

Racismo y derecho internacional: la paradoja del acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC)

Racism and International Law: The Paradox of the World Trade Organization Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)

Racismo e direito internacional: o paradoxo do acordo da Organização Mundial do Comércio sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio

Juan Camilo Mejía Pinillos*

Fecha de recepción: 22 de mayo de 2024

Fecha de aprobación: 02 de julio de 2024

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.14432>

Para citar este artículo: Mejía Pinillos, J. C. (2024). Racismo y derecho internacional: La paradoja del acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC). *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, 12, 1-30. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.14432>

Resumen

Las Aproximaciones del Tercer Mundo al Derecho Internacional (TWAIL, por sus siglas en inglés) debaten sobre la desigualdad económica internacional. Sin embargo, este problema no puede resolverse sin analizar el trasfondo racial. La Teoría Crítica de la Raza (TCR), como movimiento intelectual progresista, proporciona herramientas útiles que enriquecen el debate mediante la revisión de las experiencias de las

* LL.M en Derecho, University of Cincinnati (EE. UU.), especialista en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Colombia), magíster en Derecho Internacional, Universidad del Rosario. Abogado, Pontificia Universidad Javeriana. Correo electrónico: juancamil9510@hotmail.com

minorías raciales a nivel mundial. Este ensayo ilustrará cómo la academia TWAIL y la TCR pueden trabajar en conjunto para abordar el fenómeno neocolonial desde una perspectiva racial dentro del derecho internacional. Para ello se estudiará la falta de una regulación de los derechos de propiedad intelectual de las comunidades indígenas a nivel internacional acorde a su cosmovisión en el contexto de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en particular, en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Asimismo, se evidenciará cómo estas instituciones jurídicas perpetúan un discurso de desigualdad neocolonial racista creada por potencias occidentales bajo la doctrina dominante liberal del derecho de la propiedad intelectual internacional, contraponiéndose al posicionamiento de la propiedad intelectual colectiva indígena como contrarrelato jurídico en el derecho internacional.

Palabras clave: Teoría Crítica de la Raza (TCR); Third World Approches to International Law (TWAIL); Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC); propiedad intelectual colectiva de las comunidades indígenas; Latinoamérica.

Abstract

The Third World Approches to International Law (TWAIL) debate international economic inequality. However, this problem cannot be completely resolved without analyzing its racial background. Critical Race Theory (TCR), as a progressive intellectual movement, provides useful tools that enrich the debate by reviewing the experiences of racial minorities around the world. This essay will illustrate how the TWAIL and TCR can work together to address the neocolonial phenomenon from a racial perspective within international law. For this purpose, the lack of regulation of the intellectual property rights of indigenous communities at the international level will be studied under a regulation that follows their worldview in the context of the World Trade Organization (WTO); in particular, in the Agreement on Aspects of Intellectual Property Rights related to Trade (TRIPS). Likewise, it will show how these legal institutions perpetuate an unequal racist neocolonial discourse created by Western powers under the dominant liberal doctrine of international intellectual property law, opposing the positioning of indigenous collective intellectual property as a legal counternarrative in international law.

Keywords: Critical Race Theory (CRT); Third World Approches to International Law (TWAIL); Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS); collective intellectual property of indigenous communities; Latin America.

Resumo

A academia de TWAIL (Third World Approaches to International Law) debate a desigualdade econômica internacional. No entanto, esse problema não pode ser totalmente resolvido sem que se tenha analisado sua origem racial. Dessa forma, a teoria crítica da raça (TCR), como um movimento intelectual progressista, fornece ferramentas úteis que enriquecem o debate ao analisar as experiências de minorias raciais em todo o mundo. Este ensaio ilustra como a academia TWAIL e a TCR podem trabalhar juntas para abordar o fenômeno neocolonial a partir de uma perspectiva racial dentro do direito internacional. Para isso, estuda a falta de regulamentação dos direitos de propriedade intelectual das comunidades indígenas em nível internacional sob uma regulamentação de acordo com sua cosmovisão no contexto da Organização Mundial do Comércio e, em particular, no Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS). Também mostra como essas instituições jurídicas perpetuam um discurso de desigualdade neocolonial racista criado pelas potências ocidentais sob a doutrina liberal dominante do direito internacional de propriedade intelectual, em contraste com o posicionamento da propriedade intelectual coletiva indígena como uma contranarrativa jurídica no direito internacional.

Palavras-chave: teoria crítica da raça (TCR); abordagens do terceiro mundo ao direito internacional (TWAIL); Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS); propriedade intelectual coletiva de comunidades indígenas; América Latina.

Introducción

Las relaciones humanas están mediadas por un constante intercambio de experiencias manifestadas a través de relatos y narrativas contenidas, entre otras, en objetos expresivos de creación humana (Dewey, 2005). Estas expresiones forman parte del conocimiento colectivo transmitido por generaciones, que dan lugar a distintas formas de pensar y percibir la realidad (Dewey, 2018). El derecho, como disciplina encargada de mediar y regular las relaciones sociales, alberga en su seno un relato que se difunde a lo largo y ancho de las diversas materias que busca regular (Bourdieu et al., 2001). En este contexto, puede concebirse como el resultado de una narrativa de poder presentada a las personas bajo su influencia como una verdad que aspira a expandirse y perdurar en tiempos y lugares específicos, al mismo tiempo que se convierte en una materialidad vivida por aquellos a quienes el derecho contribuye a excluir o precarizar (Bourdieu et al., 2001). Para que esto sea posible, los relatos jurídicos se presentan como únicos y verdaderos, sin posibilidad de ser controvertidos. Esto genera escenarios de violencia directa o indirecta contra aquellos que intentan construir contrarrelatos, lo que resulta en conflictos discursivos (Bourdieu et al., 2001; Delgado, 1989).

La propiedad intelectual se destaca como un campo de gran interés a nivel internacional, con una extensa regulación que la consolida como una figura jurídica de relevancia mundial (Schmitz Vaccaro, 2013). Este texto tiene como objetivo aproximarse a la narrativa hegemónica internacional sobre propiedad intelectual en el marco del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) para luego contrastarla con la concepción colectiva planteada por las comunidades indígenas latinoamericanas para evidenciar la estructura racializada y colonial del derecho internacional experimentada por las comunidades indígenas dentro de dicho acuerdo. El ADPIC basa toda su estructura en la concepción de propiedad intelectual centrada en la individualización y el ánimo de lucro, mientras que la propiedad intelectual colectiva de las comunidades indígenas se presenta como una narrativa alternativa latinoamericana emergente que podría replantear el derecho internacional de la propiedad intelectual en el contexto del acuerdo.

Para profundizar en su análisis, se optó por abordar la problemática desde la perspectiva de la Teoría Crítica de la Raza (TCR) y las Aproximaciones del Tercer Mundo al Derecho Internacional (TMAIL, por sus siglas en inglés), escuelas críticas que analizan el derecho internacional con enfoques racial (Andrews, 2000; Gordon, 2000) y del tercer mundo (Barreto, 2018; Chimni, 2006; Mutua, 2000), respectivamente. Sin embargo, debido a la falta de colaboración entre ambos (Gathii, 2020),

este texto también tiene como objetivo presentar un análisis que plantee una crítica racial tercermundista a los fenómenos regulados por el derecho internacional y sus relatos impregnados de contenidos racistas e imperiales (Achiume & Carbado, 2020; Tzouvala, 2020).

