

LA PATENTE INDÍGENA: LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Damián R. Fuentes Cuenda

SUMARIO: I. Un entorno económico de desigualdad. II. La problemática de la solución jurídica.
III. Derecho al desarrollo: el *Ombudsman* como solución complementaria al modelo de patentes.

RESUMEN: Planteamos en este artículo cómo la esfera teórico-práctica de la propiedad intelectual influye sobre determinados aspectos socioeconómicos de los pueblos indígenas. Para exponer técnicamente esta cuestión será necesario centrarse en la relación entre derechos de patentes y derechos de los pueblos indígenas, así como en su efecto sobre los intereses legítimos de dichos pueblos. Insistiremos de este modo en cómo, a pesar de los intentos del sistema de patentes como mecanismo de protección, sería deseable aportar mecanismos nuevos que garanticen la menor injerencia posible en la vida de las poblaciones, favoreciendo la protección intelectual de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas.

ABSTRACT: We propose in this article how the theoretical and practical field of intellectual property impact on certain socio-economic factors of indigenous people. To technically expose this issue we will need to focus on the relationship between patent rights and the rights of indigenous people as well as the effect of this relationship on the legitimate interests of these people. Thus, we insist on how, despite the attempts of the patent system as a protective mechanism, it would be desirable to provide new mechanisms to ensure the least possible interference in the lives of those populations, promoting intellectual property protection of traditional knowledge of indigenous communities.

I. Un entorno económico de desigualdad

La protección de los derechos de los pueblos indígenas frente a la existencia de entidades corporativas bien estructuradas no es otra cosa que una manifestación más de la clásica problemática que quebranta la ciencia económica desde el desarrollo del moderno modelo de libre mercado.

Antes de profundizar en la cuestión, señalaremos la definición de Pueblos Indígenas:

“Derechos colectivos o de tercera generación que protegen la vida y la cultura de las sociedades o naciones aborígenes o –primitivas- que aún sobreviven en muchos países del sur y algunos países del Norte, y que constituyen la más alta expresión de la riqueza proteica de la condición humana. En tanto minorías desaventajadas desde el punto de vista económico y tecnológico, los pueblos indígenas han sido víctimas de continuas y graves agresiones y violaciones de sus derechos por parte de los Estados en cuyos territorios se encuentran o de cuyas poblaciones forman parte, aun cuando gocen de cierta autonomía. Puede hablarse de una protección indirecta o genérica a través de la consagración de los derechos de las minorías en el artículo 27 del pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Y existen algunos instrumentos declarativos de los derechos de los

pueblos indígenas, como el Convenio 169 de la organización internacional del trabajo (OIT) y la Resolución 47/135 de 1992 de la ONU, pero los dos más importantes, los que más pueden contribuir a garantizar la dignidad y la autonomía de los aborígenes en sus tierras ancestrales, la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, todavía se encuentra en etapa de proyecto y su entrada en vigor resulta imprevisible”¹.

Volviendo a la cuestión que nos ocupa hemos de puntualizar como en el actual contexto histórico, asistimos a una revolución tecnológica, lo que podríamos contemplar como una suerte de post-revolución industrial con dos extremos perfectamente diferenciados: globalización y neoliberalismo, dando lugar a una consideración equivocada de la revolución antes mencionada. En este sentido, se imprime en las sociedades de consumo un cariz esperanzador. Esto es así hasta tal punto que, lejos de presentarse como lo que *a priori* podía parecer un instrumento ideal para el progreso humano, en lo que ha devenido, es en un agravamiento de la desigualdad.

Hemos de realizar un esfuerzo por imprimir a estos fenómenos otro matiz, deberíamos poder hablar sobre los mismos como fuente de intercambio de conocimiento, en tanto el progreso y la innovación tecnológica son, inevitablemente, esenciales para la humanidad.

La actual revolución tecnológica supone, además, una dificultad añadida, en la medida en la que no se han dado precedentes de tal calado, ni semejante intercambio económico entre regiones dispares, tanto geográfica como culturalmente, fomentado por la globalización. De esta manera, resultará evidente para el investigador que, si la situación de equilibrio entre agentes y factores productivos resultaba prácticamente imposible en las sociedades de SMITH y KEYNES, la internacionalización que ha supuesto para la economía el casi inmediato tránsito de la información, así como la interconexión entre demandantes y oferentes de todo el mundo, implicará necesariamente un desajuste del modelo teórico liberal, que se traducirá en desigualdades manifiestas entre regiones, productores y consumidores finales. Así, aunque el estudio de las ideas anteriormente expuestas sería objeto de un análisis pormenorizado, baste decir que el desarrollo relativamente moderno de una doctrina reguladora de las relaciones entre empresas, entidades supranacionales y comunidades locales indígenas, es un ejemplo más de la batalla dialéctica existente en el seno de la ciencia jurídica por establecer un modelo económico más justo, partiendo de la matización de la construcción teórica existente en el capitalismo².

El correcto posicionamiento en el caso que estamos tratando pasa por conocer una serie de cuestiones previas: ¿Hasta qué punto es legítimo el aprovechamiento de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas? ¿Existe indefensión de estos pueblos provocada por, tal y como señalábamos previamente, agentes económicos extremadamente poderosos? ¿En qué situación quedan los derechos de los pueblos indígenas?

Sin duda, la globalización del comercio internacional ha favorecido la existencia de multinacionales capaces de operar con gran capacidad en países del tercer mundo como economías de escala. No obstante, la experiencia en este caso ha refrendado el modelo teórico, y así, el asentamiento de empresas supranacionales en países en vías de desarrollo (que carecen de una regulación precisa y, a menudo, de capacidad para poner trabas a

¹ Vid. VALENCIA VILLA, H.: *Diccionario Espasa Derechos Humanos*. Ed. Espasa, Madrid, 2003, p. 225.

² Vid. WEBER, M.: *Ética protestante*. Ed. Mestas, Madrid, 2005, p. 83; donde el autor expone que “es preciso (...) abandonar de una vez para siempre un concepto tan elemental e ingenuo del capitalismo, con el que nada tiene que ver la “ambición”, por ilimitada que ésta sea”.

entidades externas tan competitivas) ha sido traumático para la población local³, que ha visto cómo las supuestas ventajas del tránsito rápido de mercancías no han supuesto una mejora de su nivel de vida, a pesar de los enormes beneficios empresariales obtenidos por las multinacionales de diversos sectores que operan en estas regiones.

Esta situación, que ha sido abordada en la última década por aquellos economistas que han estudiado las causas de la pobreza endémica de algunas regiones, es extrapolable en todo caso a las relaciones existentes entre comunidades indígenas y corporaciones internacionales. Pero, para fundamentar esta afirmación, es necesario concretar una serie de conceptos previos.

En primer lugar, nos hemos de plantear si la esfera teórico-práctica de la propiedad intelectual puede o debe afectar a la vida y a determinados aspectos socioeconómicos de los pueblos indígenas. Esta cuestión, de cuyo matiz nace el desarrollo de todo nuestro planteamiento, debe ser considerada cuidadosamente. Esto es así debido a que las relaciones comerciales entre los diversos agentes que juegan en un gran mercado globalizado se caracterizan por la tendencia hacia el desequilibrio entre sus demandantes y oferentes; equilibrio que es, si cabe, generalizado cuando la relación comercial se lleva a cabo entre empresas multinacionales, y trabajadores y consumidores de países del tercer mundo.

Para responder de forma técnica, será necesario centrarse en la relación entre derechos de patentes⁴ y derechos de los pueblos indígenas, así como en su efecto sobre los intereses legítimos de dichos pueblos. Esta protección debe nacer, por tanto, no sólo de la legitimidad lógica que respalda los derechos de las poblaciones indígenas; sino que, *a fortiori*, el desarrollo de un modelo de intercambio económico globalizado en el que puede considerarse como mercancía el saber ancestral de una determinada comunidad, se ha realizado excluyendo del debate a las propias comunidades indígenas, de modo que la protección que debe desarrollarse a favor de los mismos deberá ser si cabe más intensa. Esta intensidad deberá manifestarse, sobre todo, en el mantenimiento de la realidad cultural y social de la comunidad indígena, así como en la existencia de mecanismos que garanticen la menor injerencia posible en la vida de las poblaciones en favor de los intereses de corporaciones privadas.

