiedad Intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales”, 2015, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/933/wipo_pub_933.pdf, 30 de agosto de 2018, pp. 39-40.

⁵⁵ Como por ejemplo se hizo en India respecto de conocimientos médicos tradicionales. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Propiedad Intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales”, 2015, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/933/wipo_pub_933.pdf, 30 de agosto de 2018, p. 22.

⁵⁶ V.g: DE OBALDÍA, cit. (n.47); HUENCHUAN, cit. (n.7); KURUK, Paul, “Protecting Folklore under Modern Intellectual Property Regimes: A Reappraisal of the Tensions between Individual and Communal Rights in Africa and the United States”, *American University Law Review*, 1999, Vol.48, pp. 769-849.

implementando distintos sistemas, adecuándose a las condiciones de cada país, de acuerdo a los objetivos perseguidos y a las necesidades políticas del caso.

En Perú, se implementó un sistema *sui generis* para proteger los conocimientos colectivos indígenas, exclusivamente relacionados a recursos biológicos.⁵⁷ Panamá creó un sistema que otorga derechos colectivos, exclusivos y perpetuos sobre sus creaciones, invenciones y expresiones tradicionales;⁵⁸ Tailandia, por su parte, contempla en su legislación un sistema de protección específico para su medicina tradicional.⁵⁹ De esta forma, se pueden encontrar múltiples regímenes *sui generis* de protección de CC.TT. en derecho comparado, que toman en cuenta las particulares características de los conocimientos tradicionales, y de sus respectivas realidades nacionales, ya sean políticas o económicas.⁶⁰ La OMPI también ha propuesto esta opción para la regulación internacional de los conocimientos tradicionales.⁶¹

4. ¿PARA QUÉ?: OBJETIVO DE LA PROTECCIÓN

⁵⁷ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Propiedad Intelectual y Conocimientos Tradicionales. Folleto N°2.”, 2005, www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/920/wipo_pub_920.pdf, 20 de junio de 2018, p. 21.

⁵⁸ DE OBALDIA, cit. (n. 47), p. 338.

⁵⁹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Propiedad Intelectual y Conocimientos Tradicionales. Folleto N°2.”, 2005, www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/920/wipo_pub_920.pdf, 20 de junio de 2018, p. 22.

⁶⁰ WÜGER, cit. (n.23), p. 188.

⁶¹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Reseña N°1: Conocimientos Tradicionales y Propiedad Intelectual”, 2015, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_tk_1.pdf, 20 de junio de 2018, p. 3.

La protección de los conocimientos tradicionales es un medio para satisfacer las necesidades de sus titulares, y lograr ciertos objetivos de política.⁶² No constituye un fin en sí misma, sino que persigue distintos objetivos. La OMPI ha señalado algunos objetivos de política que persigue la protección de los CC.TT:

- Reconocer el valor de los CC.TT., ya sea social, económico, comercial, científico, espiritual, etc.
- Promover el respeto por los sistemas de CC.TT. y las comunidades titulares de ellos, además evitando los usos ofensivos.
- Responder a las necesidades expresadas por sus titulares, contribuir a su bienestar cultural, social y económico, y recompensar sus aportes.
- Apoyar a los sistemas de CC.TT., respetando y facilitando el intercambio, transmisión, uso y desarrollo de estos.
- Contribuir a su preservación y salvaguardia.
- Impedir la apropiación indebida y usos comerciales desleales de los conocimientos tradicionales.
- Promover, proteger y recompensar la innovación y creatividad dentro del marco de las tradiciones.
- Promover una distribución justa y equitativa de los beneficios derivados del uso de los CC.TT.

⁶² Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Propiedad Intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales”, 2015, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/933/wipo_pub_933.pdf, 30 de agosto de 2018, p. 27.

- Fomentar el desarrollo de las comunidades y oportunidades comerciales para los productos creados a partir de los CC.TT.
- Impedir la concesión de derechos de propiedad intelectual sin validez legal sobre CC.TT.
- Aumentar la confianza, el respeto y la transparencia entre las comunidades titulares de CC.TT. y los sectores académicos, comerciales, etc.
- Complementar la protección de las expresiones culturales tradicionales.
- Fomentar la diversidad cultural.
- Salvaguardar la identidad cultural y los valores propios de las comunidades.⁶³⁶⁴

5. ¿POR QUÉ?: JUSTIFICACIÓN DE LA PROTECCIÓN.

Lo primero que hay que tener en consideración es que la protección de los conocimientos indígenas se encuentra estrechamente relacionada con los Derechos Humanos,⁶⁵ y particularmente con el ámbito de los Derechos Indígenas.⁶⁶

⁶³ Secretaría de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. “Protección de los Conocimientos Tradicionales: Reseña de los objetivos políticos y principios fundamentales. Anexo 1.”, 2004, https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_7/wipo_grtkf_ic_7_5-annex1.pdf, 23 de noviembre de 2018, pp. 1-3.

⁶⁴ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Propiedad Intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales”, 2015, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/933/wipo_pub_933.pdf, 30 de agosto de 2018, p. 27.

⁶⁵ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Propiedad Intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales”, 2015, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/933/wipo_pub_933.pdf, 30 de agosto de 2018, p. 11.

⁶⁶ Véase: OGUAMANAM, Chidi, “Indigenous Peoples' Rights at the Intersection of Human Rights and Intellectual Property Rights”, *Marquette Intellectual Property Law Review*, 2014, Vol.18:2, pp. 263-295.

En primer lugar, conviene recordar lo señalado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en relación a la propiedad intelectual:

“Artículo 27.

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”⁶⁷

Si bien la esta Declaración carece de un carácter vinculante, su relevancia como elemento del *soft-law* resulta innegable. Por otra parte, nos encontramos con disposiciones similarmente relacionadas en instrumentos internacionales vinculantes, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)⁶⁸ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁶⁹

El primero de éstos establece:

“Artículo 27

⁶⁷ Artículo 27º, Organización de las Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 217 A (III), “Declaración Universal de Derechos Humanos” (10 de diciembre de 1948), <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>, 23 de noviembre de 2018.

⁶⁸ Organización de las Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 2200 A (XXI), “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (16 de diciembre de 1966), <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15551&r=1>, 24 de noviembre de 2018. Promulgado por Decreto N° 778 de 1976 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

⁶⁹ Organización de las Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 2200 A (XXI), “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (16 de diciembre de 1966), <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=12382>, 24 de noviembre de 2018. Promulgado por Decreto N° 326 de 1989 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.”⁷⁰

Por su parte, en el PIDESC ha reconocido, similarmente a la Declaración Universal de DD.HH., el derecho a la participación en la vida cultural, el goce de los avances científicos y sus usos, y a la protección de los intereses morales y materiales correspondientes a las producciones artísticas, científicas y literarias de las cuales sea autora. También establece la adopción de medidas para la conservación, desarrollo y difusión de la cultura y la ciencia. Aparte de estas disposiciones, resultan relevantes todas aquellas relacionadas con la no discriminación y la libre autodeterminación de los pueblos, en especial lo dispuesto por el PIDESC y el PIDCP, ambos en su artículo 1º, relacionado con la autodeterminación, al indicar que:

“2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho

⁷⁰ Artículo 27º, Organización de las Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 2200 A (XXI), “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (16 de diciembre de 1966), <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=12382>, 24 de noviembre de 2018. Promulgado por Decreto N° 326 de 1989 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

internacional. En ningún caso podría privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.”⁷¹

Si bien estos instrumentos sirven de indicios para señalar la vinculación entre los DD.HH. y la protección de la propiedad intelectual, y de los conocimientos tradicionales, son aquellos cuerpos especializados en los derechos específicos a Pueblos Indígenas que han establecido de manera clara la relación entre ambos campos.

En efecto, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (UNDRIP) establece explícitamente un derecho a su propiedad intelectual sobre su patrimonio cultural, CC.TT. y ECT, señalando que:

“Artículo 31

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,

⁷¹ Artículo 1.2, Organización de las Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 2200 A (XXI), “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (16 de diciembre de 1966), <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15551&r=1>, 24 de noviembre de 2018; Artículo 1.2, Organización de las Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 2200 A (XXI), “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (16 de diciembre de 1966), <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=12382>, 24 de noviembre de 2018.

los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen *derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.*

2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.”⁷²

Por su parte, se establece similarmente este derecho en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI), añadiendo menciones expresas al carácter colectivo de los CC.TT., al derecho a su reconocimiento y respeto, y a la necesidad de contar con el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas. Esta declaración establece:

“Artículo XXVIII. Protección del Patrimonio Cultural y de la Propiedad Intelectual

1. Los pueblos indígenas tienen derecho al pleno *reconocimiento y respeto a la propiedad, dominio, posesión, control, desarrollo y protección* de su patrimonio cultural material e inmaterial, y propiedad intelectual, incluyendo la naturaleza colectiva de los mismos, transmitido a través de los milenios, de generación en generación.

⁷² Artículo 31º, Organización de las Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 61/295, “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” A/RES/61/295 (13 de septiembre, 2007), <https://undocs.org/es/A/RES/61/295>, 22 de agosto de 2018.

2. La propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas comprende, inter alia, los conocimientos y expresiones culturales tradicionales entre los cuales se encuentran los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, los diseños y procedimientos ancestrales, las manifestaciones culturales, artísticas, espirituales, tecnológicas y científicas, el patrimonio cultural material e inmaterial, así como los conocimientos y desarrollos propios relacionados con la biodiversidad y la utilidad y cualidades de semillas, las plantas medicinales, la flora y la fauna.

3. Los Estados, con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas, adoptarán las medidas necesarias para que los acuerdos y regímenes nacionales o internacionales provean el *reconocimiento y la protección adecuada del patrimonio cultural y la propiedad intelectual asociada a dicho patrimonio de los pueblos indígenas*. En la adopción de estas medidas, se realizarán consultas encaminadas a obtener el consentimiento libre, previo, e informado de los pueblos indígenas.”⁷³

Si bien se trata en ambos casos de declaraciones, sin carácter vinculante, se trata de instrumentos importantísimos en el ámbito del derecho indígena. Igualmente, el Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de

⁷³ Artículo XXVIII, Organización de los Estados Americanos, Resolución de la Asamblea General AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), “Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” (14 de junio de 2016), <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>, 30 de agosto de 2018.

la Organización Internacional del Trabajo⁷⁴ contiene ciertas disposiciones que pueden relacionarse al tema en estudio, que establecen el respeto a la identidad cultural, costumbres y tradiciones indígenas (artículo 2º); la salvaguarda de su cultura (artículo 4º); el reconocimiento, fomento y fortalecimiento de “(l)a artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados (...)” como factores importantes para el mantenimiento de su cultura, su autosuficiencia y su desarrollo económico (artículo 23º).

De esta forma, nos encontramos con que distintos cuerpos de Derechos Humanos establecen determinados derechos vinculados directa e indirectamente con la protección de los conocimientos indígenas, requiriéndose cierto nivel de protección para poder cumplir cabalmente con sus requerimientos. En particular, destaca la importancia de lo prescrito por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, al ser categórica en afirmar el derecho de las comunidades indígenas a la propiedad intelectual sobre sus conocimientos tradicionales, y al ser frecuentemente referida por los autores⁷⁵ y la OMPI⁷⁶ en esta materia.

⁷⁴ Promulgado por Decreto N°236 Ministerio de Relaciones Exteriores, 2008.

⁷⁵ Véase: CONWAY, Danielle M., “Indigenizing Intellectual Property Law: Customary Law, Legal Pluralism, and the Protection of Indigenous Peoples' Rights, Identity, and Resources”, *Texas Wesleyan Law Review*, 2009, Vol.15., p. 207-253; ENDERE, cit. (n. 11); OGUAMANAM, cit. (n. 62).

⁷⁶ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Propiedad Intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales”, 2015, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/933/wipo_pub_933.pdf, 30 de agosto de 2018, p. 11.

Desde otro punto de vista, mucho más práctico, las exigencias de desarrollo económico, especialmente desarrollo sustentable, y del derecho humano a un nivel de vida adecuado, y de la mejora continua de las condiciones de existencia,⁷⁷ justifican a su vez la protección de los CC.TT. a favor de las comunidades indígenas. El valor económico de los conocimientos tradicionales y de sus productos derivados se ha hecho patente en los últimos años.⁷⁸ Esto se puede ver con claridad en el gran interés que han mostrado las empresas farmacéuticas en los conocimientos tradicionales relativos a las plantas medicinales. Desde este punto de vista, atendiendo el gran valor comercial que los CC.TT. pueden llegar a tener, su protección se ha visto como una herramienta útil para colaborar al desarrollo económico de las comunidades indígenas, garantizándoles una justa y equitativa participación de los beneficios derivados de la explotación de sus conocimientos tradicionales. Por añadidura, las características propias de los conocimientos tradicionales permitirían cumplir con las exigencias de un desarrollo sostenible, siendo particularmente relevantes para la protección del medio ambiente los conocimientos tradicionales ecológicos y sobre biodiversidad, como lo ha reconocido el Convenio sobre Diversidad Biológica de 1992.

⁷⁷ Artículo 11° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y artículo 25° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁷⁸ DUTFIELD, Graham, "TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge", *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2001, Vol.33, pp. 243-245; JANKE, Terri, *Our Culture: Our Future. Report on Australian Indigenous Cultural and Intellectual Property Rights*, Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies/Torres Strait Islander Commission, 1998, pp. 10-11.

Esta protección vendría así a solucionar una serie de problemas prácticos que han enfrentado los poseedores de CC.TT., como sucedió en la India con la tribu Kani, en que una empresa farmacéutica hizo uso de los conocimientos tradicionales de la tribu, de forma no autorizada y contra su costumbre, para la creación de un medicamento, y luego le fueron otorgadas patentes en relación al medicamento. Finalmente se creó un fondo en fideicomiso a fin de distribuir los beneficios percibidos de la comercialización del medicamento⁷⁹ a modo de retribuir a la tribu de manera justa y equitativa por el uso de sus CC.TT.