Profundizando en la problemática, el ADPIC, al establecer los principios que regulan la propiedad intelectual para los países miembros de la Organización Mundial de Comercio (OMC), acentúa el discurso dominante, basado en las teorías utilitarista del trabajo, de la personalidad y de la planeación social occidentales (Menell, 1999), enfocado en una perspectiva economicista de la propiedad de carácter individual. A pesar de ser el discurso dominante, la división temática especializada del derecho internacional permite nutrir conceptos jurídicos transversales a esta división. Por esta razón, el derecho internacional de los derechos humanos se vuelve relevante para redirigir el discurso del ADPIC. En particular, la jurisprudencia interamericana ha consolidado en Latinoamérica un contrarrelato disruptivo al derecho de propiedad, ajustable a la cosmovisión general de las comunidades indígenas y tribales: la propiedad colectiva. Entre sus características más destacables se encuentra el enfoque no economicista de proteger la identidad cultural colectiva de las comunidades mediante la reivindicación de la propiedad.

No obstante, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) no ha analizado casos sobre violaciones del derecho a la propiedad intelectual derivados del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos ni la extensión del contrarrelato a este campo, lo que deja la posibilidad de establecer un nuevo contrarrelato interamericano en futuras decisiones. Sin embargo, países como Panamá, México y Colombia han tenido desarrollos que amplían este concepto a la propiedad inmaterial, lo que evidencia que el concepto de propiedad intelectual colectiva está en un progresivo desarrollo para dar respuestas a las necesidades y cosmovisiones de las comunidades indígenas, las cuales no encuentran soluciones en las teorías occidentales. Asimismo, la propiedad intelectual, como una institución jurídica de gran interés para las economías modernas, merece un análisis sobre su trasfondo racial y tercermundista.

Además, la OMC, como una de las organizaciones internacionales más influyentes en la regulación de la propiedad intelectual a nivel mundial, no contempla dentro del ADPIC ningún desarrollo conceptual relacionado con la propiedad intelectual colectiva de las comunidades indígenas y tribales, especialmente cuando en campos especializados como derechos humanos y empresa se busca que la actividad comercial cumpla con estándares sobre derechos humanos.

Al recurrir a los estudios de la TCR y a la preocupación por la relación Norte-Sur de TWAIL, se evidenciará que la falta de regulación de la propiedad intelectual de las comunidades indígenas a nivel internacional es un ejemplo de cómo la estructura racista y colonial permea el derecho internacional para continuar con la subordinación del Sur Global a los intereses del Norte Global.

Con el fin de abordar las preguntas planteadas, el presente artículo analizará el ADPIC, anexo del convenio por el que se creó la OMC en 1994, en el que se establecen las principales normas sobre propiedad intelectual en el marco del comercio internacional (Willis, 2013), a la luz del concepto de propiedad intelectual colectiva. El texto se dividirá en tres partes. La primera proporcionará una explicación sobre el racismo y su relación con los preceptos teóricos dispuestos por las TWAIL y la TCR, haciendo hincapié en sus características, aportes y limitaciones. En la segunda, se explicará el concepto de propiedad colectiva de las comunidades indígenas y tribales con base en la jurisprudencia de la Corte IDH para posteriormente analizar el desarrollo del concepto en materia de propiedad intelectual en México, Panamá y Colombia. En la tercera parte, se procederá a evidenciar cómo estos conceptos no están incluidos en el ADPIC, por medio de la exposición de sus motivos y las razones por las que las comunidades indígenas latinoamericanas son víctimas de un esquema racista e imperial. Por último se presentan las conclusiones.

1. ¿Qué es el racismo?

Parte de la problemática a evidenciar en el presente escrito surge de la relación entre los fenómenos sociales del racismo y el colonialismo. No obstante, dada la complejidad del concepto de racismo, resulta esencial presentar una definición que permita abordar las distintas aproximaciones, sin ignorar el hecho de que no existe un consenso sobre su definición, que también posibilite explicar las razones por las cuales las comunidades indígenas son grupos sociales racializados.

Delgado y Stefancic (2017) definen el racismo como “Any program or practice of discrimination, segregation, persecution, or mistreatment based on membership in a race or ethnic group” (p. 183). Por otro lado, el artículo 1. 4. de la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas Conexas de Intolerancia, define el racismo así:

Cualquier teoría, doctrina, ideología o conjunto de ideas que enuncian un vínculo causal entre las características fenotípicas o genotípicas de individuos o grupos y sus rasgos intelectuales, culturales y de personalidad, incluido el falso concepto de la superioridad racial.

El racismo da lugar a desigualdades raciales, así como a la noción de que las relaciones discriminatorias entre grupos están moral y científicamente justificadas.

Toda teoría, doctrina, ideología o conjunto de ideas racistas descritos en el presente artículo es científicamente falso, moralmente censurable y socialmente injusto, contrario a los principios fundamentales del derecho internacional, y por consiguiente perturba gravemente la paz y la seguridad internacionales y, como tal, es condenado por los Estados Partes (Organización de los Estados Americanos [OEA], 2009).

Atendiendo a la interconexión de estas definiciones, el racismo teórico lleva a prácticas racistas. De esta manera, el racismo y la discriminación van de la mano. Esto puede evidenciarse en lo dispuesto en el artículo 1. 1. de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD), la cual define discriminación racial así:

Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública (Organización de las Naciones Unidas [ONU], s. f.).

Así, el racismo es un conjunto de supuestos equivocados que vincula las características fenotípicas y genotípicas de los individuos con su capacidad de gozar de derechos, lo que determina su rol social. Esto da como resultado la legitimación de prácticas discriminatorias, segregadoras y de persecución o maltrato hacia un individuo o grupo de personas por pertenecer a una raza o grupo étnico. La distinción entre raza y etnia identificada por Delgado y Stefancic (2017) se explicará a continuación.

1. 1. El concepto de raza

Según Michael Omi y Howard Winant (2014), el concepto de raza ha adoptado diversas interpretaciones influenciadas por dimensiones religiosas, científicas, políticas y culturales, las cuales varían según el contexto temporal y espacial en el que se desarrollan; estas definiciones provienen de la ciencia social y política (Omi & Winant, 2014). Desde la perspectiva de las ciencias sociales, se exploran las visiones

de Marx y Engels, así como las derivadas de la teoría de la evolución de Darwin —darwinismo social— (Omi & Winant, 2014). Los primeros conceptualizan la raza en términos de la acumulación primitiva de recursos, una fase inicial del capitalismo moderno que se relaciona con las dinámicas del movimiento obrero en América y Gran Bretaña. Esta visión clasifica la raza según las relaciones económicas del capitalismo, una perspectiva compartida por Max Weber, Émile Durkheim (Omi & Winant, 2014), David Graeber (Chakravartty & Ferreira da Silva, 2012; Graeber, 2011) y otros (Knox, 2023; Knox & Kumar, 2023). Por otro lado, el darwinismo social adapta la teoría evolutiva de Darwin para establecer una jerarquía natural, con personas blancas en la cima (Omi & Winant, 2014).