Profundizaremos pues en tales cuestiones, tratando de esclarecer cómo se ven desprotegidos los pueblos indígenas en ciertos aspectos, determinando que el verdadero problema, por tanto, no reside en lo que hemos de señalar como un debate fugaz sobre el pragmatismo de la existencia de patentes y la posible difusión de avances biotecnológicos en los países en desarrollo; ni tampoco en cuestiones tales como el posible perjuicio que provocaría la salida a través de la importación de productos patentados en países en desarrollo hacia países con sistemas arraigados de patentes⁵, lo cual en la práctica supondría un daño irreversible para

³ Vid. KRUGMAN, P.: *The return of depression economics and the crisis of 2008*. Ed. W. W. Norton & Co. Nueva York-Londres. 2009, p. 29 y ss.

⁴ BOTANA AGRA, M.: "Invención y Patente", en FERNANDEZ-NÓVOA, C. OTERO LASTRES, J.M. y BOTANA AGRA, M.: *Manual de la Propiedad Industrial*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 98; quien expone que "atendiendo a su vertiente semántica, el vocablo -patente- (del verbo latino patere) significa descubrimiento-, -manifiesto-. Desde este punto de vista, y puesto en relación con el vocablo -invención-, el término -patente- evoca la idea de que el inventor describe o pone de manifiesto o pone revela su invención; idea que aflora especialmente en la exigencia impuesta al solicitante de la patente de que -describa- de forma suficientemente completa la regla técnica en que consiste la invención que pretende patentar".

⁵ Vid. FERNÁNDEZ LOPEZ, J.M.: "La Protección de los Derechos de Propiedad Industrial en la Organización Mundial del comercio" en *Derecho sobre Propiedad Industrial*. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001, p. 28; Fernández Lopez puntualiza: "Conscientes (Países Industrializados)

la innovación, al afectar al sistema mismo de incentivos⁶. Lo que debe centrar nuestra atención son los efectos de esta situación, imaginemos por un momento sus resultados en los países en vías de desarrollo⁷.

No parece desacertado por lo tanto señalar, como ya hacíamos anteriormente, que determinadas políticas neoliberales contribuyen a esta situación de empobrecimiento a costa del beneficio que supone para las empresas de países desarrollados fomentar la inversión en regiones depauperadas, actuando de esta manera como agentes económicos efectiva y extremadamente poderosos en un entorno de competencia imperfecta. Para reforzar esta posición es posible acudir a estadísticas internacionales⁸, las cuales señalan una situación de retroceso o, en el mejor de los casos, de paralización del desarrollo humano de estas comunidades con respecto al resto de la población.

Cabe señalar el enorme aumento en el número de patentes concedidas a empresas situadas en países en desarrollo⁹, lo cual da muestras de cómo algunas regiones se están adaptando cada vez mejor a un mundo globalizado.

Los indicadores de desarrollo en materia de derechos humanos relacionados con la divulgación de información están aumentando en estos países. Diferentes aspectos de estos indicadores se corresponden con las normas reconocidas en el ámbito internacional, en especial la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁰ y son diseñados para proporcionar una medida comparable de resultados y, por consiguiente, se centran principalmente en los casos de derechos humanos fundamentales. Sin embargo, muchas de

de que la cesión que iban a hacer al abrir sus mercados a productos con gran valor añadido de mano de obra a bajo coste, exigían la inclusión de normas sobre propiedad intelectual en la negociación”.

⁶ Vid. Kozhikode J.L.R.K.: “Developing new innovation models: Shifts in the innovation landscapes in emerging economies and implications for global R&D management”, en *Journal of International Management*, Vol. 15, 2009, p. 328–339; donde el autor señala: “Reiterando que este cambio en el panorama de la innovación, el número de patentes concedidas a empresas con sede en economías en desarrollo ha aumentado notablemente en los últimos diez años y, curiosamente, un gran número de las patentes concedidas a las empresas multinacionales (EMN) de las economías desarrolladas están siendo generados en las economías emergentes (Gassmann y Han, 2004; Hicks, 2005).

⁷ Vid. TOLEDO LLANCAQUEO, V.: “El nuevo régimen internacional de derechos de propiedad intelectual y los derechos de los pueblos indígenas” En *Pueblos indígenas y Derechos Humanos*. Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p.509; Toledo Llancaqueo recoge la siguiente línea de pensamiento: “Los Derechos de Propiedad Intelectual adquirieron una inusitada centralidad en la nueva economía global, donde predomina el factor conocimiento, las dimensiones simbólicas, la información y biotecnologías. Este cambio se tradujo en presiones políticas y comerciales de las corporaciones transnacionales”.

⁸ Vid. WYCJOFF A, GAULT F, ZIARKO W.: “La globalización científica y tecnológica según los indicadores de patentes”. Solicitudes PCT, 1990-2002. *Manual de Estadísticas de Patentes de la OCDE*, Manual de estadísticas de patentes de la ocde © oepm, 2009.

⁹ Vid. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, A.: “Estudio Introductorio”. En *Estudios Económicos. La Propiedad Industrial en la nueva estructura económica internacional*. Ed, Instituto de Estudios Económicos, 1997; “La importancia de la tecnología como elemento impulsor de la competitividad empresarial y del crecimiento económico ha llevado a un gran número de países a dedicar especial atención al apoyo de los procesos de innovación tecnológica. En la consecución de este objetivo, la propiedad industrial es una herramienta fundamental”.

¹⁰ Derechos humanos universalmente reconocidos se definen en los siguientes cinco convenciones y declaraciones:

-La Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

-La Convención de las Naciones Unidas: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966.-

-La Convención de las Naciones Unidas: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966

-La Declaración de Viena y Programa de Acción de 1993 referencias generales

-Declaración sobre los Principios Fundamentales.

las patentes registradas por las empresas multinacionales en los países económicamente desarrollados se están creando en los países clasificados como economías emergentes¹¹.

La indefensión de los pueblos indígenas se hace patente en tanto que la globalización y el capitalismo neoliberal no cejan en su empeño de ahondar en la brecha económico social, ya de por sí existente en este tipo de minorías, a través de modelos de intercambio desigual y de fuerte desequilibrio tecnológico¹². Esta situación llama a rebelarse contra modelos económicos que se alimentan claramente de la pobreza y el subdesarrollo.

La protección del conocimiento de los pueblos indígenas tiene un lugar especial en la actividad de las Naciones Unidas. Las formas tradicionales de conocimiento presentan una naturaleza extremadamente delicada en tanto que por sus características asociadas a la tradición oral podrían desembocar fácilmente en el olvido.

Es de especial importancia como hemos señalado en relación a los conocimientos tradicionales, el conocimiento de los pueblos indígenas, sobre todo en lo relativo a la protección del medio ambiente y la gestión los recursos naturales, particularmente vulnerables a la desaparición o explotación indebida, a causa de conflictos de intereses, y mercantilismo ciego.

Se recomienda adoptar medidas para asegurar su supervivencia, de tal manera que las comunidades indígenas tengan acceso a distintas formas de protección legal, incluidos los derechos intelectuales.

Entre esas recomendaciones nos encontramos con la petición de la cooperación internacional que mediante el intercambio de información, apoyo científico y técnico podrían suponer una ayuda fundamental para el desarrollo del conocimiento y de la innovación científica, garantizando el respeto a las comunidades indígenas, así como la concienciación de la importancia de este conocimiento tradicional a nivel local, nacional e internacional.

Los pueblos indígenas viéndose amenazados sobre sus derechos y recursos, requieren soluciones; sin embargo, es poco probable alcanzar una solución que pudiéramos denominar como sencilla. En la actualidad, las patentes y los tratados no se presentan como un medio factible y verdaderamente eficaz para proteger o indemnizar a las víctimas de la transferencia de los conocimientos tradicionales.

Las empresas multinacionales cuya sede se encuentra en los países económicamente desarrollados tienen un efecto inmediato sobre la globalización, la investigación y el desarrollo de las actividades. Esto ha provocado un reforzamiento de la aplicación del modelo de innovación abierta¹³, que pretende obtener soluciones innovadoras de otras empresas resultando cada vez más popular¹⁴.

¹¹ D. HICKS.: America's innovative edge at risk?, "Research & Technology Management" vol. 48, no. 6, 2005, p.8 y ss.