Así las cosas, la protección de los CC.TT. viene a cumplir exigencias de equidad, y a facilitar a las comunidades indígenas vías para su desarrollo económico, siempre que sea el caso que la comunidad esté de acuerdo con la comercialización de sus conocimientos, y sus productos derivados,⁸⁰ toda vez que no podemos perder de vista que el consentimiento libre, previo e informado es un concepto base del derecho indígena, y una exigencia establecida por las diversas declaraciones de los derechos de los pueblos indígenas.

Por último, no podemos dejar de mencionar que esta protección se hace necesaria para una adecuada reconciliación con los pueblos indígenas. El evitar la apropiación cultural indebida, y devolver el control de sus conocimientos tradicionales a sus

⁷⁹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Propiedad Intelectual y Conocimientos Tradicionales. Folleto N°2.”, 2005, www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/920/wipo_pub_920.pdf, 20 de junio de 2018, p. 7.

⁸⁰ WÜGER, cit. (n. 23), pp. 183-184.

poseedores nos permite cumplir ciertos niveles de descolonización cultural, evitando que el colonialismo se siga apoderando de espacios indígenas, y contribuyendo a evitar la desintegración cultural, y aculturación de los CC.TT., que acarrea la mercantilización de la cultura indígena.⁸¹

⁸¹ LONG, cit. (n. 22), pp. 243-244.

CAPÍTULO 2: LEGISLACIÓN CHILENA RELATIVA A LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.

Establecido ya el objeto del presente estudio, la terminología usual de la materia, y una visión general de la doctrina internacional sobre la protección de los Conocimientos Tradicionales, es decir, detallado el ambiente general en la materia, corresponde ahora detallar el escenario particular de la realidad nacional.

En el presente capítulo, describiremos la regulación legal chilena en materia de Conocimientos Tradicionales existente a la fecha, primero esbozando las características principales de dicha regulación, para luego abordar en detalle las normas que rigen la materia, esencialmente, aquella relativa a propiedad industrial. Este ejercicio nos permitirá más adelante realizar un adecuado análisis crítico, para poder establecer cuál es el estado actual de la protección de los conocimientos indígenas en Chile.

1. FORMA DE LA REGULACIÓN: CARACTERÍSTICAS.

En primer lugar, es necesario tener en cuenta que no existe en Chile una ley particular referida a los Conocimientos Tradicionales, y que las normas que se refieren de manera directa y expresa a ellos son escasas. En efecto, nos encontramos frente a una normativa muy exigua, y difícilmente específica, lo cual dificulta la tarea de dilucidar cuál es, en efecto, el estado de la protección de los Conocimientos Tradicionales.

La principal norma en la materia de conocimientos tradicionales es la Ley N°19.039, que versa sobre propiedad industrial y viene en establecer los procedimientos, efectos y regulaciones de variados derechos de propiedad industrial que establece y reconoce.

Por otra parte, nos encontramos con otras normas relacionadas, como la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial,⁸² que como ya señalamos en el capítulo anterior, escapa del objeto de nuestro estudio, al no corresponder a lo que entendemos por protección, puesto que lo que se busca proteger en estos casos no es sólo el conocimiento en sí, sino más bien la relación existente entre éste y los pueblos indígenas que los poseen. Así también, tenemos la Ley N°17.336 sobre propiedad intelectual, que se refiere a derechos de autor y derechos conexos, pero que en el caso concreto se relaciona en mayor medida, y de mejor manera, con la protección de expresiones culturales tradicionales o del

⁸² Decreto N°11 Ministerio de Relaciones Exteriores, 2009.

folklore, concepto que elude a los conocimientos tradicionales en el sentido restringido en el que los hemos entendido.

Atendiendo estas consideraciones, así como el alcance de esta investigación, es que en el presente capítulo nos abocaremos a hacer un análisis la regulación de la Ley N°19.039, por ser aquella que más adecuada resulta para estudiar y establecer el estado de protección que actualmente gozan los Conocimientos Tradicionales. Para esto, es que examinaremos la legislación sobre propiedad industrial, primeramente, desde una perspectiva universal, en cuanto a sus disposiciones generales, y, en segundo lugar, respecto de las distintas instituciones que regula, y cómo éstas se relacionan o pueden relacionarse a la protección de los conocimientos indígenas.

2. NORMAS QUE LO REGULAN: LA LEY N°19.039.

Esta ley, del año 1991, sobre propiedad industrial, regula una gran variedad de derechos de propiedad industrial, estableciendo los distintos procedimientos asociados a ellos, los derechos que confieren, y sanciones para el incumplimiento de sus disposiciones, entre otras materias. En el primer título se tratan materias generales, aplicables independientemente del derecho de propiedad industrial del que se trate. Así, se establecen los procedimientos generales de registro, y de oposición a ellos, así como procedimientos de nulidad y el pago de los derechos correspondientes. También establece un órgano jurisdiccional especial para la

materia, el Tribunal de Propiedad Industrial. En adelante, la ley se ocupa de brindar una regulación detallada a cada derecho de propiedad intelectual que contempla, los cuales podemos clasificar, genéricamente, en Marcas Comerciales, Patentes, e Indicaciones Geográficas (I.G.) y Denominaciones de Origen (D.O.). Dentro de las Patentes, podemos encontrar a las Patentes de Invención, usualmente denominadas simplemente patentes, así como también encontramos a los Modelos de Utilidad, los Diseños o Dibujos Industriales, y los Esquemas de Trazados o Topografías de Circuitos Integrados. Estudiaremos cada uno de estos derechos y su relación con los Conocimientos Tradicionales, en particular, más adelante.

Cabe notar que cada uno de los derechos ya mencionados podrá proteger distintos aspectos de un mismo objeto o servicio, siendo independientes unos de otros, de manera tal que en un mismo objeto podrían confluir distintas patentes, marcas, o I.G. o D.O. También resulta importante destacar que esta característica no es exclusiva dentro de la propiedad industrial, sino que es extensiva a todo tipo de propiedad intelectual, de modo tal que, si el objeto en cuestión también es susceptible de otro derecho de propiedad intelectual, como, por ejemplo, a través de derechos de autor, también gozará de dicha protección en el ámbito respectivo.

En cuanto al objeto de nuestro estudio, es en la parte general de la ley nº19.039 que encontramos la única mención expresa a los Conocimientos Tradicionales. En el inciso 3º del artículo tercero, establece que la protección de la propiedad industrial se otorgará y ejercerá en respeto y salvaguardando los conocimientos tradicionales,

y que los derechos de propiedad intelectual que puedan concederse sobre elementos protegibles derivados de dichos conocimientos están sujetos a que dichos conocimientos fuesen adquiridos conforme al ordenamiento jurídico vigente. Este inciso corresponde a una modificación introducida por la ley n°19.996 en 2005, que señala que:

“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.”⁸³

Las menciones a los Conocimientos Tradicionales por el legislador se agotan en esta disposición, sin que se esboce una definición de ellos, ni una aproximación a su contenido. Tampoco se encuentra en la historia de esta modificación una elaboración mayor al respecto, así como tampoco en cuanto a los objetivos ni justificaciones de la misma. Por otra parte, cabe señalar que, en las primeras versiones de la norma, se hacía referencia expresa al carácter indígena o local de

⁸³ Artículo 3º, inciso 3º, Ley N°19.039, 1991.

los conocimientos tradicionales, referencia que en la versión definitiva de la ley no se hace, señalando sólo genéricamente que lo protegido son CC.TT. nacionales. Respecto de dicho cambio, tampoco encontramos en la historia de la ley discusión ni motivación alguna.⁸⁴

En concreto, con lo que nos encontramos es con una norma amplia y vaga de protección preventiva de los CC.TT., que busca evitar la concesión de derechos de propiedad industrial sobre conocimientos tradicionales, y que permitiría también el ejercicio de la oposición a las solicitudes realizadas respecto de ellos, o la nulidad del registro, de acuerdo a las disposiciones del Título 1º de la ley en cuestión. Esta aparente exclusión expresa no es más que manifestación de principios generales en materia de propiedad industrial toda vez que, como bien se señala en la historia de la ley, los conocimientos tradicionales por lo general no cumplen con ciertos requisitos básicos, como la novedad, para poder ser objeto de ciertos derechos de exclusividad.⁸⁵ En efecto, cabe mencionar que durante la tramitación de la ley, un senador expresó que era necesario elaborar una redacción más precisa de la norma, toda vez que “su carácter excesivamente genérico y declarativo no amerita la aprobación.”⁸⁶

⁸⁴ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “Historia de la Ley N°19.996”, <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5621/>

⁸⁵ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “Historia de la Ley N°19.996”, <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5621/>, p. 579.

⁸⁶ Senador Gazmuri, en Segundo Informe de la Comisión de Economía en Sesión 7º, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “Historia de la Ley N°19.996”, <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5621/>, p. 579.

A pesar de la vaguedad de la norma en cuestión, no podemos soslayar la importancia que puede llegar a tener un reconocimiento legal expreso a los Conocimientos Tradicionales. Así, esta disposición refuerza las bases para la protección preventiva de los CC.TT. en la legislación chilena, buscando evitar que se concedan derechos de propiedad industrial erróneamente sobre ellos.

Por otra parte, existe otra norma en las disposiciones generales de la ley nº19.039 que resulta atinente al tema de la protección de los conocimientos tradicionales indígenas. Se trata del artículo segundo de la ley, disposición que trata la titularidad de los derechos de propiedad industrial. Tal como señala, podrán ser titulares y gozar de estos derechos tanto personas naturales como jurídicas, sean nacionales o extranjeras. En este punto resulta pertinente hacer una referencia a la Ley Nº19.253, comúnmente llamada Ley Indígena, que en el Párrafo 4º de su Título I, establece la normativa relativa a las comunidades indígenas, otorgándoles personalidad jurídica siempre que se cumplan ciertos requisitos y formalidades para su constitución, como el ser acordada en asamblea ante notario, oficial del Registro Civil o Secretario Municipal, la aprobación de estatutos y la elección de una directiva.⁸⁷

De esta manera, y atendiendo tanto a las disposiciones de la Ley de Propiedad Industrial, como a las de la Ley Nº19.253, nos encontramos que, bajo la legislación

⁸⁷ Artículo 10º, Ley Nº19.253, 1993.

chilena es posible a las Comunidades Indígenas ser titulares de derechos de propiedad industrial, siempre que hayan sido constituídas conforme a las disposiciones ya señaladas, de manera que se les haya reconocido su calidad de persona jurídica.

Establecido ya el marco general presentado por la Ley N°19.039, corresponde realizar un examen particular de los distintos derechos de propiedad industrial regulados por esta ley. Procederemos a ello de acuerdo al orden presentado por la Ley de Propiedad Industrial, comenzando por la regulación de las Marcas Comerciales, siguiendo con las distintas Patentes reguladas por la ley, el Secreto Industrial, para finalizar con las Indicaciones Geográficas y Denominaciones de Origen.

2.1 DERECHO MARCARIO

De acuerdo a lo estipulado por la Ley N°19.039, se entiende por Marca Comercial a “(...) todo signo que sea susceptible de representación gráfica capaz de distinguir en el mercado productos, servicios o establecimientos industriales o comerciales.”⁸⁸ Este signo podrá estar constituido ya por palabras, imágenes, símbolos, o letras, entre otros, así como también combinaciones de ellos, y como principal requisito deben ser distintivos. La marca otorga a su titular “el derecho exclusivo y excluyente

⁸⁸ Artículo 19°, Ley N°19.039, 1991.

de utilizarla en el tráfico económico en la forma que se le ha conferido y para distinguir los productos, servicios, establecimientos comerciales o industriales comprendidos en el registro.”⁸⁹ Esta protección provista por la ley cuenta con una vigencia de diez años, que podrán ser renovados por periodos iguales, de manera indefinida,⁹⁰ suponiendo el pago de ciertos derechos.⁹¹

De acuerdo al Instituto Nacional de Propiedad Industrial (INAPI), en Chile encontramos cuatro categorías distintas de Marcas Comerciales: marcas colectivas, marcas de certificación, frases de propaganda, y simplemente marcas comerciales.⁹² Éstas últimas corresponderían a la definición tradicional de marca ya señalada, que buscan la diferenciación en el mercado de los productos, servicios o establecimientos de su titular. Las frases de propaganda, por su parte, son aquellas que buscan publicitar un producto, servicio o establecimiento industrial o comercial, que a su vez debe estar registrado como una marca.⁹³ En cuanto a las marcas colectivas, se trata de aquellas que pueden ser utilizadas en forma colectiva, que permiten distinguir características comunes de los bienes elaborados por los miembros de una determinada asociación o agrupación de productores, fabricantes, comerciantes o prestadores de servicios, asociación que será titular de la marca en

⁸⁹ Artículo 19° bis D, Ley N°19.039, 1991.

⁹⁰ Artículo 24°, Ley N°19.039, 1991.

⁹¹ Artículo 18° bis, Ley N°19.039, 1991.

⁹² Instituto Nacional de Propiedad Industrial, Categoría de la Marca, <https://www.inapi.cl/marcas/marcas-segun-su-tipo/categoria-de-la-marca>.

⁹³ Artículo 19°, inciso 2°, Ley N°19.039, 1991.

cuestión.⁹⁴ En contraste, las marcas de certificación buscan garantizar determinadas características en los productos, como estándares de calidad, origen, o componentes, a través de organismos de certificación autorizados, siendo el titular de la marca no quien comercia, elabora o presta el producto o servicio, sino que un tercero, que es sólo un garante de las características que certifica la marca en cuestión.⁹⁵ Tanto las marcas colectivas como las marcas de certificación encuentran escaso desarrollo en el texto de la Ley de Propiedad Industrial, y como podrá apreciarse al estudiar las Indicaciones Geográficas y Denominaciones de Origen, presentan ciertas similitudes con estas instituciones.