En el ámbito político, estas bases teóricas dieron lugar a conceptos como el “ciclo de relaciones raciales”, que describe un proceso de cuatro etapas que culmina con la asimilación racial a estándares blancos. En los Estados Unidos, esto ha llevado a construcciones sociales que desvían la problemática hacia un enfoque “individualista y prejuicioso”, en lugar de abordar las estructuras racializadas que fomentan la inequidad, la geografía social y el ejercicio del poder político (Omi & Winant, 2014).

Así, la raza se presenta como un constructo social destinado a clasificar individuos según diferencias fenotípicas, como el color de piel, la textura del cabello y la forma de los ojos. Esta clasificación se conoce como “raza por esencia” (Omi & Winant, 2014). Sin embargo, también existe una comprensión de la raza como una ilusión o construcción social. Ambos adoptan una postura crítica ante estas perspectivas, argumentan que la raza no es algo arraigado en la naturaleza ni una ilusión, sino una categoría social con consecuencias definidas (Omi & Winant, 2014).

La raza puede entenderse como un conjunto inestable y descentralizado de significados sociales en constante transformación debido a luchas políticas. Aunque no esté arraigada en la biología, como categoría social tiene consecuencias sociales concretas. La racialización implica asignar significado racial a relaciones, prácticas sociales o grupos que previamente no fueron clasificados. La raza se convierte en una construcción social que influye en patrones de violencia y explotación experimentados por personas en la base de la pirámide racial, que se manifiesta materialmente en la sociedad (Omi & Winant, 2014).

1. 2. El concepto de etnia

La etnia generalmente se presenta como una forma de conceptualizar características como resultado de un fenómeno cultural (Omi & Winant, 2014). En ese sentido, la raza tiende a equipararse con identidades como la orientación sexual, de

género o religiosa. Se conceptualiza en términos de actitudes, creencias, religión, lenguaje, estilo de vida e identificación en un grupo (Omi & Winant, 2014). En este orden de ideas, desde un punto de vista étnico, la raza implica una preferencia variable y elegida por el individuo (Omi & Winant, 2014). Al ser un elemento variable, esta podría estar sujeta a cambios o adaptaciones de carácter ideológico. Por esto, muchas políticas sostienen que eliminar la diferencia racial implica asimilarse a una cultura racial-étnica, como la cultura blanca hegemónica (Omi & Winant, 2014). Este proceso resulta llamativo porque se presenta como el medio de inclusión e integración de grupos étnicos desfavorecidos, que, al renunciar a su cultura “patológica”, podrían disfrutar de un trato equivalente al del grupo dominante (Omi & Winant, 2014).

A diferencia de la asimilación, el pluralismo cultural busca preservar las identidades étnicas en los escenarios donde coexisten. No obstante, esta postura puede llevar al proyecto racial “daltónico”, que implica tratar a las personas con aparente igualdad, mientras ignora las situaciones que enfrentan los miembros de grupos racializados desfavorecidos (Omi & Winant, 2014).

En suma, el racismo se manifiesta de diversas maneras, ya sea a través del tratamiento institucionalizado desigual basado en características fenotípicas o mediante la comprensión étnica; es decir, tratando a individuos racializados según su comprensión como una variable cultural que puede ser abordada mediante la asimilación o el pluralismo cultural. En ambos casos se presentan escenarios que pueden llevar a la extinción de un grupo por su integración o a la ignorancia de fenómenos desventajosos por parte de un grupo al no considerar la raza como un elemento determinante que establece jerarquías sociales.

2. Contexto racista latinoamericano

Entendiendo las dimensiones conceptuales de raza, racismo y etnia, se abordará el contexto racista de América Latina, enfatizando la racialización de las comunidades indígenas que habitan los países que la componen. Se tomará como punto de referencia al líder indígena colombiano Manuel Quintín Lame.

En su libro: *El pensamiento del indio que se educó dentro de las selvas colombianas*, Quintín Lame escribió una guía para los indígenas colombianos que se encontraban a merced de la institucionalidad blanca dominante para que pudieran tener un “horizonte” al enfrentarse a sus abusos, relacionados con las amenazas a su titularidad sobre la tierra, reconocida mediante decretos promulgados por El Libertador —mayo 20 de 1820, Ley de 11 de octubre de 1821 y posteriormente el Decreto 2117 de diciembre 6 de 1969— (Corrales Carvajal, 2005).

Como líder indígena es reconocido por su lucha contra la expropiación permanente de las tierras indígenas por parte de los colonos rurales expansionistas, quienes establecían relaciones económicas de dominación semiesclavista (Corrales Carvajal, 2005). Gracias a su lucha, se mantuvo la legislación indigenista sobre la propiedad terrenal de los resguardos indígenas, protegidos por la Ley 89 de 1890 (aún vigente). A pesar de ser la columna vertebral de la causa indigenista en Colombia, el objeto de esta ley es “determinar la manera como deben ser gobernados los salvajes que se reduzcan a la vida civilizada” (Congreso de la República de Colombia, 1890).

La violencia institucional sufrida por el líder indígena proviene de los conquistadores españoles, quienes implantaron una clasificación racializada de subordinación de los locales indígenas y los esclavos africanos al expandir el catolicismo en América. La base de esta clasificación se encuentra en la jerarquía humana de Aristóteles. (Kendi, 2016). Esta clasificación racializada se refleja en la forma en que las ciudades coloniales americanas fueron estructuradas, a partir de binomios: un centro “letrado” y civilizado habitado por las elites españolas blancas con condiciones de vida de calidad, y una periferia que lo rodeaba, habitada por las distintas razas no europeas, como los indígenas (Catelli, 2013).

La estructura social americana se fundó en la clasificación racial de su población, que es opuesta a la postura multicultural que preconiza la “diversidad cultural como reconocimiento de una identidad diferenciada en el campo jurídico, que desemboca en la aceptación y el reconocimiento de la diversidad”. Esto no implica solamente reconocer la existencia de múltiples colores de piel, sino considerar diversas concepciones morales que varían de una cultura a otra, que merecen igual consideración para garantizar sus derechos (Ortiz Quiroga, 2013).

Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), hoy en día las comunidades indígenas constituyen el 6% de la población mundial. De ese porcentaje, el 13,1% se encuentra en el continente americano. Aproximadamente, el 80% vive en países con ingresos medios. A pesar de tener una participación laboral más alta en comparación con la población no indígena, sus condiciones laborales suelen ser más precarias, sin que necesariamente se rijan por sistemas salariales mínimos. En caso de estarlo, ganan menos que la población no indígena. Se destaca que son más propensos a trabajar en esquemas de economía informal, el 55% de la población indígena ejerce actividades productivas en el sector agrícola. Además, esta población es tres veces más propensa a estar en situación de extrema pobreza en comparación con la población no indígena (OIT, 2019). De esta manera, Latinoamérica tiene

la proporción más alta de personas indígenas en situación de pobreza extrema en el mundo, son aproximadamente el 30 % de las personas que viven en esta situación, cuando el promedio mundial está alrededor del 19 % (ort, 2019).