¹² Vid. MAYNARD, J.K.: "Society for Socialist Inquiry" en *L'assurdità dei sacrifice*. Ed. Manifestolibri, Roma, 1995, p. 271; Donde el autor manifiesta: "La técnica productiva ha alcanzado un tal nivel de perfección que han hecho evidentes los defectos de la organización económica que siempre ha existido".

¹³ Vid. H.W.C.: Open Innovation: "The new imperative for creating and profiting from technology" Ed. *Harvard Business School Press*, Boston, 2003, p. 31.

¹⁴ Vid. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, A.: "Estudio Introductorio" en *Estudios Económicos. La Propiedad Industrial en la nueva estructura económica internacional*. Ed Instituto de Estudios Económicos, 1997. González Martínez enfatiza la finalidad de la Propiedad Industrial: "La propiedad Industrial desarrolla su

A menudo, este tipo de innovación proviene de las propias economías emergentes, especialmente de aquellos países que han sufrido un proceso de industrialización asimétrica en las últimas décadas. Hablamos en concreto de los países asiáticos, que durante años se han visto como lugares de producción de bajo coste.

Tal situación se debe a que las empresas de economías emergentes en un principio jugaron un papel secundario en la innovación global, pero en la última década comenzaron a desarrollar intensamente su capacidad de innovación, siendo esto así hasta tal punto que algunos de estos países lograron alcanzar una posición importante en industrias relacionadas con la tecnología¹⁵.

La premisa básica de la que debe partir el marco conceptual en el que hemos de movernos se basa en cómo los derechos de patentes en biotecnología¹⁶ afectan a los intereses legítimos de los pueblos indígenas, pero nuestros horizontes no deben limitarse sólo a eso. De esta manera, no podemos olvidar el *leitmotiv* fundamental de toda innovación tecnológica, o lo que es lo mismo, *el sistema de incentivos* que motiva la continua aparición de adelantos científicos y técnicos en todas las áreas. De esta idea surge la formulación de las cuestiones principales que se barajan en este artículo: ¿En qué grado las patentes sirven como un incentivo para innovar o comercializar? ¿El coste que supone establecer sistema de patentes compensa a los países subdesarrollados, viéndose reflejado en ciertos beneficios que en principio deberían suponerse para dichos países¹⁷? ¿Se presentan como suficientes estos mecanismos para resolver la cuestión que se plantea al respecto de las comunidades indígenas.

II. La problemática de la solución jurídica

No podemos permitirnos realizar en este artículo el análisis que merece el sistema de patentes, lo que en palabras de BOTANA AGRA sería un estudio sobre las “bondades y

ámbito de actuación en diversos frentes, todos ellos encaminados a que las empresas obtengan el rendimiento necesario para alcanzar sus objetivos estratégicos”.

¹⁵ Cfr. MATHEWS, J.Z.: “Dragon Multinationals”. *Towards a New Model of Global Growth*, Oxford University Press, New York, 2002, p. 95.

¹⁶ Art. 23. Transferencia de tecnología, colaboración y cooperación, Convenio sobre la Diversidad Biológica Naciones Unidas. Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al convenio sobre la diversidad biológica. 2011: De conformidad con los art.s 15, 16, 18 y 19 del Convenio, las Partes colaborarán y cooperarán en programas de investigación técnica y científica y desarrollo, incluyendo actividades de investigación biotecnológica, como un medio para lograr el objetivo de este Protocolo. Las Partes procurarán promover y alentar el acceso a la tecnología por las Partes que son países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos y las Partes con economías en transición, y la transferencia de tecnología a estos, a fin de permitir el desarrollo y fortalecimiento de una base tecnológica y científica sólida y viable para lograr los objetivos del Convenio y el presente Protocolo. Cuando resulte posible y apropiado, dichas actividades de colaboración se llevarán a cabo en una Parte o las Partes, y con una Parte o las Partes, que proporcionan recursos genéticos que es o son el país o los países de origen de tales recursos, o una Parte o Partes que hayan adquirido los recursos genéticos de conformidad con el Convenio.

¹⁷ Cfr. Proyecto de Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada 26 de agosto 1994, la Sub-Com. de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Sesión 46a., 105, doc. E/CN.4/Sub.2/1994/56 (1994); “Los pueblos indígenas tienen derecho (...) a sus propias medicinas tradicionales y prácticas de salud, incluido el derecho a la protección de plantas medicinales, animales y minerales, especial medidas para controlar, desarrollar y proteger sus ciencias, tecnologías y manifestaciones culturales, incluidos los humanos y otros recursos genéticos, las semillas, las medicinas, [y] el conocimiento de la propiedades de la flora y la fauna”.

servidumbres del sistemas de patentes”¹⁸. Las patentes responden a una intención clara: la apropiación y uso exclusivo. Es decir, la conversión económica para su aplicación comercial de determinadas ideas, invenciones, o en este caso conocimientos tradicionales.

Observamos cómo determinados modelos económicos y financieros, e incluso la propia innovación científica y tecnológica¹⁹, pueden convertirse en un arma de doble filo en tanto que, por un lado vemos cómo determinadas políticas suelen ser establecidas por aquellos países con cierto poder de decisión sobre el mercado, que actúan de forma selectiva a la hora de restringir qué bienes materiales o inmateriales son susceptibles de apropiación; y por otro, los países subdesarrollados se ven obligados a aceptar dichas políticas, con la esperanza de acceder a los mercados financieros internacionales, siendo esto en muchos casos un verdadero obstáculo para el desarrollo sostenido y equitativo de las comunidades más desfavorecidas²⁰.

Si el planteamiento general de la propiedad intelectual es proteger determinados valores de carácter inmaterial, es evidente que deberemos dar a los pueblos indígenas medios para ejercer sus derechos como verdaderos titulares de lo que, como ya hemos dicho anteriormente, es suyo, de tal manera que con ello se incentive la innovación y el desarrollo de dichas comunidades. En la esfera teórica, la pretensión que perseguimos tiene su reflejo normativo configurada como un *desiderátum*. No obstante, en la práctica se plantean serias dudas sobre su eficacia.

Es necesario tener en cuenta que cualquier país que desee beneficiarse de las ventajas del libre comercio suministrados por la Organización Mundial del Comercio debe cumplir determinados requisitos de propiedad intelectual de los ADPIC²¹. Ello implica, entre otras cosas, que los Estados miembros adopten leyes sobre patentes similares a los modelos de los países desarrollados.

Se ha dicho que las patentes dan lugar a la transferencia de tecnología²², permitiendo al país acceder también al *know-how* necesario para entrar en muchos de estos campos de la tecnología, lo cual redundaría en un beneficio último de naturaleza doble: por una parte se

¹⁸ Vid. BOTANA AGRA M.: “Invención y Patente” en FERNANDEZ-NÓVOA, C. y OTERO LASTRES, J.M y BOTANA AGRA, M. *Manual de la Propiedad Industrial*. Ed. Madrid: Marital Pons.2009, p. 100.

¹⁹ Vid. MAYNARD, J.K.: “Society for Socialist Inquiry” en *L’assurdità dei sacrifice*. Ed. Manifestolibri, Roma, 1995, p. 154; “La técnica productiva ha alcanzado tal nivel de perfección que ha hecho evidentes los defectos de la organización económica que siempre han existido”.

²⁰ Vid. SÁNCHEZ PADRÓN M, CANO FERNÁNDEZ V, y ESPARZA E, en “Un Análisis de las patentes como indicadores. algunas consideraciones conceptuales”

<http://www.ucm.es/info/jec9/areas.htm>, consultada 29 de Febrero de 2012.

²¹ Vid. BOTANA AGRA M.: “Dimensión Internacional” En: FERNANDEZ-NÓVOA, C. y OTERO LASTRES, J.M. y BOTANA AGRA, M. *Manual de la Propiedad Industrial*. Ed. Madrid: Marital Pons.2009, p. 83. El autor señala y aclara: “El acrónimo A-ADPIC (equivalente al inglés TRIPs) corresponde al acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, que constituye el anexo 1C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, hecho en Marrakech el 15 de abril de 1994.