Atendido lo anteriormente expuesto, nos encontramos con que, en principio, las Marcas Comerciales no son capaces de otorgar protección a los Conocimientos Tradicionales, en atención a que el objeto protegido por éstas son signos distintivos de productos, servicios o establecimientos, y no clase alguna de conocimiento. Es por ello por lo que tradicionalmente se ha entendido que el derecho marcario se presenta como más afín a la protección de Expresiones Culturales Tradicionales, que a los Conocimientos Tradicionales.⁹⁶

⁹⁴ Instituto Nacional de Propiedad Industrial, Circular N°9, 2011, D.O. 26 de noviembre de 2011. https://www.inapi.cl/docs/default-source/default-document-library/articles-1733_recurso_1.pdf?sfvrsn=55948e63_0

⁹⁵ Instituto Nacional de Propiedad Industrial, cit. (n. 94)

⁹⁶ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Propiedad Intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales”, 2015, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/933/wipo_pub_933.pdf, 30 de agosto de 2018, p. 34.

No obstante, lo anterior no significa que la utilización de marcas comerciales no pueda resultar útil al momento de buscar dar protección a estos conocimientos, si bien de un modo más indirecto, toda vez que pueden utilizarse para distinguir la autenticidad y reputación de productos y servicios basados en CC.TT., o que se sirven de ellos. Si bien esto no viene a constituir ni protección preventiva ni positiva de los conocimientos indígenas en cuanto a tales, sí puede otorgar a estos productos o servicios ciertas ventajas comerciales, en favor ya de sus titulares, o de quienes éstos hayan autorizado, que decidan explotarlos. Dentro de este paradigma, resultan de especial utilidad, a nuestro parecer, las figuras de las marcas colectivas y las marcas de certificación. A través del uso de una marca colectiva, las comunidades indígenas que decidan explotar por sí mismas sus Conocimientos Tradicionales podrán obtener ciertas ventajas competitivas en el mercado al hacer uso de la marca en cuestión. Aún más útil podría resultar la utilización de marcas de certificación, ya que permitiría no sólo a las propias comunidades explotar sus CC.TT., sino que se presenta como un buen mecanismo para permitir a aquellos terceros que gocen de las autorizaciones correspondientes, beneficiarse del uso de la marca. A modo de ejemplo, una marca de este tipo podría certificar no sólo la autenticidad o calidad asociada al uso de los Conocimientos Tradicionales, sino también la debida autorización por los titulares del conocimiento indígena, así como una participación justa y equitativa de los beneficios, entre los productores, comerciantes o prestadores del servicio, y las comunidades titulares de los conocimientos en uso, otorgándose así una considerable ventaja comercial,

similarmente a lo que ha ocurrido con otras marcas de certificación, como por ejemplo el sello FAIRTRADE en el ámbito internacional.

A pesar de los beneficios que pueda traer el uso de las marcas, no podemos dejar de mencionar que la utilización de cualquiera de estos mecanismos para resguardar los Conocimientos Tradicionales implica a su vez costos para sus beneficiarios, ya sean en cuanto al pago de derechos, al momento de la solicitud del registro de la marca, como al momento del registro, y aún más en el caso de las marcas de certificación, ya que requieren de la existencia de un organismo certificador autorizado, de modo que es necesario tener presentes las posibles dificultades de accesibilidad que podrían presentarse para las comunidades indígenas. Por otra parte, debemos considerar que el uso de Marcas Comerciales no otorga protección a los Conocimientos Tradicionales en sí, por lo cuál, aún haciendo uso de ellas, la posibilidad de que terceros hagan uso no autorizado de éstos persiste, toda vez que no se conceden derechos de exclusividad mas que los signos distintivos, por lo que a lo máximo que el uso de una marca permite aspirar, es a la obtención de una ventaja en el mercado.

2.2 PATENTES DE INVENCION

Antes de ahondar en el análisis de la regulación de la protección de los Conocimientos Tradicionales en la legislación de patentes, es menester primero

hacer un breve resumen de la regulación general sobre las patentes de invención, comúnmente denominadas simplemente patentes.

De acuerdo a lo establecido por la Ley de Propiedad Industrial, una patente constituye un derecho de exclusividad que se otorga para la protección de una invención, la cual no es otra cosa que una “solución a un problema de la técnica que origine un quehacer industrial.”⁹⁷ No obstante, no toda invención será susceptible de ser protegida a través de una patente. De acuerdo a lo establecido en el artículo 32° de la Ley N°19.039, es necesario que éstas “(...) sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial.”⁹⁸ El primero de estos requisitos, la novedad, importa la exigencia de que la invención en cuestión no exista con anterioridad en el estado de la técnica, el cual “comprenderá todo lo que haya sido divulgado o hecho accesible al público, en cualquier lugar del mundo, mediante una publicación en forma tangible, la venta o comercialización, el uso o cualquier otro medio, (...)”⁹⁹ Por su parte, la exigencia de nivel inventivo entraña que la invención no resulte obvia, ni que pudiese haber derivado de manera evidente del estado de la técnica, para una persona normalmente versada en la materia técnica de la correspondiente invención.¹⁰⁰ El último de los requisitos, que la invención sea susceptible de aplicación industrial, no implica otra cosa que “su objeto pueda, en

⁹⁷ Artículo 31°, Ley N°19.039, 1991.

⁹⁸ Artículo 32°, Ley N°19.039, 1991.

⁹⁹ Artículo 33°, inciso 1°, Ley N°19.039, 1991.

¹⁰⁰ Artículo 35°, Ley N°19.039, 1991.

principio, ser producido o utilizado en cualquier tipo de industria.”¹⁰¹ Para el legislador, en cuanto a este requisito, se entiende el término industria en el sentido más amplio posible, de modo que viene en incluir actividades de artesanía, silvicultura, agricultura, construcción, y manufactura.¹⁰²

Una vez reunidos estos tres requisitos, y siempre que no se trate de alguno de los casos de exclusión detallados en el artículo 37° de la ley, la invención podrá obtener la protección que ofrece la patente por un plazo de veinte años, a contar desde la solicitud respectiva, sin que exista la posibilidad de renovarla por plazo alguno de tiempo.

En esencia, el derecho de exclusividad que constituye la patente confiere a su titular la “exclusividad para producir, vender o comercializar, en cualquier forma, el producto u objeto del invento y, en general, realizar cualquier otro tipo de explotación comercial del mismo.”¹⁰³ De tratarse de una patente que proteja algún procedimiento, dicha exclusividad se extenderá también a los productos directos del mismo. Conforme a la ley, las patentes, así como en general los derechos de propiedad industrial, pueden ser objeto de cualquier tipo de actos jurídicos, por lo cual podrán transferirse a terceros, cederse o celebrarse contratos de licencias respecto de ellos.¹⁰⁴

¹⁰¹ Artículo 36°, Ley N°19.039, 1991.

¹⁰² Artículo 36°, Ley N°19.039, 1991.

¹⁰³ Artículo 49°, inciso 1° Ley N°19.039, 1991.

¹⁰⁴ Artículo 14°, Ley N°19.039, 1991.

Esta protección que el Estado provee busca contribuir al desarrollo tecnológico de la nación, ya que la posibilidad de aspirar a un derecho de exclusividad sobre una invención se traduce en el prospecto de la obtención de ventajas económicas por contar con un monopolio sobre el uso de esta, por un plazo definido de tiempo, constituyendo un incentivo para el inventor y sus eventuales inversores, fomentando la innovación en el país, que se espera devenga en beneficios para la colectividad toda.¹⁰⁵ Por otra parte, la obtención de una patente tiene por contrapartida la divulgación de los conocimientos que existan detrás de la invención. Comúnmente se ha señalado éste como otro de los beneficios de un sistema de patentes, que llevaría a una mayor creación e innovación tecnológica, al poner a disposición de todos las nuevas tecnologías y conocimientos, lo cual favorecería el bienestar general. No obstante, no debemos desconocer las críticas que se han alzado contra este supuesto beneficio, puesto que, como bien se ha señalado, generalmente sólo serán patentadas aquellas invenciones que, por su naturaleza, no puedan mantenerse en reserva por el término de protección contemplado por la ley, ya que de ser posible mantenerlos en secreto por un plazo superior, su titular tendrá un prospecto de explotación exclusiva mayor al no divulgarlos.¹⁰⁶

¹⁰⁵ CABANELLAS, Guillermo, *Derecho de las patentes de invención*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2004, 2ª ed., T.1, pp. 44-51.

¹⁰⁶ CABANELLAS, cit. (n. 105), pp. 63-64.

Entrando en materia, ocurrirá normalmente que los Conocimientos Tradicionales no cumplirán con el primero de los requisitos establecidos en la Ley de Propiedad Industrial, esto es, la novedad. Generalmente, aunque no necesariamente, los Conocimientos Tradicionales no serán, estrictamente hablando nuevos. Esto será particularmente cierto respecto de los Conocimientos Tradicionales “como tales”, como los ha llamado la OMPI. Con dicho término, se quiere señalar a “los sistemas de conocimiento, las creaciones e innovaciones que, por lo general, han sido transmitidas de generación en generación; se consideran generalmente como pertenecientes a un pueblo específico o a su territorio, y evolucionan constantemente en función del entorno.”¹⁰⁷ En oposición a dicha categoría, encontramos a las innovaciones y creaciones basadas en los CC.TT. Por su parte, nos encontramos con otra categorización de especial importancia, cual es la diferenciación entre Conocimientos Tradicionales divulgados, y no divulgados. Particularmente respecto de los CC.TT. “como tales”, generalmente nos encontraremos frente a conocimientos divulgados, en alguna u otra medida. Para la OMPI, podremos distinguir distintos grados y tipos de divulgación. Así, los CC.TT. podrán estar a disposición del público, con amplio acceso para éste, como, por ejemplo, a través de internet, o disponibles al público con acceso limitado, cual sería el caso si estuvieran resguardados en un archivo o biblioteca.¹⁰⁸ También distingue CC.TT. divulgados dentro de las comunidades que los poseen, y, por último, CC.TT.

¹⁰⁷ Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, *Lista y breve descripción técnica de las diversas formas que puedan presentar los Conocimientos Tradicionales*, Ginebra, 2010, Anexo p. 13.

¹⁰⁸ CIG cit. (n. 107), anexo p. 9.

de carácter secreto o confidencial, que son divulgados únicamente a sus custodios tradicionales, y por ende no están a disposición de todos los miembros de la comunidad indígena.¹⁰⁹ Así las cosas, por lo general los CC.TT. contarán con algún grado de divulgación, de modo tal que no cumplirán con el requisito de novedad. Esto, si bien impide la obtención de protección positiva a través de las patentes, constituye una importante herramienta de protección preventiva, toda vez que impide que se le otorgue a un tercero un derecho de exclusividad sobre el conocimiento indígena. Por ello, resulta de especial importancia que, al estudiar el estado de la técnica, se tengan a la vista estos Conocimientos Tradicionales, para poder corroborar su preexistencia y evitar la errónea concesión de una patente sobre una invención que no cumple con el requisito de novedad. Aún en el caso de que equivocadamente se conceda la patente sobre conocimientos indígenas que no cumplan con el requisito de novedad, o en el caso de que esta se haya concedido a alguien distinto de los titulares del conocimiento en cuestión, la ley dispone de herramientas para anular tales concesiones erróneas, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 50 de la Ley N°19.039.

Por otra parte, y como ya adelantamos, existen ciertos CC.TT. que sí podrían cumplir con las exigencias de novedad impuestas por la legislación de propiedad industrial. Tal será el caso generalmente para las innovaciones y creaciones basadas en CC.TT. Cumpliendo con los demás requisitos establecidos por la ley,

¹⁰⁹ CIG cit. (n. 107), anexo p. 10.

sus poseedores podrán optar por una protección positiva, a través de una patente de invención, protección que como ya se ha señalado, se extendería por veinte años, sin posibilidad de ser ampliados. Adicionalmente, y aún de tratarse de Conocimientos Tradicionales “como tales”, los ya mencionados conocimientos secretos o confidenciales cumplirían con el requisito de novedad impuesto por la ley y por ende podrían ser objeto de patentes, pero dadas las características culturales de los mismos, y el hecho de que la tramitación y concesión de las patentes implican la divulgación de los conocimientos,¹¹⁰¹¹¹ resulta escasamente probable que sus titulares busquen protegerlos a través de este mecanismo, máxime considerando que para este tipo particular de Conocimientos Tradicionales existen en nuestra legislación instrumentos más adecuados y efectivos para protegerlos, como es el secreto empresarial, el cual será estudiado más adelante.

Resulta interesante señalar que, al incorporarse la primera mención a los CC.TT. en la Ley N°19.039, en principio se postuló hacerlo específicamente en cuanto a la regulación de patentes, y no en las disposiciones generales de la ley, al tratarse el principio de no discriminación por área de la técnica,¹¹² entendiéndose este principio previa salvaguardia y respeto de los CC.TT. de las comunidades indígenas o locales, en una redacción similar a la que presenta hoy la modificación, que se

¹¹⁰ Artículo 4º, Ley N°19.039, 1991, establece que será obligatoria la publicación en el Diario Oficial de un extracto de la solicitud de registro, cuando esta haya sido presentada y aceptada.

¹¹¹ Artículo 47º, Ley N°19.039, 1991, establece que “*La totalidad de los antecedentes de la patente solicitada se mantendrán en el Departamento a disposición del público, después de la publicación a que se refiere el artículo 4º.*”

¹¹² Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “Historia de la Ley N°19.996”, <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5621/>, p. 81.

concretó en el actual artículo 3° de la Ley de Propiedad Industrial, que goza de alcance general. Conviene recordar que lo dispuesto en tal artículo, en cuanto al respeto a los Conocimientos Tradicionales, resulta plenamente aplicable en esta materia, como en las demás, reforzando aún más el sentido de protección preventiva de los CC.TT.