A este respecto, académicos latinoamericanos han expuesto las consecuencias de la estructura racializada en países del continente en diferentes escenarios que perjudican a la población indígena, como la discriminación laboral en mercados de trabajo en México (Horbath, 2008); la informalidad laboral en Ecuador y su contenido étnico-racial y de género (Rangel, 2008); la conciencia latinoamericana que relaciona la pobreza de los países de la región con la raza indígena (Mildre, 2008); la creación de espacios políticos contestatarios cuyo origen se remonta a procesos discriminatorios y de exclusión social de las comunidades indígenas en Bolivia (Arbona, 2008); la exclusión de la población indígena en procesos de paz como el guatemalteco y su relación con la pobreza (Mildre, 2008), y la relación entre el primer objetivo de desarrollo del milenio con la pobreza indígena en América Latina (Damman, 2008).

En conclusión, América Latina se encuentra estructurada bajo un esquema étnico-racial que sistemáticamente vulnera los derechos de las comunidades indígenas. Estas condiciones de vida requieren atención y un trabajo conjunto con las comunidades para revertir la injusticia social que las agobia.

3. TCR y TWAIL

Tras explicar el panorama racializado latinoamericano, se expondrán teóricamente los enfoques de TWAIL y la TCR. El objetivo es establecer la base conceptual para analizar la propiedad intelectual colectiva indígena y su tratamiento en la OMC, específicamente en relación con el ADPIC. Este análisis se llevará a cabo desde una perspectiva crítica, resaltando el contenido colonial y racial al que están expuestas las comunidades indígenas en este ámbito del derecho internacional.

3. 1. TWAIL

Este grupo crítico del derecho internacional centra sus discusiones en el estudio de las figuras jurídicas internacionales para exponer su contenido imperialista (Mutua, 2000). Lo que destaca de esta escuela es su forma de presentar críticas, cuyos objetivos son 1) deconstruir los usos del derecho internacional que perpetúan un régimen binario europeo/no-europeo; 2) construir y presentar normatividades alternativas al régimen establecido, y 3) erradicar las condiciones de subdesarrollo en el tercer mundo (Mutua, 2000).

Para lograr estos objetivos, los TWAIL hacen usos interconectados de las temáticas del derecho internacional y las respuestas creadas dentro de esas conexiones, a través de disciplinas interrelacionadas e interdependientes dentro de las relaciones norte-sur (Mickelson, 1997). Además, su análisis resalta la justicia y su relación con la moral, la ley y la ética (Mickelson, 1997). Esto implica que las críticas al esquema colonial del derecho internacional buscan revertir la estructura de dominio del Norte Global sobre el Sur Global. Así mismo, han planteado críticas históricas tanto al desarrollo de la normatividad internacional como a la creación del constructo del tercermundismo, evidenciando la forma en que se “tercermundizan” grupos sociales (Mickelson, 1997).

En este texto, se aborda el estudio de la propiedad privada como figura transversal en el establecimiento del derecho internacional. Desde una perspectiva marxista y considerando el contexto racista latinoamericano, la estructuración de la sociedad en razas obedece a dinámicas propias de la propiedad sobre los medios de producción, establecida por las potencias europeas. La clasificación de los medios de producción se ha extendido hasta el campo intelectual y ha generado un amplio rechazo por parte de los académicos de los TWAIL, quienes consideran que su concepción como norma universal ha llevado a que países no europeos la adopten como un eje del orden internacional, a través de la suscripción a tratados internacionales como el ADPIC (Mutua, 2000), alineado con un orden económico y político de liberalización promovido por la OMC, cuyo origen se remonta al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio [GATT] (Bown, 2010).

En conclusión, el aporte de los TWAIL resulta relevante porque sus objetivos permiten deconstruir el concepto de propiedad intelectual a nivel internacional para explicar por qué no se aborda desde una perspectiva colectiva. Demuestra que el racismo es una herramienta empleada por el Norte Global para subyugar económica y políticamente al Sur Global al establecer narrativas únicas. Además, la alternatividad de la normatividad de este concepto es conveniente para reconocer derechos de propiedad desde una cosmovisión común que atienda a las necesidades de las comunidades indígenas, víctimas directas del colonialismo del Norte Global. De igual forma, sus preceptos resultan idóneos para analizar conjuntamente desde el derecho, la economía, la filosofía y las ciencias sociales la injusticia de desconocer una concepción de la propiedad intelectual desde las cosmovisiones indígenas americanas.

Este ensayo puede ser el primer paso para realizar un análisis histórico de las distintas concepciones de la propiedad desde lo indígena, mediante su construcción desde la jurisprudencia de la Corte IDH y de manera individual en América.

3. 2. TCR

A pesar de las ventajas que trae analizar críticamente las instituciones coloniales que establecen la propiedad intelectual internacionalmente y la falta de desarrollo colectivo, los TWAIL no han profundizado en sus críticas respecto a las dinámicas de dominación empleadas sobre el Sur Global por parte de las potencias coloniales occidentales. En este sentido, para complementar el análisis de su enfoque se debe tener presente el contexto racial en el que se desenvuelve la propiedad intelectual colectiva.

Para abordar este aspecto, resulta pertinente vincular la TCR, una escuela filosófica del derecho surgida en los Estados Unidos. Esta teoría parte de la premisa de concebir el derecho como una estructura que jerarquiza la sociedad mediante la subordinación racial y su relación con la opresión económica (Bell, 1995). Según los académicos de la TCR, la racialización implica la manera en que una sociedad atribuye privilegio y estatus a sus individuos, que se traduce en beneficios tangibles como mejores oportunidades laborales, pertenencia a ciertos círculos sociales y acceso a determinada educación (Delgado & Stefancic, 2017).

Con el fin de desarticular y desenmascarar esta estructura racializada, la TCR utiliza la narrativa y la contranarrativa (Delgado & Stefancic, 2017) como herramientas para explicar los fenómenos bajo estudio, a menudo contrastando con la técnica objetiva de las escuelas tradicionales del derecho. Además, se vale de técnicas analíticas como el interés convergente (Bell, 1980), el revisionismo histórico (Zinn, 1995), el determinismo estructural (Peller, 2011), la crítica al liberalismo (Dudziak, 2000; Gotanda, 1991) y el binario blanco-negro (Dyson, 2016). Así mismo, aplica la teoría de la interseccionalidad (Crenshaw, 1989) y el antiesencialismo (Harris, 1990). Sus comentarios se clasifican en dos enfoques: el “nacionalista”, centrado en el desarrollo cultural racializado apartado de la concepción dominante racial, y el “asimilista”, que aboga por integrarse en el sistema y sus roles con el fin de cambiar la estructura racializada.