²² Vid. NIETO GANCEDO, T.: “La protección internacional de las invenciones” en *Estudios Económicos. La Propiedad Industrial en la nueva estructura económica internacional*. Ed Instituto de Estudios Económicos, 1997, p. 233; “La actual globalización de los mercados, con una intensa interdependencia económica de los Estados, junto con la evolución del desarrollo tecnológico, han hecho que los derechos de propiedad industrial adquieran una gran relevancia en las relaciones económicas internacionales. Con el objeto de favorecer la transferencia de tecnología, se produce una tendencia a la universalización y unificación del derecho de patentes en cuanto al establecimiento de una serie de criterios y normas comunes que acerquen los diferentes sistemas legislativos”.

facilita la innovación a través del modelo de patentes; y, por otro, se permite el acceso de los países y regiones al nuevo acervo tecnológico.

En este sentido, los Derechos de Propiedad Intelectual tienen cierto impacto sobre las poblaciones indígenas ya que, por ejemplo, los denominados *Trade Related Intellectual Property Rights*, reclaman la protección de los derechos de dichas comunidades. Sin embargo, aunque cargados de buenas intenciones, los TRIP pueden tener un efecto contrario al pretendido, presentándose a menudo como una formidable barrera para el acceso a los mercados, afectando así negativamente a los derechos de los pueblos indígenas.

Es inevitable captar cierto despotismo en políticas económicas que en favor de la globalización resultan contrarias al desarrollo de los pueblos indígenas, en este caso en relación con el desarrollo económico y mercantil. Así, por ejemplo, la innovación científica se valora en términos de rentabilidad respondiendo a las necesidades de la economía de mercado y no al desarrollo. En este sentido, el artículo *Un Análisis de las patentes* se señala lo siguiente:

“También es importante señalar que los sistemas de patentes, tal y como existen hoy en día, son el resultado de un largo proceso evolutivo de adaptación *ad hoc*, y no un instrumento de política diseñado *ex novo* por una autoridad que tiene como objetivo la maximización del bienestar (...) “si los ordenamientos jurídicos relativos a la propiedad intelectual quieren ser considerados como apéndices utilitarios del cuerpo político, sería mucho más esclarecedor reconocer su semejanza funcional con el “pulgar” del panda gigante. El pulgar del panda ha sido justísimamente homenajeado por STEPHEN JAY GOULD como ejemplo llamativo de la improvisación evolutiva que ha creado un apéndice que es poco elegante pero práctico (...) Es, como dice GOULD, citando a MICHAEL GHISELIN “un artefacto, no un exquisito dispositivo”, cuyas evidentes limitaciones mecánicas vienen de sus remotos orígenes accidentales”. Por este motivo, las leyes de patentes y otras leyes de propiedad que tenemos hoy en día, son necesariamente una mezcolanza, que refleja no sólo la necesidad de reconciliar objetivos que son mutuamente conflictivos, sino también los distintos orígenes históricos de los sistemas individuales²³.

En el caso que nos ocupa, la realidad se encuentra en un punto que, podemos decir, está lejos de ceñirse a un escenario optimista. En efecto, como señalan algunos autores, las patentes en países en desarrollo pueden aumentar considerablemente sus costes con respecto a las nuevas invenciones, lo que finalmente desemboca en que dicho coste no se verá probablemente compensado por un aumento en el desarrollo tecnológico local, pero ¿qué efecto tiene esta situación sobre cuestiones como el patrimonio inmaterial o el conocimiento tradicional?

Si antes veíamos cómo el desarrollo del modelo clásico de libre mercado en un mundo globalizado no ha conseguido evitar la polarización entre aquellos agentes tremendamente ricos y poderosos y aquellos otros cada vez menos competitivos, es posible generalizar tal afirmación a la actual problemática de las patentes en las comunidades indígenas.

Se trata, quizás, de trazar una línea entre los intereses privados y los intereses públicos de la propiedad intelectual. Si nos centramos, por ejemplo, en la lucha por parte de algunos países en desarrollo a tener acceso a versiones baratas de medicamentos occidentales observaremos cómo dicho intento, que se planteada obviamente por su potencial para salvar

²³ Vid. SÁNCHEZ PADRÓN M, CANO FERNÁNDEZ V, y ESPARZA E. En *Un Análisis de las patentes como indicadores*. algunas consideraciones conceptuales.
<http://www.ucm.es/info/jec9/areas.htm>, consultada 29 de Febrero de 2012.

vidas, recibe, sin embargo, cierta oposición por parte de países como Estados Unidos, que alegan no sólo una reducción de las ganancias, sino también violaciones del derecho a la propiedad intelectual. Obviamente, esto resulta un extremo ridículo de la propiedad intelectual, en tanto que excede ciertos límites morales y puramente humanitarios.

En este sentido, existen estudios que indican que el efecto de las leyes de patentes en el acceso y disponibilidad de determinados medicamentos, así como el aumento de incentivos para la innovación, es insignificante en países en desarrollo, puesto que ninguno de estos fármacos son fácilmente accesibles; al menos en los países más pobres, el acceso a medicamentos que salvan vidas no parece ser facilitado por las patentes.

Las actividades derivadas del progreso tecnológico y la innovación están obviamente vinculadas, resultando complicado en muchos casos determinar cómo afecta la regulación de la materia a la actividad innovadora en todo el mundo, así como a los efectos del progreso técnico global sobre las actividades innovadoras del país²⁴. Pues bien, partiendo de estas dificultades debemos señalar cómo, obviamente, la participación en el desarrollo tecnológico a nivel mundial no resulta distribuida uniformemente a todos los países. Siendo esto así, entonces, ¿cuál es la estructura de la innovación a escala mundial, teniendo en cuenta la patentabilidad de las invenciones que son planteadas por las empresas nacionales y las empresas multinacionales?

Se ha planteado si la aprobación de una ley de patentes mejoraría la transferencia de tecnología o aumentaría el acceso a las invenciones, y si esto resultaría deseable en países en desarrollo²⁵. La falta de concepción de los derechos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas tiende a ayudar a la utilización de los conocimientos tradicionales sin compensación alguna. Por lo tanto, si asumimos que esto es así, ¿es necesario recurrir a modelos de propiedad intelectual?

Algunas de las medidas que plantea el sistema de protección intelectual e industrial pasan por la necesidad de valorar la relación entre patentes, globalización²⁶ y derechos humanos²⁷, el uso del conocimiento tradicional indígena²⁸ para producir determinados productos y la patentabilidad de la información tomada de organismos vivos²⁹.

²⁴ Vid. Naciones Unidas: Convenio sobre la Diversidad Biológica Naciones Unidas. Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al convenio sobre la diversidad biológica, 2011; en concreto, art. 12: Conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos.

²⁵ Vid. AMENGUAL MATAS, R.: “La importancia de la solicitud de patente y sus reivindicaciones en los derechos de la propiedad industrial” en Rosa M^a. De Couto y Celia Sanchez-Ramos. *Propiedad Intelectual e Industrial de la obra científica*. Ed. Complutense S.A, 2010, p. 35; “La protección de la innovación tecnológica mediante figuras de propiedad industrial es la forma más común de buscar un rendimiento económico a los esfuerzos dedicados por empresas y entidades vinculadas a la I+D en procesos de innovación”.

²⁶ Vid. DE SEBASTIAN, L.: “Globalización: mitos y realidades”. en Enric R. Barlet y M^a Dolores Bardají. *Globalización y derechos humanos*. Bosch, Barcelona, 2010; “Los cambios rápidos generan siempre ganadores y perdedores. No podemos oponernos al cambio y al progreso, pero hay que compensar a los perdedores, y el conjunto quedará mejor”.

²⁷ Vid. CARPIZO, J.: *Derechos Humanos y Ombudsman*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1993. p. 77; “El tema de los Derechos Humanos es recurrente en la historia de la humanidad, porque está estrechamente ligado con la dignidad humana; tuvo un gran impulso hace poco más de dos siglos, con las declaraciones norteamericanas y francesas sobre ellos; pero es especialmente después de la Segunda Guerra Mundial y en estas última cuatro décadas cuando se convierte en una de las grandes preocupaciones de las sociedades y cuando se convierten en una de las grandes preocupaciones de las sociedades y cuando el tema se internacionaliza. Los horrores y la barbarie del fascismo y especialmente del nazismo, provocaron una reacción de indignación mundial.