2.3 MODELOS DE UTILIDAD

De acuerdo a la Ley de Propiedad Industrial, los modelos de utilidad son “(..) los instrumentos, aparatos, herramientas, dispositivos y objetos o partes de los mismos, en los que la forma sea reivindicable, tanto en su aspecto externo como en su funcionamiento, y siempre que ésta produzca una utilidad, esto es, que aporte a la función a que son destinados un beneficio, ventaja o efecto técnico que antes no tenía.”¹¹³ Éstos deben ser nuevos y susceptibles de aplicación industrial,¹¹⁴ y podrán ser protegidos a través de derechos de propiedad intelectual por un plazo de diez años no renovables, desde la solicitud de la patente de modelo de utilidad respectiva.

A diferencia de las patentes de invención, los modelos de utilidad no contemplan el requisito relativo al nivel inventivo, por lo cual basta que la innovación produzca, a lo menos, alguna utilidad. Este menor nivel de exigencias, además de verse

¹¹³ Artículo 54°, Ley N°19.039, 1991.

¹¹⁴ Artículo 56°, Ley N°19.039, 1991.

reflejado en el menor periodo de protección que brindan, se manifiesta también en los costos asociados a la obtención de la patente sobre el modelo de utilidad, en comparación con las tasas contempladas para las patentes de invención. En efecto, atendida esta menor exigencia, los costos tanto del peritaje, como de los derechos de concesión de las patentes de modelos de utilidad, son considerablemente menores en comparación.¹¹⁵ A pesar de ello, no podemos dejar de mencionar que la obtención de estos derechos sigue siendo costosa.

Exceptuando las salvedades ya relatadas, y otras que pudiera establecer la ley, resulta plenamente válido lo ya indicado respecto de las patentes de invención, ya en cuanto al requisito de novedad, como a demás disposiciones, toda vez que la Ley N°19.039 hace aplicable en todo lo pertinente las disposiciones sobre patentes a los modelos de utilidad.¹¹⁶ Por ende, en virtud del requisito de novedad, encontramos una protección preventiva de los conocimientos indígenas, particularmente de aquellos que gocen de algún nivel de divulgación pública, mientras que tratándose de creaciones o innovaciones basadas en CC.TT., y en general aquellos CC.TT. que no hayan sido públicamente divulgados, que no alcancen el nivel inventivo requerido para la obtención de una patente de invención,

¹¹⁵ De acuerdo a las tasas vigentes a la fecha, conforme a Resolución Exenta N°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, D.O. del 6 de enero de 2018, el valor del peritaje para patentes de invención asciende a los \$516.000, y para los modelos de utilidad, a \$394.000, mientras que el valor de los derechos de concesión para las patentes de invención, por la primera mitad del periodo de protección establecido por la ley, es decir, por el primer decenio, corresponde a 3 U.T.M, y el segundo decenio a 4 U.T.M. Los valores establecidos por el mismo concepto para las patentes por modelos de utilidad ascienden por su parte, a 1 U.T.M por la primera mitad, es decir, el primer quinquenio, y a 2 U.T.M por el segundo.

¹¹⁶ Artículo 55°, Ley N°19.039, 1991.

pero que aporten a lo menos una utilidad, podrán obtenerse derechos de exclusividad por el tiempo establecido por la ley.

2.4 DIBUJOS Y DISEÑOS INDUSTRIALES

Esta materia es tratada en el Título V de la Ley de Propiedad Industrial, y de acuerdo a sus disposiciones, entendemos por dibujo industrial “toda disposición, conjunto o combinación de figuras, líneas o colores que se desarrollen en un plano para su incorporación a un producto industrial con fines de ornamentación y que le otorguen, a ese producto, una apariencia nueva.”¹¹⁷ Por su parte, dentro de la denominación de diseño industrial “se comprende toda forma tridimensional asociada o no con colores, y cualquier artículo industrial o artesanal que sirva de patrón para la fabricación de otras unidades y que se distinga de sus similares, sea por su forma, configuración geométrica, ornamentación o una combinación de éstas, siempre que dichas características le den una apariencia especial perceptible por medio de la vista, de tal manera que resulte una fisonomía nueva.”¹¹⁸

Ambos se encuentran también afectos a la exigencia de novedad, especificando la ley que se considerará que se cumple con el requisito, entendiéndose nuevos aquellos dibujos o diseños que “(...) difieran de manera significativa (...)”¹¹⁹ de los

¹¹⁷ Artículo 62º, inciso 2º, Ley N°19.039, 1991.

¹¹⁸ Artículo 62º, inciso 1º, Ley N°19.039, 1991.

¹¹⁹ Artículo 62º, inciso 3º, Ley N°19.039, 1991.

conocidos, o de las combinaciones de características de dibujos o diseños industriales conocidos. A diferencia de las patentes analizadas con anterioridad, ya de invención o de modelos de utilidad, este derecho, dejando de lado de la novedad, no contempla requisitos adicionales. El corolario de esta menor exigencia, además de una reducción de la vigencia de la protección respecto de las patentes de invención, es la menor onerosidad en la obtención del derecho. En efecto, las tasas establecidas para la tramitación, obtención y mantenimiento de estos derechos resultan menores que aquellas establecidas para las patentes de invención, así como los modelos de utilidad.¹²⁰

Similarmente a como sucede con las Marcas Comerciales, los dibujos y diseños industriales no son capaces de proteger a los Conocimientos Tradicionales en sí, y resultan más adecuados para proteger Expresiones Culturales Tradicionales que CC.TT. En otras palabras, a través de un dibujo industrial podrá protegerse un diseño textil tradicional particular -en esencia, una Expresión Cultural Tradicional- pero no las técnicas artesanales o de manufactura relacionadas, que sería el CC.TT. en sí. La protección que otorga así la propiedad industrial se puede extender por el plazo de diez años, sin posibilidades de extensión. En esta materia también

¹²⁰ Al efecto, y según lo establecido por la Resolución Exenta N°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, D.O. del 6 de enero de 2018, los costos asociados al peritaje para la obtención de patentes sobre diseños o dibujos industriales corresponden a \$328.000, menores a los contemplados para patentes de invención y modelos de utilidad. Los derechos de concesión, por su parte, son idénticos en el caso de los dibujos y diseños industriales, y los modelos de utilidad, y ambos son menores que los contemplados para las patentes de invención.

encontramos que las normas dispuestas para las patentes de invención son aplicables en lo pertinente, por expresa disposición de la ley.

2.5 ESQUEMAS DE TRAZADO O TOPOGRAFÍAS DE LOS CIRCUITOS INTEGRADOS

Un circuito integrado, de acuerdo a lo dispuesto por la ley de propiedad industrial, es “un producto, en su forma final o intermedia, destinado a realizar una función electrónica, en el que los elementos, (...) y alguna o todas las interconexiones, formen parte integrante del cuerpo o de la superficie de una pieza de material.”¹²¹

Lo que la ley busca proteger serán los esquemas de trazado o topografía de los circuitos integrados, que no son otra cosa que “la disposición tridimensional de sus elementos, expresada en cualquier forma, diseñada para su fabricación.”¹²² Éstos gozarán de protección siempre y cuando sean originales, requisito que difiere de los usualmente exigidos para otros derechos de patentes, que usualmente requieren de novedad. Este derecho confiere a su titular un derecho de exclusividad sobre el esquema de trazado en cuestión, por un periodo no renovable de diez años, contados desde la presentación de la solicitud respectiva, o de su primera explotación comercial, dentro o fuera de Chile.¹²³

¹²¹ Artículo 73°, Ley N°19.039, 1991.

¹²² Artículo 74°, Ley N°19.039, 1991.

¹²³ Artículo 78°, Ley N°19.039, 1991.

Si bien este tipo de derechos escapa del ámbito de protección preventiva asociado al requisito de novedad que usualmente evita la concesión de derechos de propiedad industrial sobre Conocimientos Tradicionales, atendido el objeto sobre el cual recaen estos derechos de exclusividad, resulta claro que no generan mayor inconveniente, y que difícilmente podrían asistir en la tarea de brindar protección a los CC.TT., ya que los circuitos integrados distan mucho del ámbito tradicional en el que se desarrollan los conocimientos en estudio. De este modo, este derecho no encuentra mayor vinculación con la protección de los Conocimientos Tradicionales, por lo cual no profundizaremos en su estudio.

2.6 SECRETO INDUSTRIAL

El secreto empresarial se encuentra regulado en nuestro país en el Título VIII de la Ley N°19.039. Para nuestro legislador, constituye secreto empresarial “todo conocimiento sobre productos o procedimientos industriales, cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva.” De esta manera, se sancionará “la adquisición ilegítima del mismo, su divulgación o explotación sin autorización de su titular (...)”¹²⁴ así como su divulgación o explotación cuando, habiendo tomado conocimiento de los mismos por medios legítimos, existiere una obligación de reserva, o ánimo de aprovecharse o de perjudicar a su titular.¹²⁵

¹²⁴ Artículo 87°, Ley N°19.039, 1991.

¹²⁵ Artículo 87°, Ley N°19.039, 1991.

Si bien una comunidad indígena no es una empresa, estimamos que la institución del secreto empresarial resulta plenamente aplicable para la protección de los conocimientos tradicionales no divulgados, con especial énfasis en aquellos conocimientos confidenciales, puesto que se cumple con los requisitos exigidos por la ley. Así también lo ha entendido la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.¹²⁶

A diferencias de las instituciones analizadas con anterioridad, el secreto empresarial no requiere de divulgación alguna para contar con protección, sino que más bien, depende de esta falta de divulgación. Tampoco requiere de declaración alguna de autoridad ni cuenta con un plazo de protección determinado, sino que se extiende por todo el tiempo en que los conocimientos se mantengan en reserva, resultando extremadamente convenientes para las comunidades indígenas que busquen proteger sus CC.TT. secretos, ya que no depende de tramites, no implica divulgación ni gasto alguno, ni está sujeto a plazo alguno.

A propósito del secreto empresarial, el legislador también ha regulado aquellos casos en que determinadas autoridades soliciten la entrega de ciertos datos con calidad de no divulgados, para la obtención de autorizaciones o registros. Así,

¹²⁶ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Propiedad Intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales”, 2015, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/933/wipo_pub_933.pdf, 30 de agosto de 2018, p. 37.

cuando se requieren para estos efectos datos sobre “la seguridad y eficacia de un producto farmacéutico o químico-agrícola que utilice una nueva entidad química que no haya sido previamente aprobada por la autoridad competente, (...)”¹²⁷ que no se hallen divulgados, mantendrán dicha condición, siempre que cumplan con algunas exigencias impuestas por la ley.¹²⁸

De esta manera, los Conocimientos Tradicionales secretos encuentran una adecuada protección en la legislación vigente, siempre y cuando mantengan su condición de no divulgados, contando con protección preventiva, y a su vez, permitiendo a sus poseedores la explotación exclusiva de los mismos.

2.7 INDICACIONES GEOGRÁFICAS Y DENOMINACIONES DE ORIGEN

Estos derechos de propiedad industrial, reconocidos y protegidos por la Ley N°19.039, buscan fundamentalmente proteger la reputación de ciertos productos a modo de brindar ciertas ventajas comerciales por cumplirse determinados requisitos, principalmente asociados a la zona geográfica en que se realice la producción o elaboración de los mismos.

Más concretamente, en su artículo 92, la ley define cada uno de ellos, estableciendo que por Indicaciones Geográficas (I.G.) se entiende “aquella que identifica un

¹²⁷ Artículo 89°, inciso 1°, Ley N°19.039, 1991.

¹²⁸ Artículo 89°, inciso 2°, Ley N°19.039, 1991.

producto como originario del país o de una región o localidad del territorio nacional, cuando la calidad, reputación u otra característica del mismo sea imputable, fundamentalmente, a su origen geográfico.”¹²⁹ Las Denominaciones de Origen (D.O.) son muy similares a las Indicaciones Geográficas, distinguiéndose esta última de la primera esencialmente en que la Denominación de Origen, aparte del origen geográfico, considera “otros factores naturales y humanos que incidan en la caracterización del producto.”¹³⁰

Reconocida una I.G. o D.O., esta se incluye en un registro,¹³¹ y cualquier persona, natural o jurídica, aún si no intervino de manera alguna en el reconocimiento de alguno de estos derechos, podrá utilizarla, provisto que desarrolle su actividad dentro de los límites geográficos establecidos para la Indicación Geográfica o Denominación de Origen, y cumpla con las demás disposiciones establecidas,¹³² pudiendo beneficiarse de esta distinción por un periodo indefinido de tiempo.¹³³

Las Indicaciones Geográficas, así como las Denominaciones de Origen, pueden prestar gran utilidad a las comunidades indígenas que deseen comerciar productos basados en Conocimientos Tradicionales. Similarmente a lo que ocurre con las marcas comerciales, estas herramientas permiten resguardar y destacar de otros

¹²⁹ Artículo 92°, letra a), Ley N°19.039, 1991.

¹³⁰ Artículo 92°, letra b), Ley N°19.039, 1991.

¹³¹ Artículo 94°, Ley N°19.039, 1991.

¹³² Artículo 103°, Ley N°19.039, 1991.

¹³³ Artículo 100°, Ley N°19.039, 1991.

productos la autenticidad, la reputación, y/o la calidad de dichos productos. Como ya adelantamos en el apartado correspondiente a las Marcas Comerciales, las I.G. y las D.O. guardan cierto parecido con las marcas de certificación y marcas colectivas. En efecto, el Instituto Nacional de Propiedad Industrial trata a estas cuatro instituciones en un mismo apartado,¹³⁴ y si bien se trata de instituciones distintas, en general buscan resguardar y otorgar ventajas comerciales a una variedad de productores, en atención a que todos ellos reúnen ciertas características relevantes, que otorgan a sus productos cierto prestigio. A pesar de las similitudes entre estas marcas y las instituciones en estudio, cuentan con importantes diferencias. Una de ellas, y no menor, es aquella relativa a los costos asociados a la obtención de la marca, I.G. o D.O., sobre todo teniendo en consideración la vigencia respectiva de cada derecho. Mientras que las Indicaciones Geográficas y las Denominaciones de Origen gozan de una vigencia indefinida, las marcas encontrarán protección por un plazo de diez años. Esta protección podrá renovarse por un periodo igual de manera indefinida, pero para ello es necesario el pago de determinados derechos. Así, tenemos que tanto marcas como I.G. y D.O. podrán brindar protección por un periodo indefinido de tiempo, pero en el caso de las marcas, la extensión de esta protección en el tiempo implicará un gasto para sus titulares.