En resumen, la TCR tiene por objetivo desmontar las estructuras legales que legitiman la opresión racializada, por medio del abordaje de temas como la asimilación cultural, el interés convergente y la revisión histórica. Dada la instalación de la raza como herramienta y criterio de dominación en los fenómenos imperiales, resulta relevante complementar esta perspectiva con la metodología de los TWAIL. Este texto considera que existe un desinterés por parte del derecho internacional de reconocer la propiedad intelectual colectiva como un régimen con validez jurídica en estas instancias, ya que no se da un proceso de asimilación, no convergen los intereses de las razas dominantes ni dominadas, y se revisa históricamente la propiedad intelectual como institución jurídica.

4. La propiedad intelectual colectiva

Con el fin de aproximarse al concepto de propiedad colectiva de las comunidades indígenas latinoamericanas, se tomarán como referencia las sentencias de la Corte IDH que lo han estandarizado. Esto permitirá extender la definición a la propiedad intelectual, a partir de los casos específicos de México, Panamá y Colombia.

La Corte IDH resolvió el primer caso sobre la propiedad comunal en 2001: *Comunidad mayagna (sumo) awas tingni c. Nicaragua*. En esta ocasión, se abordó la obligación de Nicaragua de demarcar las tierras ancestrales de la comunidad mayagna y de evaluar las medidas efectivas para asegurar el derecho de propiedad colectiva sobre el territorio y sus recursos naturales. Esta sentencia fue crucial al interpretar extensivamente el artículo 21 de la CADH, al incluir el concepto de propiedad colectiva como punto de partida para futuras sentencias. La Corte IDH (2001) concluyó que entre los indígenas existe una tradición sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, que implica que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo.

Es relevante señalar el salvamento de voto del juez Sergio García Ramírez, donde resaltó los derechos comunitarios como la fuente y el amparo de los derechos subjetivos individuales para establecer un vínculo íntimo entre los derechos individuales y colectivos, que resulta en una idónea tutela de las personas dentro de los grupos indígenas (Corte IDH 2001). A pesar de ser una aproximación a la propiedad sobre la tierra, la Corte IDH resalta la importancia de la tierra como propiedad para la existencia de los indígenas, toda vez que por el hecho de existir, tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios. El estrecho vínculo con la tierra debe ser reconocido como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica (Corte IDH, 2001).

Esta misma perspectiva fue utilizada posteriormente en el caso *Comunidad indígena yakye axa c. Paraguay*, que amplió la protección de la propiedad colectiva a aspectos culturales, que deben ser preservados para ser transmitidos por generaciones (Corte IDH, 2005). En otro caso que concernió a Paraguay: *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, se distinguió entre la propiedad colectiva y la tradicional propiedad individual, reconociendo que la primera tiene una significación colectiva, no centrada en un individuo sino en el grupo y su comunidad (Corte IDH, 2006). Esta evolución jurisprudencial, según López Escarcena (2007), surgió de la interpretación evolutiva y *pro homine* del artículo 21 de la CADH, que destaca su carácter colectivo para preservar la identidad cultural, la vida espiritual, la integridad y la supervivencia económica.

Con relación a los casos de México, Panamá y Colombia, estos Estados han adoptado aproximaciones conceptuales similares respecto a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas en el ámbito de la propiedad intelectual, homogeneizándolo a nivel regional.

En el caso mexicano, la Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas (LFPPPCIA) estableció un marco que protege la propiedad intelectual colectiva basada en conocimientos y expresiones culturales tradicionales. Según los artículos 3 y 5 de la ley, la propiedad intelectual colectiva es un derecho real sobre el patrimonio cultural de las comunidades indígenas y afromexicanas, fundamentado en sus saberes, conocimientos, manifestaciones científicas y tecnológicas, y expresiones culturales, regido por principios de bioculturalidad, comunalidad, distribución justa y equitativa, igualdad de género, no discriminación, libre determinación y autonomía. Así mismo, establece mecanismos para evitar el uso no autorizado de elementos del patrimonio cultural, incluyendo la nulidad de actos, contratos o acuerdos sin consentimiento de la comunidad (LFPPPCIA, 2022, art. 9) y reconocimiento de la inalienabilidad, imprescriptibilidad, irrenunciabilidad y naturaleza colectiva de la propiedad (LFPPPCIA, 2022, art. 15).

En Panamá, la Ley 20 de 2000 creó el Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas, pionera en la región. Este esquema protege los derechos colectivos de propiedad intelectual y conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas sobre sus creaciones, mediante un sistema de registro, promoción y comercialización (art. 1). Aunque menos detallada que la ley mexicana, esta busca evitar el uso no autorizado de elementos culturales por terceros no indígenas y establece un sistema de promoción cultural y registro bajo la Dirección General del Registro de la Propiedad Industrial (art. 4).

En Colombia, la Corte Constitucional abordó el concepto de propiedad intelectual colectiva indígena en la Sentencia T-477-12. El caso involucró la concesión del registro de marcas relacionadas con la cultura indígena a un particular no indígena, que afectaba los derechos fundamentales de las comunidades. La Corte Constitucional (2012) destacó la necesidad de proteger el conocimiento tradicional indígena como parte de la identidad cultural y reconoció la falta de regulación específica y la inadecuación del sistema de propiedad intelectual tradicional. Aunque no estableció un sistema rígido como el de México y Panamá, la sentencia logró evitar el uso comercial indebido.

En resumen, los tres sistemas jurídicos buscan el reconocimiento de la propiedad intelectual colectiva como una forma de proteger los derechos ligados a la identidad cultural de las comunidades indígenas, ajustándose a sus cosmovisiones.

5. Aproximación a la OMC y el ADPIC

Entendida la problemática sobre la falta de concepción de un esquema de propiedad intelectual colectiva bajo las cosmovisiones indígenas americanas en el marco del derecho internacional, resulta pertinente abordar el ADPIC. Para evidenciar cómo la ausencia de esta regulación comercial obedece a una lógica de dominación neocolonial con aspectos racializados, se presentará contextualmente el papel del ADPIC dentro del esquema económico mundial en el marco de la OMC. Posteriormente, se presentarán posiciones a favor y en contra del ADPIC respecto a sus efectos en la relación Norte y Sur Global. En seguida, se presentarán dos lecturas del contenido del ADPIC, una general y otra particular, que serán contrastadas con el concepto de propiedad intelectual colectiva de las comunidades indígenas.

5.1. Generalidades y contenido del ADPIC

En términos generales, el ADPIC adquiere relevancia debido a su papel en el marco de la OMC, al presentarse como un discurso legal único que, desde 1994 como parte de la Ronda de Uruguay, se ha contrapuesto a las necesidades del Tercer Mundo y a las diversas formas de concebir lo intelectual e inmaterial desde una perspectiva legal. Walid Abdelgawad (2015) señala que, desde una perspectiva global, el ADPIC ha sido analizado en el contexto del desarrollo político-económico de un sistema capitalista y la búsqueda de los Estados Unidos y otros países desarrollados para preservar el monopolio de sus corporaciones multinacionales en la escena económica mundial, por medio de la armonización de los derechos de propiedad intelectual según sus estándares legales.