FINSTON señala en su obra, que “los avances tecnológicos fluyen entre los Estados que protegen el capital intelectual de sus ciudadanos, y por lo tanto todos los países que respeten el derecho del individuo a sacar provecho de la creatividad y la innovación pueden beneficiarse de la amplitud de su capital humano”³⁰.

Todos esos mecanismos tenderían a incluir los conocimientos tradicionales y el patrimonio cultural y ambiental indígena bajo sistemas de propiedad, de modo que existiendo escenarios que no presentan problemas de regulación y polarización de los agentes económicos y en línea con toda nuestra argumentación, observaríamos verdaderos cambios en la distribución geográfica de la innovación en el mundo³¹.

III. Derecho al desarrollo: el Ombudsman como solución complementaria al modelo de patentes

El denominado Derecho al desarrollo debe incluir necesariamente un planteamiento realista respecto de los nuevos horizontes que han supuesto para la sociedad el progreso y la innovación tecnológica. Para ello, es fundamental dotar a los pueblos indígenas de instrumentos verdaderamente funcionales que garanticen como un derecho de carácter obligatorio tanto el acceso al conocimiento científico, como el reconocimiento de los conocimientos tradicionales y, por último, la obtención de beneficios derivados de los mismos.

En la actualidad, el patrimonio inmaterial se presenta como parte del capital indígena. Por ello se ha optado por un cambio en el planteamiento sobre el valor intrínseco tanto de los conocimientos indígenas, como de la biodiversidad de sus territorios, dando lugar a que, a través de sistemas de propiedad intelectual e industrial, se proteja a través de una doble vía a los pueblos indígenas: por un lado reclamando derechos que les son propios, y por otro evitando la situación misma de desposesión³².

Con claridad se vio que este planeta tenía una alternativa: vivir civilizadamente bajo regímenes democráticos y representativos, donde se respete la dignidad humana, para no caer en regímenes salvajes donde impere la ley del más fuerte y del gorila”.

²⁸ Vid. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, A.: “Estudio Introductorio” en *Estudios Económicos. La Propiedad Industrial en la nueva estructura económica internacional*. Ed Instituto de Estudios Económicos, 1997; “La creación y sobre todo, la distribución de conocimientos por las distintas unidades que componen el sistema económico son elementos clave para la creación de riqueza”.

²⁹ Vid. Naciones Unidas: Convenio sobre la Diversidad Biológica Naciones Unidas, Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al convenio sobre la diversidad biológica. 2011. Art. 1: El objetivo del presente Protocolo es la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, incluso por medio del acceso apropiado a los recursos genéticos y por medio de la transferencia apropiada de tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre dichos recursos y tecnologías y por medio de la financiación apropiada, contribuyendo por ende a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes.

³⁰ Vid. FINSTON S.: “A Cautionary Tale on the Critical Importance of Intellectual Property Protection”, India, 2002.

³¹ Vid. BOTANA AGRA M.: “Dimensión Internacional”. En: FERNANDEZ-NÓVOA. C, OTERO LASTRES, J.M. y BOTANA AGRA, M. *Manual de la Propiedad Industrial*. Ed. Madrid: Marital Pons. 2009, p. 82; “La clara vocación internacional que ha caracterizado tradicionalmente a la propiedad industrial ha tenido y tiene su reflejo en la incesante producción normativa que desde la segunda mitad del siglo XIX viene teniendo lugar desde las instancias y organismos internacionales directamente encargados de la promoción e impulso de esta materia en cuanto pieza clave del progreso técnico y del desarrollo económico (OMPI, OMC)”.

³² Art. 5. Participación justa y equitativa en los beneficios, Convenio sobre la Diversidad Biológica Naciones Unidas. Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y

La intención última del legislador debe pasar por crear un marco conceptual que registre un planteamiento general sobre cuestiones fundamentales de la ley de patentes y su política a la hora de registrar determinadas informaciones.

Se presentan, en consecuencia, ante nosotros diversas posibilidades jurídicas sobre las que construir un modelo normativo basado en la línea de pensamiento anteriormente expresada en referencia del Derecho al desarrollo de las comunidades indígenas. En base a dichos instrumentos, a la hora de buscar soluciones, primero recurriremos a las declaraciones de ONU y la UNESCO, así como a tratados internacionales como el de NAGOYA, que constituirán, como hemos dicho *supra*, el modelo del que partiremos.

Una vez señalado el punto desde el que debemos partir y, siendo la cuestión que nos debe ocupar la búsqueda de respuestas para la resolución formal de la situación que hemos venido desarrollando, hemos de plantearnos si existen “soluciones” viables y, en caso de haberlas, debemos estudiar si tales soluciones no resultarían contraproducentes para los intereses de las propias comunidades a medio y largo plazo.

En este sentido, creemos que nuestro sistema económico evidentemente se ha visto incapaz, desde el principio, de establecer un mecanismo de reparto de recursos que no devenga necesariamente en una estructura asimétrica, en la que unos agentes extremadamente poderosos imponen su criterio a la gran mayoría de operadores del mercado. Incluso hoy en día, no es infrecuente asociar este aserto con las doctrinas marxistas y socialistas, pero los juristas no podemos olvidar que esta discusión nace de la misma esencia del capitalismo. Así, el propio Adam Smith ya alertaba del peligro que suponía la acumulación de capital en pocas manos³³, y JOHN MAYNARD KEYNES matizaba los postulados clásicos asegurando que la posición de equilibrio en el modelo liberal era sólo una construcción teórica “especial”, que no sólo no tenía por qué producirse, sino que su acaecimiento real era prácticamente una entelequia³⁴.

El conocimiento tradicional enriquece a la sociedad porque proporciona inspiración e información para hacer realidad una relación más sostenible entre la humanidad y el medio ambiente. Hemos de valorar tal conocimiento no sólo desde una perspectiva meramente económica. Por ello, a medida que los gobiernos trabajan para abordar las prioridades en

equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al convenio sobre la diversidad biológica. 2011: De conformidad con el Art. 15, párrafos 3 y 7, del Convenio, los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos, así como las aplicaciones y comercialización subsiguientes, se compartirán de manera justa y equitativa con la Parte que aporta dichos recursos que sea el país de origen de dichos recursos o una Parte que haya adquirido los recursos genéticos de conformidad con el Convenio. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas.

³³ Cfr. SMITH, A.: *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. En numerosos pasajes de su obra, Smith muestra una notable convicción filosófica favorable del equitativo reparto de los recursos y del control del conjunto de la sociedad sobre la casta comercial. Baste sólo este ejemplo: “La violencia e injusticia de los gobernantes de la humanidad es un mal muy antiguo, y mucho me temo que apenas tenga remedio (...) pero la mezquina rapacidad y el espíritu monopolista de los comerciales e industriales, que no son ni deben ser los gobernantes de la humanidad, es algo que, aunque acaso no pueda corregirse, sí puede conseguirse al menos que no turbe la tranquilidad de nadie, salvo la de ellos mismos.”

³⁴ Vid. KEYNES, J.M.: “The general theory of employment, interest and money”. Capítulo 1. El planteamiento que citamos es prácticamente la conclusión emanada de los tres primeros capítulos de la obra capital de Keynes. Una buena muestra es la referencia que el profesor británico hace de los postulados clásicos de Ricardo y Say, al señalar que el aprovechamiento óptimo de los medios de producción y el equilibrio entre oferta y demanda “son solo un caso especial (...) que asume una situación que es el punto límite de las posibles situaciones de equilibrio.”

cuanto al desarrollo de las comunidades indígenas, es fundamental que se cumplan los compromisos que adquirieron en virtud de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

La problemática a la que nos enfrentamos presenta, en resolución, múltiples frentes, y la respuesta ha de presentarse necesariamente en la misma medida en que se presenta el problema.

Como hemos visto, tales problemas requieren nuevas soluciones, para lo cual hemos de ampliar el espectro de alternativas. Así, por ejemplo, se hace patente la necesidad de una actuación más efectiva del Defensor del Pueblo³⁵ u *Ombudsman*³⁶ en esta materia, dada la insuficiencia que ha mostrado la Ley internacional en el campo de la protección de los derechos subjetivos de los pueblos indígenas.