¹³⁴ Tal como se puede apreciar en su página web, disponible en: <https://www.inapi.cl/sello-de-origen/para-informarse?acordeon=1>

Resulta importante señalar que, en caso de que un tercero, sin autorización de la comunidad indígena que mantenga los Conocimientos Tradicionales, pero cumpliendo los demás requisitos, ya de emplazamiento geográfico, así como otros que se hayan establecido, decida comercializar productos basados en los conocimientos indígenas, podrá acceder a la I.G. o D.O., puesto que estos están a disposición de todos aquellos que cumplan con las exigencias de la I.G o D.O., y la Ley de Propiedad Industrial no tiene, en este sentido, un gran alcance en cuanto a protección preventiva, por lo cual cobra especial importancia la disposición general establecida en el artículo 3º, como norma complementaria de protección preventiva. Es en este sentido en que, comparativamente, resulta más afín para resguardar Conocimientos Tradicionales la Denominación de Origen que la Indicación Geográfica, en atención a que la primera permite poner mayor énfasis en el elemento humano, caracterizado en el caso concreto por la calidad de comunidad indígena titular del CC.TT. en cuestión, logrando un mayor resguardo para evitar que la Denominación de Origen sea utilizada por terceros no autorizados para hacer uso de los conocimientos indígenas.

Por otra parte, encontramos otra institución relacionada a las Indicaciones Geográficas y Denominaciones de Origen que merece nuestra atención. Se trata del llamado “Sello de Origen”, un programa del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, con la colaboración del INAPI, que busca fomentar el uso de I.G., D.O., Marcas Colectivas, y Marcas de Certificación por parte de productores tradicionales nacionales. El Sello de Origen constituye una marca de certificación gratuita, cuyo

titular es el Ministerio de Economía, quien ha delegado su administración en el INAPI, y su objetivo es “identificar, posicionar y diferenciar en el mercado, los productos tradicionales y singulares de Chile, que se encuentran fuertemente vinculados a localidades del país (...) fomentando de esta forma el uso y protección de los productos chilenos, contribuyendo a su valorización y a la conservación de las tradiciones y riqueza de Chile.”¹³⁵ Podrán beneficiarse del uso del Sello de Origen aquellas personas que sean titulares, o en su defecto licenciatarias, de Indicaciones Geográficas o Denominaciones de Origen, o de Marcas Colectivas o de Certificación siempre que el elemento distintivo del producto diga relación con su origen geográfico, y que se vincule con alguna característica del producto asociada a factores naturales o humanos.¹³⁶

Teniendo en consideración que el fin de este programa es el fomento y resguardo de métodos de producción y productos tradicionales chilenos, no cabe duda de que les esta disponible a las comunidades indígenas que sean titulares de alguno de los derechos de propiedad industrial contemplados la posibilidad de optar al uso de esta marca de certificación de forma gratuita. Sin embargo, reiteramos que estos instrumentos no constituyen protección alguna en el sentido en que la hemos entendido, y no constituyen más que asistencias para competir en el mercado.

¹³⁵ Reglamento de Uso y Control de la Marca de Certificación “Sello de Origen”, artículo 1º, disponible en: https://www.inapi.cl/docs/default-source/default-document-library/articles-11033_recurso_1.pdf?sfvrsn=fd12b128_0

¹³⁶ Reglamento de Uso y Control de la Marca de Certificación “Sello de Origen”, artículo 4º, disponible en: https://www.inapi.cl/docs/default-source/default-document-library/articles-11033_recurso_1.pdf?sfvrsn=fd12b128_0

3. CONCLUSIONES.

En suma, tenemos que la legislación chilena, en cuanto a los Conocimientos Tradicionales, es escasa e inespecífica, pero no por ello los encontramos completamente desregulados. Aún más, si bien la única mención expresa a ellos puede ser catalogada de vaga o simplemente declarativa, ésta, con la asistencia de otras normas adicionales, no específicas, le dotan a la legislación de propiedad industrial de un importante componente de protección preventiva a favor de los Conocimientos Tradicionales.

Por su parte, si bien encontramos rasgos de protección positiva en menor medida en comparación con su contraparte preventiva, ésta no se encuentra ausente en la legislación nacional. Si bien restringidas, existen en nuestra legislación posibilidades de otorgar derechos de propiedad industrial sobre Conocimientos Tradicionales a sus titulares, provisto que el conocimiento cumpla con los correspondientes requisitos exigidos por el derecho de propiedad industrial en cuestión, y que la comunidad indígena se encuentre organizada conforme a las disposiciones de la Ley N°19.253, de modo que cuente con personalidad jurídica, lo que le permitirá gozar de derechos de propiedad industrial. Por otra parte, encontramos en la legislación chilena formas adecuadas para la protección de conocimientos no divulgados, en la institución del secreto industrial.

Adicionalmente, nos encontramos con que diversos derechos regulados por la Ley de Propiedad Industrial, si bien no otorgan objetivamente protección a los Conocimientos Tradicionales, sí prestan utilidades a las comunidades indígenas que busquen resguardarlos, principalmente a través de ventajas de mercado, como resulta el caso de las Denominaciones de Origen y las Marcas de Certificación, entre otras.

En el próximo capítulo, haremos un análisis más acabado de la legislación, a fin de caracterizar el estado de protección de los Conocimientos Tradicionales que brinda la legislación descrita en el presente capítulo, para adicionalmente analizar críticamente sus implicancias.

CAPÍTULO 3: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGULACIÓN LEGAL CHILENA SOBRE CC.TT.

Ya detallada la normativa sobre Propiedad Intelectual vigente referente a los Conocimientos Tradicionales en Chile, particularmente en cuanto a Propiedad Industrial, resulta necesario hacer un análisis crítico de la misma en profundidad, a modo de establecer cuál es la situación de la protección, o desprotección, que gozan en la actualidad los Conocimientos Tradicionales indígenas. Para esto, se tendrá a la vista no sólo la legislación ya descrita en el capítulo anterior, sino que también usaremos como referente material de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual estudiado en el primer capítulo, así como algunos aspectos de legislaciones extranjeras para mejor comprensión del contexto internacional en materia de protección de CC.TT., y responder de mejor manera a cuál es el estado, al día de hoy, de los Conocimientos Tradicionales, en cuanto a su protección en Chile.

1. ESTADO DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN CHILE.

En el presente apartado realizaremos una caracterización de la protección de los Conocimientos Tradicionales actualmente en Chile. Para ello, utilizaremos genéricamente la misma estructura utilizada en el primer capítulo, es decir, estableceremos los puntos clave en la materia, a saber, qué, quién, cómo, para qué y por qué, generando así un paralelo entre lo señalado por la doctrina, en particular lo indicado por el Comité Intergubernamental de la OMPI, y lo establecido por la legislación chilena.

1.1. ¿QUÉ? CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y PROTECCIÓN

Como ya indicamos en el primer capítulo, en este trabajo lo que analizaremos es la protección de los Conocimientos Tradicionales, y a ese efecto, delimitamos qué entendemos por cada uno de estos conceptos, adoptando las interpretaciones hechas al efecto por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. No obstante mantener dicho entendimiento, resulta importante señalar, para tener una cabal comprensión del estado de los Conocimientos Tradicionales actualmente en Chile, que no existe en nuestra legislación, ni en los reglamentos asociados, ni en la misma historia de la ley, aproximación alguna a qué se ha de entender por Conocimientos Tradicionales, sin aportar definición alguna, ni dotar a la expresión de características que permitan su identificación, o ejemplos que puedan servir para dotar a la expresión de algún mínimo contenido. Por otra parte, la Ley N°19.039 entiende el concepto no desde una perspectiva exclusivamente indígena, pero a su vez, tampoco utiliza la denominación usual adoptada por la OMPI, relativa a

comunidades indígenas y locales, indicando en su lugar que se trata de CC.TT. nacionales.¹³⁷ A pesar de esta falta de precisión, y teniendo a la vista las formas primitivas de la modificación, en la cual se hizo uso de la expresión utilizada por la OMPI, haciéndose referencia a las comunidades indígenas y locales, podemos entender que al introducirse la modificación, se tuvo a la vista la labor del Comité Intergubernamental, por lo cual podemos entender que lo que el legislador entendió por Conocimientos Tradicionales no dista mayormente de lo que hemos entendido por ellos en el presente trabajo, es decir, conocimientos, prácticas, competencias, experiencias e innovaciones que se desarrollan, mantienen y transmiten de generación en generación, en un contexto tradicional, formando parte del modo de vida y cultura tradicional de determinada comunidad indígena o local.

Por otra parte, en cuanto a la protección, como fue señalado en el capítulo introductorio, podemos clasificarla en protección preventiva y positiva. Ambas resultan complementarias, y podrán utilizarse separada o conjuntamente para proteger los CC.TT. Estas clasificaciones son meramente doctrinarias, por lo cual no es de extrañar que no exista referencia alguna a ellas en nuestra legislación. No obstante, podemos identificar claramente en el ordenamiento chileno un marcado énfasis en la protección preventiva de los Conocimientos Tradicionales. Esto se desprende no sólo de lo dispuesto por el artículo tercero de la Ley N°19.039, sino también de lo expuesto respecto del requisito de novedad para la obtención de

¹³⁷ Artículo 3°, inciso 3°, Ley N°19.039, 1991.

ciertos derechos de propiedad industrial. Éste último adquiere especial alcance si consideramos lo dispuesto por normas como la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial,¹³⁸ que como ya indicamos persigue objetivos diferentes a la protección que es objeto de nuestro estudio, pero que en el particular intersectan, toda vez que los esfuerzos de salvaguarda pueden resultar útiles para efectos de catalogar los CC.TT. de modo tal que indiscutiblemente conformen parte del estado de la técnica. En efecto, la Convención referida, en su artículo 11º, establece como función del Estado “(...) identificar y definir los distintos elementos del patrimonio cultural inmaterial presentes en su territorio, con participación de las comunidades, los grupos y las organizaciones no gubernamentales pertinentes.”¹³⁹ Aún más, según señala el artículo 12º de esta Convención, “(...) cada Estado Parte confeccionará con arreglo a su propia situación uno o varios inventarios del patrimonio cultural inmaterial presente en su territorio. Dichos inventarios se actualizarán regularmente.” De este modo, usualmente los CC.TT. divulgados debieran formar parte de dichos inventarios, de modo tal que, teniéndolos a la vista al realizarse los exámenes de novedad para el otorgamiento de patentes, podría evitarse en gran medida la concesión errónea de patentes sobre CC.TT., cumpliéndose con los fines de la protección preventiva.

¹³⁸ Decreto N°11 Ministerio de Relaciones Exteriores, 2009.

¹³⁹ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, *Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial*, UNESCO, París, 2003.

Por su parte, la protección positiva de los Conocimientos Tradicionales en Chile se reduce a la aplicación de las normas generales en materia de propiedad industrial, de modo tal que el CC.TT. que se busque proteger por esta vía deberá cumplir con los requisitos del respectivo derecho que se busque obtener sobre el mismo, lo cual limita considerablemente la cantidad de Conocimientos Tradicionales que podrán optar por este tipo de protección. A pesar de esto, es importante señalar que la posibilidad de obtener la protección a través de derechos de propiedad industrial existe, y que puede ser de especial importancia para las innovaciones realizadas en contextos tradicionales, que se basan en los Conocimientos Tradicionales como tales.

En definitiva, la única acción positiva en orden a brindar protección a los Conocimientos Tradicionales por parte del legislador queda radicada en el campo de la protección preventiva, materializada en el artículo 3º de la Ley de Propiedad Industrial, y ésta se ve auxiliada por la configuración tradicional de la propiedad industrial. Por su parte, no han existido actuaciones en pos de proteger positivamente los Conocimientos Tradicionales, por lo cuál ésta se limita a las acotadas oportunidades que brinda un sistema tradicional de propiedad industrial.

1.2. ¿QUIÉN? TITULARIDAD

Como ya fue señalado en los capítulos precedentes, generalmente se han concebido tres opciones dentro de la titularidad de los CC.TT., en primer lugar, el

dominio público, por otra parte, la titularidad individual, en el sentido de aplicar las normas ya existentes en materia de propiedad industrial, y por último una titularidad colectiva, residente en la comunidad indígena. Frente a este panorama doctrinario, y atendiendo a la legislación chilena ya analizada, podemos señalar que, actualmente, no cabe catalogar el caso chileno en ninguna de estas categorías. Esto deriva del hecho de que no existe un régimen único de protección para todos los Conocimientos Tradicionales, como se desprende de lo ya indicado en la sección anterior, ya que no todos los conocimientos indígenas pueden optar por una protección positiva, protección en la cual la titularidad de los CC.TT. cobra especial importancia.

En efecto, en materia de protección preventiva la labor de las comunidades indígenas que ostentan los conocimientos es bastante limitada, y se verá normalmente reducida a deducir oposiciones a registros de derechos de propiedad industrial sobre CC.TT., en caso de que la autoridad competente no haya detectado de antemano un incumplimiento de requisitos, u otra irregularidad, para lo cual basta con tener algún interés.¹⁴⁰ Sin embargo, más allá de evitar la errónea concesión de derechos sobre CC.TT., no existen herramientas para impedir que cualquiera haga un uso de los conocimientos que no implique la obtención de derechos. Así las cosas, podemos estimar que para el caso de aquellos Conocimientos Tradicionales que sólo pueden optar a una protección preventiva, mas no a una positiva, la

¹⁴⁰ Artículo 5º, Ley N°19.039, 1991.

situación chilena se acerca al primero de los escenarios de titularidad estudiados, esto es, al del dominio público. Esto resultaría concordante con la redacción de la ley, que los denomina como “conocimientos tradicionales nacionales”,¹⁴¹ prescindiendo de la expresión habitualmente utilizada en la materia, y la que primitivamente se utilizó en las discusiones de la ley, “conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas o locales”,¹⁴² virtualmente despojando a las comunidades indígenas de la posesión de sus Conocimientos Tradicionales, para radicarla en la nación. Efectivamente, si bien la legislación permite evitar la concesión errónea de derechos de propiedad intelectual sobre estos Conocimientos Tradicionales, nada puede hacer respecto de usos no autorizados que no impliquen la obtención de derecho alguno, de modo tal que estos conocimientos se encuentran a disposición de todo quien quiera hacer uso de ellos.