A pesar de ello, existen posiciones que consideran positiva la contribución del ADPIC a los países en vías de desarrollo. Según Amanda Jakobsson y Paul S. Segerstrom (2012), el ADPIC se traduce en más inversión extranjera directa, más innovación y bienestar del consumidor del sur considerablemente mayor a largo plazo. Aseguran que los beneficios del ADPIC son significativamente mayores que los de la liberalización comercial entre 1990 y 2005, y la protección más fuerte de la propiedad intelectual es la principal razón de este aumento masivo de la inversión extranjera directa.

Al profundizar en el contenido del ADPIC, la Oficina de Patentes de Japón identificó la estructura del anexo en un acuerdo detallado y expansivo de 73 artículos dividido en 7 partes (Japan Patent Office, 2008). La primera parte aborda provisiones generales y principios básicos, como la obligación de promulgar leyes en todas las categorías de propiedad intelectual contenidas en las secciones 1 a 7 de la segunda parte, que incluyen derechos de autor y derechos conexos, marcas, indicaciones geográficas, diseños industriales, patentes, topografías de circuitos

integrados y secretos industriales (Japan Patent Office, 2008). Asimismo, se destaca la obligación de los Estados Parte de cumplir con sus compromisos relacionados con la propiedad intelectual en tratados existentes, lo que implica el cumplimiento de las convenciones de París, Berna, Roma y el Tratado sobre el Respeto a los Circuitos Integrados (Japan Patent Office, 2008). Finalmente, la primera parte hace obligatoria la aplicación de los principios de los tratos nacional y de nación más favorecida (Japan Patent Office, 2008).

La segunda parte desarrolla estándares sobre la disponibilidad, alcance y uso de los derechos de propiedad intelectual en los siete campos mencionados anteriormente (Japan Patent Office, 2008). La tercera aborda provisiones generales sobre los procedimientos civiles y administrativos, remedios, medidas provisionales, requisitos especiales sobre medidas fronterizas y procedimientos penales (Japan Patent Office, 2008). La cuarta trata sobre adquisición y mantenimiento de los derechos de propiedad intelectual y procedimientos interpartes (Japan Patent Office, 2008). La quinta parte aborda mecanismos alternativos de resolución de conflictos (Japan Patent Office, 2008). La sexta trata sobre preparativos provisionales (Japan Patent Office, 2008), y la séptima se centra en preparativos institucionales y disposiciones finales (Japan Patent Office, 2008).

A pesar de lo anterior, ninguna disposición del ADPIC hace referencia a las comunidades indígenas ni impone restricciones a casos que les afecten. No obstante, el párrafo 3. b) del artículo 27 del ADPIC ha sido la vía mediante la cual se ha abordado esta temática, surgida de las preocupaciones de los miembros del Consejo del ADPIC sobre la omisión del acuerdo en lo que respecta al desarrollo en áreas como la agricultura, la nutrición, la salud, el medio ambiente, la transferencia tecnológica, la seguridad alimentaria, la cultura, la moralidad, la biopiratería y la extracción de valor de los conocimientos ancestrales (OMC, 2006a). Sin embargo, esta vía permite abordar más a fondo la problemática en cuestión.

5. 2. Negociaciones y discusiones en la Secretaría del Consejo del ADPIC respecto del párrafo 3. b) del artículo 27 del ADPIC

A pesar del respaldo de algunas personas al aparente escenario positivo del ADPIC, este ha sido a expensas de la perpetuación de esquemas económicos desiguales entre el Norte y el Sur Global. Esto se refleja tanto en la asimetría en el poder de negociación entre países desarrollados y en vías de desarrollo, como en la imposición exitosa de sanciones unilaterales que socavan la resistencia presentada por países en desarrollo, así como en el debilitamiento de las normas sobre competencia mediante la expansión de las protecciones conferidas por la propiedad intelectual

(Abdelgawad, 2015). Ante este escenario, resulta pertinente preguntarse si la OMC avanza en las discusiones sobre la protección de la propiedad intelectual de comunidades indígenas. Desde la entrada en vigor del Acuerdo de Marrakech el 1 de enero de 1995, el ADPIC designó al Consejo del ADPIC como el órgano encargado de discutir cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual.

Uno de los temas específicos discutidos corresponde a la biotecnología, biodiversidad y conocimientos tradicionales, en particular, el contenido del párrafo 3. b) del artículo 27, que prevé un examen para determinar la patentabilidad o no de las invenciones relacionadas con plantas y animales, y la protección de las obtenciones vegetales. Este debate se amplió mediante el párrafo 19 de la Declaración de Doha de 2001, que encarga al Consejo del ADPIC examinar la relación entre el ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica de las Naciones Unidas, para proteger los conocimientos tradicionales y el folclore (OMC, 2006b).

Según la nota de la Secretaría del Consejo del ADPIC, se identificaron varias cuestiones que surgieron en 2002, que no tienen actividad relevante desde 2011. En el marco de esta discusión participaron Estados del Norte y del Sur Global. Hasta 2006, fecha del último informe secretarial, se plantearon discusiones clasificables de la siguiente manera: 1) Cuestiones generales relativas a la protección de los conocimientos tradicionales; 2) La concesión de patentes sobre conocimientos tradicionales, y 3) El consentimiento y la participación de los beneficios (OMC, 2006b).

5. 3. Evidencia sobre la resistencia de los países del Norte Global de incluir protección a los conocimientos tradicionales en el ADPIC

Varios puntos revelan cómo este panel parece tener la intención de reconocer los derechos de propiedad intelectual a las comunidades indígenas y similares en el contexto del comercio internacional. Sin embargo, se evidencia que la resistencia mayoritaria proviene de los países del Norte Global dentro de la OMC.

En primer lugar, las discusiones se han centrado principalmente en los conocimientos tradicionales, con escasa referencia al folclore, como señala la Secretaría. Aunque el título del documento abarca ambos, gran parte de las conversaciones en el Consejo del ADPIC se enfocaron únicamente en los conocimientos tradicionales (OMC, 2006b). Es esencial destacar que algunos países latinoamericanos del Sur Global, como Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua y Perú, mencionaron expresiones culturales (OMC, 2006b). Esto sugiere que los países del Norte Global mostraron interés en mantener una estructura que no permita interferencias en el régimen de patentes y áreas relacionadas, para dejar de lado otras consideraciones. En segundo lugar, la situación actual surge por la preocupación de varios países

sobre la falta de protección de los conocimientos tradicionales y el folclore. Estos países han exigido abordar esta preocupación mediante medidas internacionales que prevengan la concesión de patentes u otros derechos de propiedad intelectual a entidades ajenas a las comunidades indígenas que originaron esos conocimientos. Además, busca evitar la utilización de dichos conocimientos sin autorización, sin participación adecuada de las comunidades y sin compartir los beneficios derivados (OMC, 2006b).