El Defensor del Pueblo ha demostrado su eficacia no sólo como un importante instrumento de control público sobre las autoridades, sino también como una importante herramienta para resolver conflictos a través de la mediación y la conciliación. ESCOBAR ROCA precisa el marco teórico de las funciones del defensor:

“Las Constituciones y las leyes suelen hablar de derechos fundamentales (estos son recuérdese los derechos reconocidos en la constitución) al definir su ámbito material de protección. Sin embargo sostengo que en realidad las Defensorías del Pueblo no protegen los derechos fundamentales sino los Derechos Humanos, pues no limitan su tutela a la constatación del incumplimiento del derecho sino que la extiende más allá: a la valoración crítica de las normas y a las propuestas de reformas de las disposiciones incompatibles con los Derechos Humanos, y de adopción de otras nuevas, destinadas a lograr una mayor efectividad de los mismos; algo que resultaría incompatible, por ejemplo, con la naturaleza

³⁵ A lo largo de estas páginas manejaremos paralelamente los conceptos de ombudsman y defensor del pueblo. Resulta preceptivo hacer una aclaración al respecto de ambos términos, pues hablamos de la misma figura, con ciertos matices, señalados debidamente en sus definiciones. Así, Valencia Villa Hernando. Diccionario Espasa Derechos Humanos. Ed. Espasa, Madrid, 2003, p. 112 y 326; diferencia cada una de los términos, con el tenor siguiente: *Defensor del Pueblo*. Funcionario de origen popular o parlamentario que representa a los ciudadanos y vigila a los servidores públicos para hacer efectivos los derechos humanos consagrados tanto en los instrumentos internacionales como en la constitución nacional respectiva. Se trata de una inspirada en los tribunos de la plebe de la república romana y en los juristas mayores de las monarquías medievales y renacentistas, que ejerce un poder eminentemente negativo y que se ha generalizado con cierta fortuna en el constitucionalismo hispanoamericano de la última generación. Los defensores del pueblo y comisionados o procuradores de derechos humanos suelen ser agentes del ministerio público o fiscal en la medida en que representa a la ciudadanía, forman parte del estado mas no del gobierno, y cumplen funciones estratégicas como la investigación penal o cuasi penal, la censura pública y el magisterio morar en el campo de la protección de las libertades fundamentales.

Ombudsman: Palabra de origen sueco que significa <<diputado>> o <<comisionado>> y que designa al funcionario de origen parlamentario y que en el constitucionalismo escandinavo investiga las quejas de los ciudadanos contra los servidores públicos por violación de los derechos humanos o infracción de las leyes. Se trata de una de las contribuciones más originales del derecho público europeo a la defensa de las libertades fundamentales en las democracias contemporáneas y tiene su versión latina en la figura del defensor del pueblo que se ha extendido en el constitucionalismo iberoamericano de la última generación. El ombudsman es un comisionado o comisario del Parlamento para la protección de los ciudadanos y en tal virtud ejerce funciones de control y vigilancia que en algunos países comprender la facultad de investigar, acusar e incluso sancionar, hasta con la destitución, a los funcionarios responsables de abusos contra las libertades.

propia de la función jurisdiccional. De hecho, las Defensorías son la única institución del Estado cuya principal misión es la garantía de los derechos humanos”³⁷.

En la práctica, el Defensor del Pueblo -como mediador³⁸- conduce a un cambio significativo en la relación entre el individuo y la autoridad en un Estado democrático. El establecimiento de la figura del *Ombudsman* ha supuesto un verdadero impulso a la defensa de los derechos humanos. Precisamente por eso, hemos de plantear un marco legal amplio para el Defensor del Pueblo ofreciendo flexibilidad para responder activamente a cualquier tipo de situación que pueda darse en la práctica. Es esta forma de resolver los conflictos el valor característico de una sociedad democrática³⁹.

Es difícil consolidar medidas eficaces, sin embargo será posible si somos capaces de buscar adecuadas herramientas legales y organizativas para evitar la pérdida irrecuperable de los elementos que conforman el conocimiento tradicional. Contribuyendo así al respeto por el conocimiento indígena, manifiesto, entre otras cosas, en las siguientes áreas: conocimiento y hábitos en relación a la naturaleza.

En la medida en que queda demostrada la insuficiencia del sistema en relación a la protección de los derechos de los pueblos indígenas, resulta evidente la necesidad de avances cualitativos como, por ejemplo, la intervención de especial intensidad del *Ombudsman*. Con esto no queremos menospreciar la iniciativa del sistema de patentes para la protección de los conocimientos tradicionales, sino más bien abrir el haz de posibilidades con el fin de afrontar la defensa de estos derechos de la manera más eficaz posible. Como podemos observar en la obra de CARPIZO ya existen ciertas líneas argumentales en este sentido:

“La comunidad internacional e iberoamericana no deben ni pueden desmayar en su búsqueda de soluciones, normativas o de cualquier otra índole, a los lacerantes desequilibrios económicos y sociales, a la agudización de las desigualdades, a la pobreza extrema, a la falta de acceso a los servicios mínimos de salud, educación y vivienda, situaciones todas ellas de inestabilidad social que constituyen los graves obstáculos para la plena realización del derecho al desarrollo en particular y los Derechos Humanos en general. Aquí, precisamente se halla uno de los aspectos más delicados e importantes del futuro de la humanidad y especialmente de los países iberoamericanos: el desarrollo económico, político y social debe garantizar a todo habitante de la región el derecho que realmente tiene a una existencia digna de ser vivida”⁴⁰.

³⁷ Vid. ESCOBAR G, “Las Defensorías del Pueblo y la protección de los Derechos Humanos” en *Las Defensorías del Pueblo, un puente entre la ciudadanía y el estado en América Latina*. Manuel Guedán y María Iráizoz. CICODE. Universidad de Alcalá. Ed. Trama, Madrid. 2006.

³⁸ Para completar la acción del defensor como mediador probablemente resultaría ideal, plantear la figura de un enlace entre las comunidades indígenas y las defensorías del pueblo, que perteneciendo a dichas comunidades, actuase a su vez como mediador, entre su pueblo y el defensor.

³⁹ Siguiendo a GIL ROBLES Á. y GIL DELGADO, GIL RENDON R.: “Adopciones del ombudsman en América Latina” en *El ombudsman en el derecho Constitucional Comparado*. Ed. Mc Graw Hill. 2002. México, p. 205; En este sentido: “Es indudable que la adopción de ombudsman en Latinoamérica se debió a dos factores fundamentales: primero, la implantación del ombudsman en España y su adaptación a la realidad jurídica y política que representa la constitución de 1978, en la que dicha institución recibe el nombre de defensor del pueblo; figura que ha demostrado su capacidad de adaptación, como símbolo de la verdadera democracia comprometida en la defensa de los derechos humanos y la consolidación del estado de derecho”.

⁴⁰ Vid. CARPIZO J.: “El Ombudsman y los Derechos Humanos” en *Derechos Humanos y Ombudsman*. Ed Porrúa, México. Pág. 107. 2003.

Alguna de las dificultades que dan lugar a que el sistema de protección de patentes no sea totalmente eficaz se hacen evidentes, dado que el desarrollo del modelo de patentes se ha hecho sin tener en cuenta las necesidades especiales que caracterizan el caso que nos ocupa. En nuestra opinión, es preciso reforzar primeramente los mecanismos de protección de las comunidades indígenas. En este sentido, el artículo *Un Análisis de las patentes como indicadores* nos hace reflexionar sobre la fortaleza inicial de sistemas incipientes de protección:

“Para profundizar en la diferencia entre los aspectos legales y económicos de las patentes, podríamos considerar metafóricamente que, desde la perspectiva económica, una invención es como un bebe que sólo llegará a la madurez si es criado adecuadamente según su fortaleza inicial y los caprichos de las condiciones contextuales y ambientales que encontrará; sin duda, el lugar de nacimiento y la fortaleza genética, son factores, como para cualquier recién nacido, relevantes. Mientras que desde un punto de vista puramente legal, todo lo que una patente necesita para sobrevivir es el abono de las tasas anuales necesarias para mantenerse en vigor”⁴¹.

Siendo el conocimiento tradicional de estas comunidades ese “bebé” que pretendemos desarrollar hasta su madurez, se hará evidente que el uso de los conocimientos tradicionales sin compensación será un tema de preocupación creciente entre los pueblos indígenas, los países en desarrollo, y los investigadores.