Por el contrario, la titularidad adoptará otra naturaleza si, existiendo la posibilidad de optar por proteger a través de derechos de propiedad industrial a estos conocimientos, las comunidades así lo hagan. En este caso, la titularidad de los mismos recaería en la segunda categoría estudiada, es decir, en la propiedad individual, dentro de un marco de derecho tradicional occidental. Con ello, nos referimos a la aplicación directa de las normas ya existentes sobre titularidad de derechos de propiedad industrial, que gozan de aplicación general, es decir, el titular

¹⁴¹ Artículo 3º, inciso 3º, Ley N°19.039, 1991.

¹⁴² Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “Historia de la Ley N°19.996”, <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5621/>, p. 81.

será una persona natural o una persona jurídica. Dentro de nuestra legislación, en este caso particular, es que encontramos utilidad en ciertas disposiciones de la Ley N°19.253, que establecen la configuración de comunidades indígenas como personas jurídicas,¹⁴³ lo cual les permitiría, entre otras cosas, ser titulares de derechos de propiedad industrial sobre sus Conocimientos Tradicionales.

En suma, dependerá de las opciones de protección de las que disponga cada CC.TT. en particular a quién pertenecerá la titularidad de los mismos. La regla general estará constituida por el dominio público, quedando a disposición del público general, indígena o no, el hacer uso libremente de estos conocimientos, siempre y cuando no se pretenda la obtención de derechos de exclusividad sobre los mismos. Excepcionalmente los CC.TT. reunirán los requisitos legales que permitirán a sus poseedores optar por obtener algún derecho de exclusividad sobre ellos. En tales casos, la configuración de la ley permitirá a las comunidades indígenas ser titulares de estos derechos, siempre y cuando se halle organizada como una persona jurídica, de acuerdo a las disposiciones de la legislación vigente. Ambas alternativas implican el uso de instituciones tradicionalmente occidentales, y excluyen la aplicación de derecho indígena, con todas las críticas que a ello se han hecho.¹⁴⁴

1.3. ¿CÓMO? OPCIONES DE PROTECCIÓN

¹⁴³ Artículo 10º, Ley N°19.253, 1993.

¹⁴⁴ SIMPSON, cit. (n.27), p. 46.

En esta materia, como ya indicamos en el primer capítulo, también se nos presentan tradicionalmente tres posiciones en doctrina. Éstas son la utilización de los sistemas de propiedad intelectual vigentes, la adaptación de éstos a los Conocimientos Tradicionales, y por último, la creación de sistemas *sui generis* de protección. La legislación chilena, como queda de manifiesto de lo estudiado en el segundo capítulo, se inclina por la primera de las alternativas, es decir, hace uso de los sistemas tradicionales de propiedad intelectual, sin adaptar las normas a las características particulares de los CC.TT., ni estableciendo normas ni sistemas nuevos para ellos. Es a raíz de esta característica, precisamente, que vemos reducida la protección positiva de los Conocimientos Tradicionales, ya que muchas de sus características hacen dificultosa la obtención de derechos de propiedad industrial sobre ellos, puesto que las instituciones no fueron, en principio, pensadas para abarcar este tipo de conocimientos. A pesar de ello, existen instituciones que resultan idóneas para la protección de ciertos CC.TT., tal como el secreto industrial, que brinda adecuada protección para los Conocimientos Tradicionales confidenciales, a la vez de resguardar adecuadamente los intereses de las comunidades que los mantienen, como es la no divulgación de los mismos, y la inexistencia de un límite temporal para gozar de la protección. Por su parte, las patentes se presentan como una opción para las innovaciones basadas en Conocimientos Tradicionales, provisto que cumplan con las exigencias establecidas por la ley. Otras aplicaciones de los sistemas vigentes de propiedad intelectual permiten, si bien no proteger en sentido estricto, la obtención de ciertas ventajas de mercado para las comunidades indígenas, cuando éstas comercialicen productos o

servicios basados en Conocimientos Tradicionales, como es el caso de las Denominaciones de Origen, Marcas Comerciales, o Marcas de Certificación, entre otras, permitiendo resguardar hasta cierto punto los intereses de las comunidades indígenas.

1.4. ¿PARA QUÉ? OBJETIVO DE LA PROTECCIÓN

Teniendo en consideración que en sede legislativa el desarrollo y la discusión respecto de la única norma que hace referencia expresa a los Conocimientos Tradicionales en nuestro ordenamiento jurídico, pocos recursos se encuentran disponibles para dilucidar cuáles eran los objetivos perseguidos con la inclusión del inciso 3º del artículo 3º de la Ley N°19.039. Ante una falta de objetivos explícitos, queda hacer un análisis de los objetivos que resultan implícitos en la legislación actual en Chile, en materia de Conocimientos Tradicionales. Para ello, haremos uso de los objetivos de política proyectados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, ya referidos con anterioridad,¹⁴⁵ estableciendo cuáles de ellos pueden ser alcanzados a través de la configuración actual de los Conocimientos Tradicionales en Chile.

En primer lugar, tenemos que la OMPI establece como posible objetivo de política de la protección de los CC.TT., el reconocimiento del valor de los mismos, ya sea

¹⁴⁵ Secretaría de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, cit. (n. 62), pp. 1-3; Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, cit. (n. 63), p.27.

social, económico, científico, o espiritual, entre otros. Nuestra legislación, al consagrar la protección explícita de los CC.TT., viene en dar cierto reconocimiento de su valor principalmente desde una perspectiva económica y científica, considerando en primer lugar la materia respecto de la cual los trata, es decir, la propiedad industrial, y por otra parte atendiendo a la falta de vinculación en la norma con las comunidades indígenas, su cultura y espiritualidad.

En segundo lugar, se ha mencionado que la protección de los CC.TT. podría perseguir la promoción del respeto por los sistemas de CC.TT., y las comunidades titulares de los mismos, evitándose el uso ofensivo de los conocimientos. En Chile, podríamos decir se persigue sólo una parte de este objetivo, toda vez que en el artículo tercero de la Ley de Propiedad Industrial se establece explícitamente el respeto por los CC.TT., pero como ya hemos adelantado, nada señala sobre las comunidades titulares de éstos, de modo tal que no podría pensarse que se busca promover el respeto por ellas. En cuanto al uso ofensivo de los CC.TT., estimamos que existen ciertas herramientas en la legislación actual para evitar algunas formas de ellos, como puede ser, en materia de Marcas Comerciales, aquellas que impiden el registro de determinados escudos, banderas u otros emblemas,¹⁴⁶ pero a falta de normativas generales, especialmente destinadas para ello, no nos parece estimar que sea un objetivo particular de la protección actual el evitar dichos usos.

¹⁴⁶ Artículo 20° a), Ley N°19.039, 1991.

Por otra parte, la preservación y salvaguardia de los Conocimientos Tradicionales también se ha alzado como un posible objetivo a perseguir a través de su protección. Estimamos que, si bien existen otras herramientas en nuestra legislación que persiguen de mejor manera estos objetivos, sí podemos estimar que, al evitarse la apropiación particular de los CC.TT., se contribuye enormemente a la salvaguardia de estos conocimientos, y a su preservación en el medio tradicional en el cual se generaron.

Otro objetivo de política que normalmente persigue un sistema de protección de los Conocimientos Tradicionales será el evitar la apropiación indebida de los mismos, así como sus usos comerciales desleales. Entendiendo la apropiación indebida únicamente desde el punto de vista de la obtención de derechos sobre los CC.TT., podemos estimar que sí se trataría de un objetivo perseguido por la actual legislación chilena, sobre todo considerando que la ley, para la concesión de derechos de propiedad intelectual sobre elementos basados en CC.TT., exige que éstos hayan sido adquiridos de conformidad al ordenamiento jurídico vigente,¹⁴⁷ lo cuál obligaría a cualquier apropiación de CC.TT. a estar acorde a derecho. En cuanto a los usos comerciales desleales de los Conocimientos Tradicionales, estimamos que también se encuentran considerados por el legislador, como resulta de la aplicación de normas generales contra competencia desleal de la Ley de Propiedad Industrial, normas que evitan el uso de fórmulas publicitarias, como

¹⁴⁷ Artículo 3º, inciso 3º, Ley N°19.039, 1991.

Marcas Comerciales, que puedan inducir a errores, la posibilidad de hacer uso de instituciones como las Denominaciones de Origen, y la protección establecida en virtud del secreto industrial, que protege contra usos desleales de la información confidencial.

La promoción, protección y recompensa de las innovaciones dentro del contexto tradicional también ha sido propuesta por la OMPI como un posible objetivo, y a nuestro parecer se trata de otro de los perseguidos por la actual protección de los CC.TT. en Chile, toda vez que, en el marco de la propiedad industrial, siempre que se cumplan con los requisitos básicos exigidos por la ley, nada impide la obtención de derechos de propiedad industrial sobre dichas innovaciones, más que el ya señalado requisito establecido por el artículo 3º, en orden a que el material sobre el cual se basa debe haber sido adquirido de conformidad al ordenamiento jurídico vigente. Lograda la protección de estas innovaciones, sigue que éstas sean recompensadas, lo cual se hará de conformidad a las reglas generales, atendiendo a la importancia científica o comercial que éstas puedan tener, y estas expectativas de protección y recompensa cumplirán a su vez una función de incentivo a la innovación, lo cuál cumpliría con los objetivos de promoción de la innovación en el marco tradicional.

Por su parte, otro importante objetivo que se puede perseguir mediante la protección de Conocimientos Tradicionales es el fomento del desarrollo de las comunidades y oportunidades comerciales de los productos que se basen en sus CC.TT.

Estimamos que la posibilidad de aspirar a protección positiva, auxiliada por otras herramientas consagradas en la legislación de propiedad industrial, tal como resultan las Denominaciones de Origen, tienden a la persecución de este objetivo, al brindar ventajas comerciales a sus productos y servicios, ya sea a través de la concesión de monopolios vía patentes, o a través de su distinción, ya sea en atención a su calidad u otras características, en orden a otorgarles ventajas comparativas sobre sus competidores.

Uno de los objetivos que resultan más patentes de la protección actual de los CC.TT., es el impedir la concesión de derechos de propiedad intelectual sin validez legal sobre los mismos. Este objetivo, así establecido por la OMPI, se identifica claramente con aquello que denominamos protección preventiva. Atendiendo que como ya señalamos, la configuración actual de la protección de los Conocimientos Tradicionales en Chile se encuentra mayormente enfocada en la protección preventiva, resulta evidente que éste sea de los principales objetivos de política perseguidos por nuestro ordenamiento en materia de CC.TT.

Finalmente, estimamos que otro de los objetivos mencionados por la OMPI, que podría perseguirse de acuerdo a la configuración actual de la protección de los CC.TT., es el de complementar la protección de las Expresiones Culturales Tradicionales. Frente a la escasez normativa que enfrentamos en materia de Conocimientos Tradicionales, cabe señalar que se trataría de un complemento

bastante leve, pero sin dudas el alcance preventivo de la protección de los CC.TT., en lo aplicable a las ECT, complementará el régimen de protección de éstos.

Vistos aquellos objetivos de política que nuestra legislación puede procurar, surge la interrogante sobre cuáles de los objetivos propuestos por la OMPI resultan relegados por la configuración actual de la protección de los Conocimientos Tradicionales indígenas. En principio, además de las precisiones ya realizadas sobre ciertos aspectos de los objetivos atendidos por la ley chilena, nos encontramos con que la protección de los CC.TT. en Chile no busca activamente responder a las necesidades expresadas por las comunidades titulares de los CC.TT., contribuir a su bienestar, ni recompensar sus aportes. En primer lugar, debemos señalar que no han existido consultas a los pueblos indígenas respecto de la tutela de sus CC.TT., por lo cuál resulta difícil saber cuáles son en definitiva las expectativas de éstos de un sistema de protección de sus conocimientos. Tampoco existe una búsqueda activa en orden a recompensarlos, toda vez que se trata de un sistema principalmente enfocado en proteger preventivamente a sus Conocimientos Tradicionales. Esto se ve directamente vinculado con otro de los objetivos indicados por la OMPI, que es la promoción de la distribución justa y equitativa de los beneficios que deriven del uso de los Conocimientos Tradicionales, objetivo que tampoco puede ser perseguido a través de un sistema eminentemente preventivo.

Por otra parte, encontramos otra serie de objetivos que difícilmente podríamos entender se consideraron al configurar la protección de los conocimientos indígenas, como el brindar apoyo a los sistemas de CC.TT., respetando y facilitando los intercambios, la transmisión, uso y desarrollo de los mismos, o el aumento de la confianza, respeto y transparencia entre las comunidades indígenas que mantienen y desarrollan los Conocimientos Tradicionales, y los sectores empresariales y académicos, entre otros, ni tampoco la promoción de la diversidad cultural o la salvaguardia de la identidad cultural y los valores tradicionales de las comunidades indígenas. En pocas palabras, nuestro legislador generalmente prescinde de aquellos objetivos más enfocados en las exigencias impuestas por los derechos humanos de los pueblos indígenas, y aquellos centrados en la vinculación de los conocimientos con las comunidades que los generan y mantienen, y se guía en mayor medida por objetivos usualmente más concretos, centrados en los conocimientos en sí, prescindiendo del elemento humano, y de carácter comercial o económico.