El grupo que respalda estas medidas está compuesto principalmente por Bolivia, Brasil, Indonesia, Kenia, Perú, Suiza, Venezuela, India, Ecuador, Colombia, Nicaragua, Cuba, Honduras, Paraguay, República Dominicana, Tailandia, el Grupo Africano, Pakistán y China, y aboga por ocho motivos para la regulación internacional: interés económico común, equidad, seguridad alimentaria, cultura, medio ambiente, desarrollo, coherencia entre la legislación internacional y nacional, y uso transformativo de los conocimientos tradicionales (OMC, 2006b).

5. 4. Posibles fundamentos de los países del Sur Global que apoyan la existencia de una protección de los conocimientos tradicionales en el ADPIC

De los puntos identificados anteriormente, cuatro justifican la creación de un sistema *sui generis* como la propiedad intelectual colectiva, a partir de la desconstrucción de la propiedad intelectual económica, adoptando una postura humanista. Estos fundamentos son equidad, enfoque cultural, coherencia entre legislación internacional y nacional, y uso transfronterizo de conocimientos tradicionales.

1. Equidad: Intención de la comunidad internacional de establecer un sistema equitativo para la disposición, adquisición, mantenimiento y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual. Implica no excluir *a priori* a ningún sector de la sociedad (OMC, 1999a; 1999b; 2000).
2. Enfoque cultural: Los conocimientos tradicionales de las comunidades se aplican en su vida cotidiana y, por lo tanto, forman parte de su cultura. La adopción de medidas internacionales para proteger estos conocimientos contribuiría a preservarlas (OMC, 2000).
3. Coherencia entre legislación internacional y nacional: La falta de un mecanismo internacional podría menoscabar la aplicación de las legislaciones nacionales y regionales que reconocen los derechos colectivos de las comunidades indígenas y locales sobre sus conocimientos tradicionales y folclore (OMC, 2001; 2003b; 2003a, par. 120; 2003c; 2005a; 2005b). La protección jurídica de estos

conocimientos mejora la confianza en el sistema internacional de propiedad intelectual (OMC, 2002).

4. Uso transfronterizo de los conocimientos tradicionales: Busca transparencia y previsibilidad en el sistema de protección mediante la adopción de medidas internacionales que regulen las relaciones entre entidades, personas y actividades situadas en diversos países (OMC, 2005c).

En tercer lugar, la mayoría de los países del Norte Global insisten en priorizar foros internacionales como la OMPI. Una vez que estos foros presenten soluciones, la OMC procedería a ocuparse del tema (OMC, 2006b). En contraste, los países del Sur Global consideran que la OMC debe seguir un trabajo en paralelo a los demás foros (OMC, 2006b). Destaca cómo el Norte Global, liderado por Estados Unidos y Australia, opta por postergar la discusión en el foro que regula en mayor medida las relaciones comerciales; prefiere delegar esta función a foros de carácter más político y menos económico. Por último, a lo largo de las discusiones se abordó el consentimiento y participación en los beneficios. A nivel mundial se presentan escenarios en los que se utiliza el conocimiento tradicional sin la autorización de las poblaciones o comunidades indígenas que los han originado y sin su participación adecuada en los beneficios correspondientes a dicha utilización (OMC, 2006b).

5. 5. Propuestas de protección de los conocimientos tradicionales en el marco del ADPIC

Para abordar este problema, se recopilaron cuatro propuestas: 1) La utilización del sistema de derechos de propiedad intelectual en vigor; 2) Una regulación de los modelos contractuales; 3) El establecimiento de prescripciones relativas a la divulgación de información, y 4) La creación de un sistema de protección *sui generis* (OMC, 2006b). Con relación al primero y al cuarto, ambos consisten en posturas opuestas, por ello se expondrán las posiciones y las delegaciones encargadas de presentar las propuestas. Adicionalmente, el informe secretarial menciona que las sugerencias relativas a los puntos 2 y 3 fueron abordadas en la nota recapitulativa revisada de la Secretaría sobre la relación entre el ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (IP/C/W/368/Rev.1) (OMC, 2006b), motivo por el cual solo se hará alusión a los puntos 1 y 4.

En cuanto a la utilización del sistema de propiedad intelectual vigente, las delegaciones de los Estados Unidos y Australia defendieron las virtudes del sistema de protección de propiedad intelectual imperante para proteger los conocimientos y expresiones artísticas de las comunidades indígenas, resaltando la exclusión de la

utilización de sus obras por terceros y la obtención de beneficios económicos derivados de su esfuerzo, incluso en el mercado internacional (OMC, 2006b). Para esto, presentaron ejemplos relacionados con los derechos de autor y conexos; patentes; protección de las obtenciones vegetales y modelos de utilidad; competencia desleal y secretos comerciales; diseños industriales; marcas de fábrica o de comercios y marcas de certificación, e indicaciones geográficas (OMC, 2006b).

A pesar de ser expuestas como avances, países como Brasil, Venezuela e India las consideran insuficientes para proteger los conocimientos tradicionales, por cinco razones: 1) Los derechos de propiedad intelectual protegen derechos individuales y los conocimientos tradicionales protegen derechos colectivos; 2) Los conocimientos tradicionales son intergeneracionales y se desarrollan a lo largo del tiempo, por lo que no cumplen con los requisitos de novedad, originalidad e innovación requeridos para ser protegidos por los derechos de propiedad intelectual; 3) Los conocimientos tradicionales se poseen colectivamente, por lo que se dificulta determinar quiénes son los titulares del derecho; 4) Las comunidades carecen de educación, conciencia y recursos suficientes para sacar partido de los derechos de propiedad intelectual, y 5) Las comunidades no recurren a métodos científicos, sino que proceden por tanteo a lo largo del tiempo (OMC, 2006b).

En lo que respecta a la protección de los conocimientos tradicionales mediante un sistema *sui generis*, los países que apoyan esta posición consideran:

solo un sistema de protección de los conocimientos tradicionales mediante derechos exclusivos puede garantizar que las fuerzas del mercado intervengan para generar justicia y equidad. Un planteamiento de derechos exclusivos podría proporcionar una protección *erga omnes*, en el sentido de que, si de algún modo los conocimientos se divulgan públicamente, se dispondrá de mecanismos para impedir su utilización por terceros (OMC, 2006b).

De hecho, las sugerencias propuestas por Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Perú, Tailandia, Indonesia y Brasil implican tres puntos. El primero es definir los conocimientos tradicionales, constituidos por

innovaciones, creaciones y expresiones culturales generadas o conservadas por sus actuales poseedores, que pueden ser definidos e identificados como individuos o comunidades enteras, personas naturales o jurídicas, que son sujetos de derecho. La protección de los conocimientos tradicionales debería abarcar tanto productos como servicios (OMC, 2006b).

El segundo busca compatibilizar los derechos previstos con el artículo 28 del ADPIC, es decir, conceder derechos exclusivos que impidan que terceros, sin consentimiento del titular, realicen actos de fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación del producto o proceso protegido (OMC, 2006b). Por último, estos países consideran necesaria la creación de un registro de innovaciones y reconocer al titular registrado el derecho a impugnar cualquier utilización de la innovación sin su permiso previo que para innovaciones originales y útiles podría crearse algún tipo de patente provisional (OMC, 2006b).