Como venimos señalando encaminar la justicia hacia la protección de los pueblos indígenas no es una tarea en absoluto fácil de afrontar, tanto desde la perspectiva del *Ombudsman* como del sistema de patentes, debido a dificultades propias de acceso al régimen jurídico nacional e internacional de las comunidades indígenas.

Los problemas que hemos venido apreciando a lo largo de este artículo indican la diversidad de la actividad en el campo de la innovación en diferentes países, señalando la complejidad existente en esta materia⁴².

Si nos centramos en la cuestión de la relevancia misma de los derechos humanos, el acceso a la justicia se presenta como un instrumento y como un derecho que ha de ser necesariamente garantizado.

Así, el objetivo del *Ombudsman* es promover el acceso a la justicia a través de, entre otras herramientas, sus capacidades para realizar todo tipo de recomendaciones y proponer la adopción de nuevas legislaciones. En vista de estas capacidades, las propuestas *de lege ferenda* podrían suponer un enriquecimiento del *modus operandi*, la mediación y la

⁴¹ Vid. SÁNCHEZ PADRÓN M, CANO FERNÁNDEZ V, y ESPARZA E. En *Un Análisis de las patentes como indicadores. Algunas consideraciones conceptuales*. <http://www.ucm.es/info/jec9/areas.htm>. Consultada 29 de Febrero 2012.

⁴² Vid. Naciones Unidas: Convenio sobre la Diversidad Biológica Naciones Unidas. Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al convenio sobre la diversidad biológica. 2011. Las partes acuerdan en base a la varios puntos dicho protocolo: “Reconociendo la importante contribución de la transferencia de tecnología y la cooperación al desarrollo sostenible, para crear capacidad de investigación e innovación que añada valor a los recursos genéticos en los países en desarrollo, conforme a los art.s 16 y 19 del Convenio. Conscientes de que el derecho a identificar a los titulares legítimos de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos dentro de sus comunidades corresponde a las comunidades indígenas y locales. Reconociendo además las circunstancias únicas en que los países poseen conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, ya sea orales, documentados o de alguna otra forma, reflejando una rica herencia cultural pertinente para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica (...)”

cooperación internacional, con la clara intención de facilitar y mejorar el acceso a la justicia de los pueblos indígenas.

Las Defensorías del Pueblo suponen un fortalecimiento definitivo de los mecanismos de mediación⁴³, presentándose dichas instituciones como fundamentales en los países iberoamericanos⁴⁴ para la defensa derechos humanos⁴⁵. Siguiendo a CARPIZO, anteriormente citado, deben matizarse ciertos conceptos relevantes sobre la cuestión que nos ocupa:

“En los próximos años y décadas, tres temas serán recurrentes por su singular importancia: los derechos humanos, la justicia social y la ecología. La justicia social y la ecología son parte de los Derechos Humanos, pero por sí mismos tiene tal peso que deben enunciarse de forma separada (...) El futuro del Ombudsman está afincado en ser, cada día más, uno de los instrumentos que otorga el orden jurídico para la mejor defensa de los Derechos Humanos. Desde luego, deberá seguirse ocupando de arbitrariedades o faltas menores –ello no se discute-, pero su importancia real y trascendente está precisamente en la protección de los Derechos Humanos.

En consecuencia, se puede afirmar que la democracia, Derechos Humanos y el *Ombudsman* son conceptos que se implican entre sí. Uno se apoya mutuamente en el otro. Y desde este planteamiento considero que las competencias del ombudsman deberán aumentar (...) Su competencia debe irse ampliando para conocer algunos de los derechos humanos de la tercera generación”⁴⁶.

Las actuaciones del Defensor del Pueblo, en este sentido, han de enmarcarse necesariamente en las leyes al respecto de la protección, defensa y promoción de derechos humanos de los ciudadanos, así como en las constituciones de los países con comunidades indígenas⁴⁷. En dichas constituciones, el marco en el que debemos centrarnos es aquel que

⁴³ Vid. DE NORIEGA SANTISTEVAN, J.: “Análisis comparativo de la recepción del Defensor de Pueblo en Hispanoamérica” en *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del pueblo*. Ed Aranzadi. Navarra 2002, p. 945; “Otra característica propia del ombudsman en Latinoamérica, es la mediación entre intereses sociales y administraciones públicas. En efecto, si bien la mediación entre el ciudadano y éstas es consustancial a la institución, al punto que en Francia el ombudsman es el Mediateur, el contexto histórico en que se instituyen los ombudsman en Latinoamérica hace que dicha función cobre características peculiares, adecuadas a la alta conflictividad social que caracteriza una región en procesos intensos de transformación, como lo es la América Latina”

⁴⁴ Vid. CARPIZO, J.: “Derechos Humanos y Ombudsman” en *La Comisión Nacional de Derechos Humanos y el Ombudsman*. Ed Porrúa, 2003. México, p. 314; “En el mundo iberoamericano la figura del Ombudsman se va abriendo camino: en Portugal en 1975 con el nombre de Promotor de Justicia, en España en 1978 con el defensor del pueblo, en Costa Rica en 1982 con la Procuraduría de los Derechos Humanos (...)”

⁴⁵ Vid. AGUILAR, M.: “Conclusiones: propuestas de futuro” en *Las Defensorías del Pueblo, un puente entre la ciudadanía y el estado en América Latina*. Manuel Guedán y María Iráizoz. CICODE. Universidad de Alcalá. Ed. Trama, 2006. Madrid; “Se constata la necesidad de que las Defensorías del Pueblo ganen espacios a través de la Federación Iberoamericana del Ombudsman (FIO) en las organizaciones de promoción y defensa de los Derechos Humanos (sistema universal de Derechos Humanos en Iberoamérica)”.

⁴⁶ Vid. CARPIZO J.: “El Ombudsman y los Derechos Humanos” en *Derechos Humanos y Ombudsman*. Ed Porrúa, 2003. México, p. 65.

⁴⁷ Vid. YRIGOYEN FAJARDO R.: “Derecho Indígena en los países Andinos ¿mecanismos alternativos o jurisdicción propia?” 2003 N°4 Revista “CREA” Universidad Católica de Temuco, Chile, pág.8; “El pluralismo jurídico y el sistema jurídico de los pueblos indígenas es reconocido por las constituciones de la mayoría de los países de la región andina, tales como Colombia, Perú, Ecuador y Venezuela en los

se revela de aquellas que reconozcan el derecho de los indígenas a la propiedad intelectual e industrial. De esta manera, si dichos derechos están reconocidos constitucionalmente, se abriría ante nosotros la posibilidad de protección a través de sistemas de control, examen, y revisión de las leyes que no tengan en cuenta la problemática de los pueblos indígenas.

No parece descabellado plantear que aquellas comunidades indígenas que vean protegidos sus derechos de propiedad intelectual e industrial en el articulado de las Constituciones que rigen en sus países pudieran ver protegidos sus derechos a través, no solo de la mediación de las Defensorías del Pueblo, sino también por medio de amparo constitucional. En este sentido CARLOS R. CONSTENLA sostiene la legitimación del defensor de pueblo para promover dicha acción, aportando también en su obra opiniones de otros autores al respecto de la declaración de inconstitucionalidad:

“La legitimación procesal del defensor del pueblo para promover este recurso, se ve elaborado, tal vez no premeditadamente, sino por la naturaleza jurídica e institucional que la alienta y que corresponde al linaje de los antiguos tribunos de la plebe. Es de su esencia tener esa potestad de desbaratar la arbitrariedad y el abuso, ejercer la facultad de empêcher que habían previsto Montesquieu y Rousseau en el siglo XVIII. En el Leading case que reconoció por vez primera esa aptitud procesal a un defensor del pueblo, sostuvo el entonces Controlado General Comunal ANTONIO CARTAÑÁ “... no cabe pensar que pueda crearse una institución sin dotarla de los poderes explícitos e implícitos indispensables para la consecución de sus fines, porque despojaría de todo sentido a la creación misma de esa institución, que no pasaría de ser un organismo burocrático incapaz de satisfacer las necesidades que fueron llamadas a solucionar”. Fue en esa causa, “CARTAÑÁ, ANTONIO Y OTRO C/ M.C.B.A. S/AMPARO”, en la que por primera vez se obtuvo el reconocimiento judicial de la legitimación procesal del Defensor del pueblo⁴⁸”.