1.5. ¿POR QUÉ? JUSTIFICACIÓN DE LA PROTECCIÓN

Considerando nuevamente la falta de fundamentación que hay en la historia de la única ley que hace referencia al tema en estudio, resulta difícil descifrar qué tuvo a la vista el legislador al momento de considerar la protección de los Conocimientos Tradicionales. En principio, atendiendo a que la modificación data del año 2005, debemos excluir como posible justificación de esta inclusión tanto la Declaración de

las Naciones Unidas¹⁴⁸ como la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,¹⁴⁹ puesto que ambas son posteriores. Resulta también claro, a partir de la redacción final de la norma, que no se tuvo en especial consideración los derechos de los pueblos indígenas para otorgar protección a los Conocimientos Tradicionales, toda vez que no se hace referencia alguna a ellos en relación con los CC.TT. Por otra parte, y atendiendo también al hecho que en el artículo 3º se hace mención de los CC.TT. así como a los Recursos Genéticos,¹⁵⁰ es que cabe pensar que la preocupación por incluir una mención, por muy vaga y genérica que fuese, a los Recursos Genéticos y Conocimientos Tradicionales, surge en relación a lo dispuesto por la Convención de Diversidad Biológica,¹⁵¹ adoptada en 1992, y promulgada en Chile en 1994, la cual trata los CC.TT. vinculados a la diversidad biológica en su artículo 8º, letra j). Más allá de estas consideraciones, atendiendo al lenguaje utilizado en el breve desarrollo parlamentario de la modificación, se deja entrever que la labor de la OMPI, particularmente el CIG, ejerció cierto nivel de influencia hacia la inclusión de esta modificación, ya que se hizo uso en las discusiones de la terminología utilizada por estos organismos. Es así como, en general, podemos suponer que más que las exigencias de derechos humanos, y

¹⁴⁸ Organización de las Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 61/295, “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” A/RES/61/295 (13 de septiembre, 2007), <https://undocs.org/es/A/RES/61/295>, 22 de agosto de 2018.

¹⁴⁹ Organización de los Estados Americanos, Resolución de la Asamblea General AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), “Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” (14 de junio de 2016), <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>, 30 de agosto de 2018.

¹⁵⁰ La expresión utilizada por la Ley N°19.039 es “patrimonio biológico y genético”, Artículo 3º, inciso 3º, Ley N°19.039, 1991.

¹⁵¹ Decreto N°1.963 Ministerio de Relaciones Exteriores, 1994.

más aún que los derechos humanos de los pueblos indígenas se atendieron a consideraciones económicas y comerciales, circunstancia que se ve manifestada con claridad en los propósitos perseguidos por la protección de los CC.TT., analizados en detalle en la sección precedente.

2. CRÍTICAS Y PROPUESTAS.

Establecido ya el marco general del estado de protección de los Conocimientos Tradicionales, corresponde realizar un juicio de valor sobre el mismo, los problemas que este puede presentar, y dar ciertas luces hacia cómo han sido abordados dichos problemas en doctrina y legislación comparada.

En primer lugar, es nuestro parecer que, para asegurar el buen funcionamiento de cualquier sistema de protección, es necesario delimitar con claridad el objeto protegido. De nada sirve contar con un sistema completo de protección de los Conocimientos Tradicionales si, en el caso concreto, no podemos estar seguros si nos encontramos o no frente a uno. Esto resulta aún más relevante atendiendo que, como vimos en el primer capítulo, no existe un consenso sobre la definición de Conocimientos Tradicionales. Esto no sólo resulta necesario para el adecuado funcionamiento de los mecanismos de protección que se contemplen, sino que también viene a cumplir mínimas exigencias de seguridad jurídica, y brindará tranquilidad no sólo a aquellas comunidades indígenas que busquen ver protegidos sus CC.TT., sino también a terceros que quieran hacer uso de algún conocimiento

particular, que puede o no encontrarse comprendido dentro del concepto de Conocimientos Tradicionales. Por ello, estimamos que la falta de precisión de la legislación chilena en esta materia se presenta como una deficiencia básica para asegurar la protección de los Conocimientos Tradicionales.

Por otra parte, en materia de protección propiamente tal, consideramos que los alcances de la protección preventiva de los Conocimientos Tradicionales resultan adecuados para evitar la errónea concesión de derechos de propiedad industrial sobre Conocimientos Tradicionales, desde un doble ámbito. Por una parte, contamos con una adecuada faz jurídica, constituida tanto por el artículo 3° de la Ley N°19.039, como por la aplicación de los requisitos de novedad para la obtención de ciertos derechos de propiedad industrial, y, por otra parte, en su faz práctica, contamos con normas que tienden a la existencia de un adecuado registro de CC.TT., en manos del Estado, que facilitaría a la autoridad revisora el examen del estado de la técnica.

Desafortunadamente, frente a esta virtud del régimen de protección chileno de los CC.TT., nos encontramos con una serie de carencias, principalmente en lo que respecta a protección positiva. Si bien como hemos señalado con anterioridad, la obtención de derechos de propiedad industrial no resulta imposible, hay que reconocer que se trata de una posibilidad bastante reducida, frente a la cual las comunidades indígenas enfrentan una serie de barreras económicas, culturales y prácticas. El desconocimiento y la falta de recursos pueden hacer difícil para las

comunidades el intentar hacer uso de estas posibilidades limitadas, y, por otra parte, normalmente el resultado no dejará completamente satisfechos a sus titulares, habida consideración de las limitaciones temporales que implica la obtención de este tipo de derechos. En efecto, la expectativa de 20 años de protección puede parecerles poco efectiva para resguardar un conocimiento que, como característica definitoria, ha de trascender generaciones.¹⁵² Así las cosas, en Chile la protección positiva de los Conocimientos Tradicionales deja mucho que desear, sobre todo considerando las amplias virtudes que entraña el contar con este tipo de protección. Como indicamos en el primer capítulo, la protección positiva puede cumplir con un doble objetivo. Por una parte, permite evitar los usos no autorizados o indebidos de los Conocimientos Tradicionales, y, en segundo término, permite a las comunidades titulares de ellos explotarlos comercialmente, por lo cual las ventajas de contar con ella resultan claras. Además, ambas facetas de la protección positiva se vinculan con dos conceptos de suma relevancia en la materia, y particularmente en vinculación con el derecho indígena. Se trata del consentimiento fundamentado previo, y la distribución justa y equitativa de beneficios.

El consentimiento libre, informado y previo es un concepto recurrente en materia de derecho indígena, y se encuentra señalado tanto en la Declaración Americana¹⁵³

¹⁵² Resulta pertinente recordar lo expresado por la Declaración de Maatutua de 1993, realizada en la Primera Conferencia Internacional de los Derechos Culturales y Propiedad intelectual de los Pueblos Indígenas, en cuyo punto 2.5 se señala la necesidad de que un nuevo régimen de propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas incorpore un “*alcance de envergadura multigeneracional*.”

¹⁵³ Organización de los Estados Americanos, Resolución de la Asamblea General AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), “Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” (14 de junio de 2016), <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>, 30 de agosto de 2018.

como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.¹⁵⁴ De acuerdo a la OMPI, este principio en materia de Conocimientos Tradicionales, implica que “antes de que un tercero pueda acceder a los conocimientos tradicionales y utilizarlos deberá consultar con el titular de esos conocimientos y concluir con él un acuerdo para establecer las condiciones pertinentes; además, se deberá informar debidamente a los titulares de los conocimientos acerca de las consecuencias de la utilización prevista.”¹⁵⁵ Así, la aplicación de este principio, y la faz negativa de la protección positiva, permiten adecuadamente impedir el uso indebido de los CC.TT., de una manera respetuosa con los pueblos indígenas.

El segundo concepto referido, la participación equitativa de los beneficios, tiene su base fundamental en uno de los principios generales del derecho: la equidad. Conforme a este principio, “los titulares de los conocimientos tradicionales reciben una participación equitativa en los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, que puede expresarse en términos de pago compensatorio u otro beneficio no monetario.”¹⁵⁶ Éste principio resultará de especial importancia en el supuesto en que las comunidades indígenas tomen la decisión de explotar económicamente sus Conocimientos Tradicionales. Resulta interesante recalcar

¹⁵⁴ Organización de las Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 61/295, “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” A/RES/61/295 (13 de septiembre, 2007), <https://undocs.org/es/A/RES/61/295>, 22 de agosto de 2018.

¹⁵⁵ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Propiedad Intelectual y Conocimientos Tradicionales. Folleto N°2.”, 2005, www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/920/wipo_pub_920.pdf, 20 de junio de 2018, p. 23.

¹⁵⁶ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Propiedad Intelectual y Conocimientos Tradicionales. Folleto N°2.”, 2005, www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/920/wipo_pub_920.pdf, 20 de junio de 2018, p. 23.

que el beneficio referido por este principio no necesariamente ha de ser de carácter pecuniario.

En suma, la existencia de una protección positiva amplia y desarrollada se hace necesaria para otorgar mayor control a las comunidades titulares de Conocimientos Tradicionales sobre los mismos, reforzando el vínculo existente entre el conocimiento y sus poseedores, resulta una fórmula eficaz para evitar usos abusivos de CC.TT. y para facilitar su explotación económica, a la vez que permite dar aplicación a dos principios relevantes no sólo en materia de Conocimientos Tradicionales indígenas, sino que en los derechos humanos de los pueblos originarios. Países vecinos, como Perú, han hecho uso de herramientas de protección positiva precisamente para promover la distribución justa y equitativa de beneficios, garantizar el consentimiento fundamentado previo para el uso de los CC.TT, e impedir su apropiación indebida por terceros.¹⁵⁷ Del mismo modo lo ha hecho Costa Rica.^{158 159}

¹⁵⁷ Ley N°27.811 de la República del Perú, que establece el régimen de protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos, 2002, <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20791/199826/Ley27811-spanish.pdf/ebf10223-52ba-4a15-b790-90caf0a059a1>, 27 de marzo de 2019.

¹⁵⁸ Ley N°7.788 de Biodiversidad de la República de Costa Rica, 1998, <https://wipolex.wipo.int/es/text/247673>, 27 de marzo de 2019.

¹⁵⁹ Tanto la ley peruana como costarricense se refieren exclusivamente a los CC.TT. relativos a biodiversidad, y ambas contemplan no sólo mecanismos de protección, sino que son también leyes de acceso a los CC.TT. Las leyes de acceso son otro modo de dar regulación a los CC.TT., pero no constituyen protección en sentido estricto, por lo cual escapan del objeto de esta investigación.

La configuración de la titularidad de los Conocimientos Tradicionales en el régimen chileno de protección de CC.TT. también merece una segunda vista. Si bien es efectivo que la legislación chilena permite, en virtud de las disposiciones tanto de la Ley N°19.039 como la Ley N°19.253, a las comunidades indígenas ser titulares de derechos de propiedad industrial, es necesario realizar ciertas precisiones y distinciones.

Para poder ser sujetos de derecho, las comunidades indígenas deben organizarse de conformidad a una serie de reglas, que no difieren en gran medida del establecimiento de cualquier persona jurídica en el derecho chileno. Se deben cumplir ciertos requisitos legales, realizarse determinados procedimientos en presencia de algún ministro de fe, y se deben establecer estatutos según los cuales se registrará la Comunidad Indígena resultante. Se trata de la aplicación de instituciones tradicionales y occidentales, y sólo en virtud de ellas podrá optar la comunidad indígena a ser titular de derecho alguno. Podremos distinguir, entonces, entre la comunidad indígena como institución social natural, y la Comunidad Indígena como institución jurídica persona jurídica. Esta dualidad puede implicar que, dentro de una misma comunidad indígena, existan dos o más Comunidades Indígenas. Ésta aplicación lisa y llana de instituciones occidentales a organizaciones indígenas ha sido ampliamente criticada,¹⁶⁰ y estimamos resulta contradictoria con el principio de la libre autodeterminación de los pueblos, particularmente con las disposiciones

¹⁶⁰ SIMPSON, cit. (n. 27), p. 46.

relativas a la autonomía o autogobierno, establecidas tanto por la Declaración Americana¹⁶¹ como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.¹⁶² Por otra parte, esta dicotomía no está exenta de efectos prácticos. A modo de ejemplo, mientras que a la comunidad indígena podrán incorporarse nuevos integrantes por hechos como el nacimiento, en el caso de la Comunidad Indígena, la inclusión de nuevos miembros no resultará igualmente simple.

Así las cosas, debemos reconocer que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, no encontramos una solución fácil a este problema. Reconocerle personalidad jurídica a una comunidad indígena no constituida formalmente mediante los mecanismos occidentales tradicionales implicará darle validez a los distintos derechos consuetudinarios indígenas existentes dentro del país, e impondría a las comunidades indígenas el peso de manejar por sí sistemas jurídicos que podrían no estar preparados para soportar. A modo de referencia, cabe señalar que en Perú, la legislación otorga la representación de los pueblos indígenas a sus organizaciones representativas, las cuales se establecen atendiendo a las formas

¹⁶¹ Artículo XXI, Organización de los Estados Americanos, Resolución de la Asamblea General AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), “Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” (14 de junio de 2016), <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>, 30 de agosto de 2018.

¹⁶² Artículo 4º, Organización de las Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 61/295, “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” A/RES/61/295 (13 de septiembre, 2007), <https://undocs.org/es/A/RES/61/295>, 22 de agosto de 2018.

tradicionales de organización de los pueblos indígenas,¹⁶³ efectivamente estableciendo una vinculación al derecho consuetudinario indígena.