“Con relación a la pretensión de obtener una declaración de inconstitucionalidad a través de amparo, GOZAÍNI dice que “El nuestro es un control jurisdiccional difuso que hasta hace poco requería la existencia de una causa, la petición de parte y la actualidad del perjuicio. Sin ellos el juez no podía resguardar la supremacía constitucional. Ahora, a través del amparo, es posible pretender la inconstitucionalidad de las normas variando el interés deducido en la causa, hacia una mayor eficacia de la función judicial. Precisamente, el cambio operado, transportar al Defensor del Pueblo la, necesaria legitimación para demandar”. Más aún, como observa MAIORANO “la clave de esta cuestión, radica en última instancia, en el efecto de la sentencia en los caso de tutela de los derecho de incidencia colectiva. Aquí entra en crisis aquel viejo principio del efecto inter partes de la sentencia que, como consecuencia de estos cambios, pasa a ser erga omnes tal como ha sido reconocido por la CSJN⁴⁹”.

Las Defensorías del Pueblo deberían configurarse como un mecanismo propulsor de la protección y el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, las labores de mediación,

siguientes términos: a) en general se reconoce la diversidad étnica y cultural de éstos países, b) se reconoce funciones jurisdiccionales o de justicia, a las autoridades de las comunidades indígenas y campesinas, c) sobre la base de su derecho consuetudinario o sus propias normas y procedimientos, d) dentro del ámbito territorial de los pueblos indígenas o comunidades campesinas”.

⁴⁸ Cfr. CONSTENLA, C.R.: “Genérica legitimación del defensor del pueblo para promover la acción de amparo” en *Teoría y práctica del Defensor del Pueblo*. Bogotá, México, D.F, Madrid, Buenos Aires, 2010. Ed. Zavalía, Ed. Temis, Ed. Ubijos, Ed. Reus, p. 171;

⁴⁹ Vid. CONSTELA, C.R.: “Declaración de Inconstitucionalidad” en *Teoría y práctica del Defensor del Pueblo*. Bogotá, México, D.F, Madrid, Buenos Aires, 2010. Ed. Zavalía, Ed. Temis, Ed. Ubijos, Ed. Reus.

la vigilancia en pos de una forma de legislar conforme a unos estándares sostenibles y, por último y más importante, de la supervisión del cumplimiento constitucional.

En cierta medida, los derechos de los pueblos indígenas se ven vulnerados por la ineficacia del sistema, ineficiencia que se materializara a través de vetas que las empresas transnacionales no dudarán en explotar aun siendo claramente lesivo para las poblaciones indígenas. Las labores de supervisión del Defensor del Pueblo pueden marcar la diferencia sobreponiéndose sobre dichos vacíos legales⁵⁰. Hemos de perseguir una legislación más justa⁵¹ y acorde al contexto cultural y social de los pueblos indígenas⁵², en tanto que, si la legislación no es eficaz, realmente se estarán vulnerando los derechos reconocidos en las normativas internacionales.

Finalmente, como hemos venido señalando, existen toda una serie de medidas que en principio se presentan como eficaces aunque insuficientes, en tanto que en el planteamiento general de los mismos no se observaban las peculiaridades que conforman la problemática a la que se enfrentan las comunidades indígenas. Por ello planteamos la necesidad de reformar las mismas a través de mecanismos tales como la mediación, la promoción de reformas legales, el perfeccionamiento legislativo y la interposición de recursos de inconstitucionalidad. Dichos mecanismos del Defensor del Pueblo completarían el sistema repercutiendo en la protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas⁵³.

⁵⁰ Vid. ROVIRA VIÑAS A.: “La federación iberoamericana de Ombudsman” en *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del pueblo*. Ed Aranzadi. Navarra 2002, p. 46; “La naturaleza del ombudsman, flexible e indeterminada, permite una gran capacidad de adaptación y flexibilidad incorporándose a los más variados sistemas jurídicos y estructuras. La original institución del ombudsman se ha ido adaptando a los Estados, sean unitarios o federales, a los municipios y provincias, sean grandes o pequeños, a los sistemas de Common Law y al sistema europeo de derecho administrativo y control jurisdiccional especializado, contencioso-administrativo, a los estados muy desarrollados y a los menos desarrollados, adaptando el contenido básico de la institución, el procedimiento de nombramiento del titular y el ámbito territorial de competencias que son los tres grandes elementos que caracterizan a esta clase de instituciones.”

⁵¹ ESCOBAR ROCA G. Siguiendo la doctrina mayoritaria entre ellos a J. C. GAVARA DE CARA, Introducción, En *Defensorías del Pueblo en Iberoamérica*. Ed. Thomson. 2008. Navarra, p. 25; “Esta hoy consolidada la doctrina del deber general de protección de los derechos que incumbe a todos los poderes públicos, y ello con independencia del origen, público o privado, de las agresiones. Frente a esta afirmación material, de poco sirven los argumentos formales: aunque la ley atribuya a las defensorías el control de los poderes públicos, aquéllas pueden también controlar, aunque sea indirectamente, a los particulares agresores de los derechos de otros particulares mediante el siguiente razonamiento: ante la vulneración o amenaza de vulneración de derecho por un particular, los poderes públicos pueden ser controlados, dado su incumplimiento (y habrá que ver en cada caso si esto fue realmente así) del deber general de protección de los derechos: por ejemplo, si no dictaron una ley de protección contra la violencia de género, si no protegieron adecuadamente a una víctima concreta de esta violencia contra su agresor o si no desplegaron campaña informativa alguna sobre este problema”.

⁵² Vid. CORCHETE MARTÍN, M.J.: “El defensor del pueblo y la protección de los derechos” en *El Defensor del Pueblo Y la protección de los derechos*. Ed. Universidad de Salamanca. 2001. Salamanca, p. 186; “La experiencia ha permitido al Defensor del Pueblo adaptarse a las necesidades demandadas por las sociedad y éstas son las que a su vez, han colocado al Defensor en un lugar en el cual el ciudadano continúa padeciendo una sensación de cierta inseguridad. La ausencia de controles, ágiles, sencillos y, sobre todo, económicos, supone una barrera, en algunos casos infranqueable, para el ciudadano en la garantía de sus derechos”.

⁵³ Vid. GIL ROBLES A.: “Consideraciones finales” en *El Defensor del Pueblo*. Ed. Civitas. 1979. Madrid, p. 144; “Estamos, en suma, ante un intento de abrir nuevas vías para el más efectivo control del ejercicio del poder y para dotar al ciudadano de nuestros días de los medios más adecuados, sin excluir ninguno de los ya existentes (...)”

En conclusión, la lógica nos lleva a pensar en la imperante necesidad de realizar un esfuerzo en la búsqueda de la evolución del sistema jurídico actual⁵⁴, precisamente, para solventar situaciones por desgracia clásicas en la historia de las comunidades indígenas. Para ello la figura ideal es la del Defensor de Pueblo⁵⁵.

⁵⁴ Cfr. SOBERMAN, J.: “La experiencia Europea desde el prisma iberoamericano”. en *El fortalecimiento del Ombudsman Iberoamericano*. Ed. Cicode, Universidad de Alcalá. Madrid, 1999, p.21; “A mi juicio, prever ya la aplicación de un marco de derechos y libertades fundamentales para las nuevas estructuras de integración económica en Iberoamérica podrá evitar problemas futuros. Máxime cuando ese marco, así como su garante, la comisión Interamericana de los Derechos Humanos, existen ya en la práctica”.

⁵⁵ Vid. GARCIA RAMIREZ. *Ombudsman y tutela interamericana de los derechos humanos*. Ed. Dickinson, S.L. Madrid. 2008, p. 94; “Promotor natural de la cultura de los derechos humanos, forjador de ella, el ombudsman actúa en una doble dirección: hacia el Estado y hacia la sociedad. Debe promover el convencimiento social en torno a los derechos humanos (persuasión que frecuentemente tropieza con un mito o falso dilema, sembrado con torpeza o malicia: derecho humanos o seguridad, pública) y movilizar la opinión de la sociedad, proyectándola al mismo tiempo de adecuada información. Esto atiende a un múltiple designio: fortaleza del propio ombudsman, avance con estándares avanzados, y conversión (en consecuencia) del derecho “débil” en derecho “fuerte”.