Todas estas críticas al régimen actual de protección de los Conocimientos Tradicionales, ya sea las deficiencias en materia de protección positiva, la falta de definiciones claras de conceptos, y los problemas de la aplicación de instituciones de titularidad occidentales en materia indígena, encuentran su base en que la protección de los CC.TT. en Chile se realiza mediante los sistemas de propiedad intelectual vigentes. Ciertamente, la única forma de salvar las objeciones que hemos alzado es, a lo menos, adaptando los sistemas de propiedad intelectual para que se adapten a la realidad particular, tradicional e indígena, del objeto que buscan proteger. Ya sea simplemente modificando la legislación vigente, o adoptando un sistema sui generis nuevo, el régimen de protección chileno de los CC.TT. podrá avanzar en la materia, previniendo los usos abusivos de los CC.TT., dando aplicación a los principios de consentimiento informado previo y participación justa y equivalente de los beneficios, y flexibilizando las normas de titularidad para acomodar de mejor manera las realidades indígenas de nuestro país. Del mismo modo, podrán de este modo alejarse los Conocimientos Tradicionales indígenas del campo en el que se encuentran, exclusivamente comercial e industrial, para

¹⁶³ Artículo 14º, Ley N°27.811 de la República del Perú, que establece el régimen de protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos, 2002, <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20791/199826/Ley27811-spanish.pdf/ebf10223-52ba-4a15-b790-90caf0a059a1>, 27 de marzo de 2019.

participar también del campo de los derechos humanos, enfoque que se aviene de mejor manera para abordar ciertos aspectos particulares de los conocimientos indígenas, dándose aplicación a lo declarado años atrás por nuestro país, al apoyar y adoptar ambas declaraciones internacionales de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

En la actualidad, podemos ver cierta preocupación en el legislador por abordar el tema de los Conocimientos Tradicionales indígenas, a propósito de la Ley N°19.039. A la fecha, se encuentra en tramitación un proyecto de ley¹⁶⁴ que pretende, entre otras cosas, incorporar un mayor nivel de regulación en materia de CC.TT. a través de normas tanto sobre Marcas Comerciales, como de Patentes de Invención. Por una parte, incorporaría prohibiciones en materia marcaria, para evitar el registro de signos consistentes en nombres de comunidades indígenas o otros que se utilicen para distinguir sus productos o servicios, y en materia de patentes, se incorpora una importante obligación para quien solicite una patente sobre una invención que contenga o se base en algún CC.TT., consistente en divulgar la fuente de obtención de tal CC.TT. Estas modificaciones, si bien no modifican radicalmente el panorama actual del régimen de protección de los Conocimientos Tradicionales indígenas en Chile, sí robustecen la legislación en materia de CC.TT., y otorgan mayor seguridad

¹⁶⁴ Véase Boletín N°12135-03 de la Cámara de Diputados, sobre proyecto de ley que “Modifica la ley N° 19.039, de Propiedad Industrial, la ley N° 20.254, que Establece el Instituto Nacional de Propiedad Industrial y el Código Procesal Penal”, https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12653&prmBoletin=12135-03, 2 de abril de 2019.

a las comunidades poseedoras de CC.TT. que el régimen vigente al día de hoy. Por lo demás, demuestran un interés en la materia que esperamos continúe desarrollándose, para culminar en un régimen de protección que satisfaga las necesidades e intereses de los poseedores de CC.TT., y de cumplimiento a las exigencias internacionales en materia de derecho indígena y Conocimientos Tradicionales.

CONCLUSIONES

Como establecimos al inicio de este trabajo, el objeto de esta investigación es determinar cuál es el estado o situación de protección de los Conocimientos Tradicionales indígenas en el ordenamiento jurídico chileno. Estudiado el panorama doctrinario internacional en materia de protección de Conocimientos Tradicionales, descrita la legislación nacional vinculada a la materia, y hecho el contraste entre ambos, a través de un análisis crítico, podemos concluir lo siguiente:

1. En Chile no existe una ley particular que regule la protección de los CC.TT. En cambio, ésta protección se materializa a través de la legislación de propiedad industrial, principalmente, a través de la aplicación directa de sus instituciones. Esto viene en constituir un régimen de protección de los CC.TT. implícito, disperso, y conceptualmente vago.
2. La protección de los CC.TT. en Chile es eminentemente de carácter preventiva, encontrándose bien desarrolladas tanto su faz jurídica como su faz práctica. Por el contrario, existen posibilidades limitadas para las comunidades indígenas de obtener derechos de propiedad industrial sobre sus CC.TT, las cuales estarán principalmente reservadas para las innovaciones basadas en CC.TT. Aquellos CC.TT. que sólo pueden aspirar a una protección preventiva, serán parte del dominio público, y podrán ser usados por todos, sin necesidad de cumplir con

condiciones ni requisitos especiales. Aquellos que puedan ser protegidos positivamente, podrán ser de titularidad de las Comunidades Indígenas, organizadas como persona jurídica de acuerdo a lo dispuesto por la Ley N°19.253.

3. Actualmente, la falta de desarrollo de la protección positiva por la ley, implica que el sistema de protección de CC.TT. no resulta idóneo para evitar los usos no autorizados de conocimientos indígenas, otorgando sólo en casos calificados control a las comunidades sobre quién usa sus conocimientos, y bajo qué condiciones.
4. El sistema chileno de protección de CC.TT. no da aplicación a los principios de consentimiento libre, previo e informado de los pueblos, ni de participación justa y equitativa en los beneficios derivados del uso de los CC.TT., ambos de suma importancia en materia de derecho indígena. Tampoco toma en consideración las disposiciones relacionadas a la materia, contenidas en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, reiteradas por la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
5. Considerando lo señalado anteriormente, el sistema actual de protección de los CC.TT. en Chile no es capaz de satisfacer las necesidades de las comunidades indígenas que los poseen, pues por lo general no les otorga control sobre sus

CC.TT., y de hacerlo, lo hace limitadamente, sin atender las características culturales, colectivas y generacionales de los conocimientos indígenas.

6. Las deficiencias detectadas en el régimen nacional de protección de los CC.TT. pueden ser subsanadas a través de la adopción de un régimen de propiedad industrial adaptado a los CC.TT., o por la creación de un sistema *sui generis* de protección de los CC.TT. A través de ellos, podrá establecerse un régimen conceptualmente claro, que contemple un uso más extendido de la protección positiva, sea respetuoso de las características propias de los conocimientos indígenas, tomándolas en consideración para su protección, y permita dar aplicación a las declaraciones hechas por Chile al apoyar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y la Declaración Americana adoptada sobre la misma materia. Estas medidas no sólo constituirían un avance en materia de protección de los CC.TT., sino que también en materia de derechos humanos, particularmente en derecho indígena.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BARSH, Russel L., "Indigenous Knowledge and Biodiversity, in Indigenous Peoples, Their Environments and Territories", en: Posey, D. A. (ed.), *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity*, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Nairobi, 1999.

BERRAONDO, Mikel, "Pueblos Indígenas y derechos humanos", Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.

Cámara de Diputados, Boletín N°12135-03, "*Modifica la ley N° 19.039, de Propiedad Industrial, la ley N° 20.254, que Establece el Instituto Nacional de Propiedad Industrial y el Código Procesal Penal*", https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12653&prmBoletin=12135-03, 2 de abril de 2019.

CABANELLAS, Guillermo, *Derecho de las patentes de invención*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2004, 2ª ed., T.1.

CHANDER, Anupam; SUNDER, Madhavi, "The Romance of the Public Domain", *California Law Review*, 2004, Vol.92, pp. 1331-1374.

CONWAY, Danielle M., "Indigenizing Intellectual Property Law: Customary Law, Legal Pluralism, and the Protection of Indigenous Peoples' Rights, Identity, and Resources", *Texas Wesleyan Law Review*, 2009, Vol.15., p. 207-253

Convenio sobre Diversidad Biológica, Rio de Janeiro, 1992.

Comisión de Derechos Humanos; Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Documento de trabajo de la Presidenta-Relatora, Sra. Erica-Irene A. Daes, sobre el concepto de "pueblos indígenas"*(E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/29), Naciones Unidas, 1996.

Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, *Glosario de los términos más importantes relacionados con la Propiedad Intelectual y los Recursos Genéticos, los Conocimientos Tradicionales y las Expresiones Culturales Tradicionales*, Ginebra, 2014.

Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, *Lista y breve descripción técnica de las diversas formas que puedan presentar los Conocimientos Tradicionales*, Ginebra, 2010.

Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, *Los Conocimientos Tradicionales: Definiciones y Términos*, Ginebra, 2002.

Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, *Lista y breve descripción técnica de las diversas formas que pueden presentar los conocimientos tradicionales*, Ginebra, 2010.

DAES, Erica-Irene A.; Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas*, Alto Comisionado/Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Ginebra, 1997.

DAES, Erica-Irene A., “Mesa Redonda de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Pueblos Indígenas”, Ginebra, (23 y 24 de julio de 1998.)

Declaración de Mataatua de los Derechos Intelectuales y Culturales de los Pueblos Indígenas, Whakatane, 1993.

DE OBALDIA, Irma, “Western Intellectual Property and Indigenous Cultures: The Case of the Panamanian Indigenous Intellectual Property Law”, *Boston University International Law Journal*, 2005, Vol. 23, p.337-394.

DUTFIELD, Graham, “TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2001, Vol.33 p. 233-275.

ENDERE, María Luz; MARIANO, Mercedes, “Los conocimientos tradicionales y los desafíos de su protección legal en Argentina”, *Quinto Sol*, 2013, Vol. 17, N°2, pp. 1-20.

GIRSBERGER, Martin, “Traditional Knowledge and Intellectual Property Rights: The Current State of Play at the International Level”, *Jusletter*, 2004/2, Vol. 26, p.1-14.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “Historia de la Ley N°19.996”, <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5621/>, 11 de marzo de 2019.

HUENCHUAN, Sandra, “Propiedad Cultural e Intelectual de los Pueblos Indígenas: Objetos y Enfoques de Protección”, *Revista Austral de Ciencias Sociales*, 2004, Vol.8, p. 81-96.

Instituto Nacional de Propiedad Industrial, Circular N°9, 2011, D.O. 26 de noviembre de 2011, https://www.inapi.cl/docs/default-source/default-document-library/articles-1733_recurso_1.pdf?sfvrsn=55948e63_0, 11 de marzo de 2019.

JANKE, Terri, *Our Culture: Our Future. Report on Australian Indigenous Cultural and Intellectual Property Rights*, Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies/Torres Strait Islander Commission, 1998.

KURUK, Paul, "Protecting Folklore under Modern Intellectual Property Regimes: A Reappraisal of the Tensions between Individual and Communal Rights in Africa and the United States", *American University Law Review*, 1999, Vol.48, p.769-849.

LONG, Doris Estelle, "Traditional Knowledge and the Fight for the Public Domain", *The John Marshall Review of Intellectual Property Law*, 2006, Vol.5, pp. 317-329.

MARTINEZ COBO, José R.; Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Estudio del problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas, Volumen V (E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4)*, Naciones Unidas, Nueva York, 1987.

OGUAMANAM, Chidi, "Indigenous Peoples' Rights at the Intersection of Human Rights and Intellectual Property Rights", *Marquette Intellectual Property Law Review*, 2014, Vol.18:2, pp. 263-295.

Organización de los Estados Americanos, Resolución de la Asamblea General AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), “Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” (14 de junio de 2016), <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>, 30 de agosto de 2018.

Organización de las Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 2200 A (XXI), “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (16 de diciembre de 1966), <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15551&r=1>, 24 de noviembre de 2018.

Organización de las Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 2200 A (XXI), “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (16 de diciembre de 1966), <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=12382>, 24 de noviembre de 2018.

Organización de las Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 61/295, “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” A/RES/61/295 (13 de septiembre, 2007), <https://undocs.org/es/A/RES/61/295>, 22 de agosto de 2018.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, *Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial*, París, 2003.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura; Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Disposiciones Tipo para Leyes Nacionales sobre la Protección del Folklore contra la Explotación Ilícita y otras Acciones Lesivas*, UNESCO, París/ OMPI, Ginebra, 1985.

Organización Internacional del Trabajo, *Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, Ginebra, 1989.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Propiedad Intelectual y Conocimientos Tradicionales. Folleto N°2.”, 2005, www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/920/wipo_pub_920.pdf, 20 de junio de 2018.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Propiedad Intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales”, 2015, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/933/wipo_pub_933.pdf, 30 de agosto de 2018.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Reseña N°1: Conocimientos Tradicionales y Propiedad Intelectual”, 2015, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_tk_1.pdf, 20 de junio de 2018.

OSEI-TUTU, J. Janewa, “What Do Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions Have to Do with Intellectual Property Rights”, *Landslide*, 2017, Vol.9 N°4.

Secretaría de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. “Protección de los Conocimientos Tradicionales: Reseña de los objetivos políticos y principios fundamentales. Anexo 1.”, 2004, https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_7/wipo_grtkf_ic_7_5-annex1.pdf, 23 de noviembre de 2018.

SIMPSON, Tony, *Patrimonio indígena y autodeterminación, Documento IWGIA No.22*, Programa de los Pueblos de los Bosques/IWGIA, Copenhague, 1997.

WÜGER, Daniel, “Prevention of Misappropriation of Intangible Cultural Heritage through Intellectual Property Law” en: Finger, J. M., Schuler, P. (eds.), *Poor people’s knowledge: promoting intellectual property in developing*, World Bank/Oxford University Press, Washington DC, 2004, 1°ed.

NORMAS CITADAS

Decreto N° 326 Ministerio de Relaciones Exteriores, 1989.

Decreto N°1.963 Ministerio de Relaciones Exteriores, 1994.

Decreto N°236 Ministerio de Relaciones Exteriores, 2008.

Decreto N°11 Ministerio de Relaciones Exteriores, 2009.

Ley N°17.336, 1970.

Ley N°19.039, 1991.

Ley N°19.253, 1993.

Ley N°27.811 de la República del Perú, que establece el régimen de protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos, 2002,

<https://www.indecopi.gob.pe/documents/20791/199826/Ley27811->

[spanish.pdf/ebf10223-52ba-4a15-b790-90caf0a059a1](https://www.indecopi.gob.pe/documents/20791/199826/Ley27811-spanish.pdf/ebf10223-52ba-4a15-b790-90caf0a059a1), 27 de marzo de 2019.

Ley N°7.788 de Biodiversidad de la República de Costa Rica, 1998,
<https://wipolex.wipo.int/es/text/247673>, 27 de marzo de 2019.