Adicional a la propuesta latinoamericana, el Grupo Africano propuso incluir en la creación de un sistema *sui generis* los siguientes cinco puntos: 1) Ampliación del concepto de conocimiento tradicional, el cual incluye sistemas de conocimientos, innovaciones y adaptaciones, e información y prácticas de las comunidades locales o indígenas en relación con todo tipo de medicamento o tratamiento, la agricultura, el uso y conservación del material biológico y la diversidad biológica, y cualquier otro elemento que tenga un valor económico, social, cultural, estético o de otra índole; 2) Los derechos implican respetar la voluntad y decisión de las comunidades de comercializar o no sus conocimientos; respetar y honrar cualquier carácter sagrado que atribuyan a sus conocimientos; obtener su consentimiento previo fundamentado para todo acceso a sus conocimientos y para cualquier utilización de estos que se proyecte; remunerar plenamente sus conocimientos; impedir que terceros utilicen, ofrezcan para la venta, vendan, exporten o importen sus conocimientos o todo artículo o producto en el que sus conocimientos sean un insumo, salvo que se cumplan todos los requisitos previstos en la decisión; 3) Prevaler los conocimientos sobre cualquier requisito de novedad y actividad inventiva a los efectos de las patentes y sobre el requisito de originalidad a los efectos del derecho de autor —se enfatizó en no conceder derechos de propiedad intelectual a inventores o creadores cuando utilicen los conocimientos tradicionales sin el reconocimiento debido o sin que se hayan cumplido plenamente las prescripciones del Convenio sobre la Diversidad Biológica—; 4) Exhortar a la OMC a la adopción de un programa y el establecimiento de un comité para el desarrollo y el examen de la protección de los conocimientos tradicionales, y 5) Los países deben documentar los conocimientos tradicionales en sus territorios y designar una autoridad competente que se encargue de esta actividad (OMC, 2006b).

Ahora bien, al contrastar el carácter general y particular de la propiedad intelectual contenida en el ADPIC y los paneles de discusión dentro de la OMC, con la propiedad intelectual colectiva de las comunidades indígenas americanas, se evidencia que no existe ningún tipo de noción respecto a lo que implica la propiedad intelectual

colectiva en el marco de la OMC. Los países del Norte y Sur Global que han discutido sobre la existencia de un sistema *sui generis* no hicieron referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH. De igual forma, se evidencia que el ADPIC y las discusiones que culminaron en el 2006 no obtuvieron resultados significantes. No hubo mayor desarrollado en la posteridad, dejaron en evidencia que el debate en torno a la propiedad intelectual con un enfoque indigenista en el marco de la OMC no contó con la participación de comunidades indígenas que planteen sus posturas al respecto, lo que impidió la construcción de un concepto que se ajuste a sus cosmovisiones.

Tanto el Norte como el Sur Global no abrieron espacios de discusión a las comunidades afectadas en estos foros. Aunque varios países del Sur Global insisten en hacer del ADPIC un punto de partida para establecer un régimen de propiedad intelectual indigenista, es evidente la resistencia del Norte Global, que pretende mantener el *statu quo*, postergando la discusión a través de distintas medidas, como remitir la discusión a la OMPI. Esto puede indicar la no convergencia de los intereses de las comunidades indígenas y del Norte Global.

Asimismo, es claro que el enfoque economicista del Norte Global, basado en principios de la filosofía liberal, dista del enfoque humanista del Sur Global. No obstante, esta postura humanista no ha acudido a los derechos humanos. Como ya se mencionó, la Corte IDH, mediante sus fallos, consolidó a la propiedad colectiva como una figura jurídica de relevancia internacional que puede brindar elementos complementarios para extenderlo al campo de la propiedad intelectual. Además, el contenido del ADPIC no concibe un régimen de propiedad intelectual favorable a las comunidades indígenas ni un sistema colectivo de la propiedad intelectual; este último resulta disruptivo para los intereses economicistas de los países y académicos que apoyan el ADPIC.

Conclusiones

La relación Norte-Sur Global, como continuación del colonialismo, se vale de herramientas como la racialización de la sociedad americana para construir figuras jurídicas que desconocen e imponen visiones del mundo beneficiosas para el Norte Global, establecidas en el derecho internacional. Al emplear un análisis interrelacionado entre la TCR y las TWAIL, se ha evidenciado cómo el racismo y el neocolonialismo van de la mano, y desempeñan un papel crucial en la perpetuación del poder del Norte Global en el ámbito de la propiedad intelectual.

Esta consolidación ha implicado el desconocimiento de la concepción colectiva de la propiedad indígena americana, que fue establecida en la jurisprudencia de la Corte IDH y tangencialmente discutida en paneles de la OMC. Su existencia se

presenta como un potencial punto de partida para proponer una narrativa que se oponga a la postura hegemónica del Norte Global, al replantear los parámetros del comercio internacional de bienes regidos por la propiedad intelectual en el ADPIC. Esto se lograría mediante la redefinición de instituciones jurídicas que beneficien los intereses de las poblaciones indígenas racializadas del Sur Global.

Referencias

- Abdelgawad, W. (2015). *TRIPS agreement: From minimum standards to double standards of intellectual property rights protection in north-south relations*. <https://hal.science/hal-01131407>
- Achiume, E. T., & Carbado, D. W. (2020). Critical race theory meets third world approaches to international law. *UCLA Law Review*, 67(6), 1462-1503.
- Andrews, P. E. (2000). Making room for critical race theory in international law: Some practical pointers. *Villanova Law Review*, 45, 855. https://digitalcommons.nyls.edu/fac_articles_chapters/1300
- Arbona, J. M. (2008). Eso es ser pobre e indio en este país. Repercusiones urbanas e implicaciones sociales de la discriminación y la exclusión: Lecciones de El Alto, Bolivia. En M. del C. Zabala Arguelles (Ed.), *Pobreza, exclusión social y discriminación étnico-racial en América Latina y el Caribe* (pp. 349-372). Siglo del Hombre Editores – Clacso.
- Barreto, J. M. (2018). *El proyecto de investigación*. https://icrp.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/4/2018/06/Barreto_Proyecto_TWAIL.pdf
- Bell, D. A. (1980). Brown v. Board of Education and the interest-convergence dilemma. *Harvard Law Review*, 93(3), 518-533. <https://doi.org/10.2307/1340546>
- Bell, D. A. (1995). Who's afraid of critical race theory. *University of Illinois Law Review*, (4), 893-910.
- Bourdieu, P., García Inda, A., & Bernuz Beneitez, M. J. (2001). *Poder, derecho y clases sociales (Vol. 2)*. Desclée de Brouwer Bilbao.
- Bown, C. P. (2010). *Self-enforcing trade: Developing countries and wto dispute settlement*. Rowman & Littlefield.
- Catelli, L. (2014). La ciudad letrada y los estudios coloniales: Perspectivas descoloniales desde la “ciudad real”. *Vanderbilt E-Journal of Luso-Hispanic Studies*, 9. <https://doi.org/10.15695/vejlhs.v9i0.3935>

- Chakravartty, P., & Ferreira da Silva, D. (2012). Accumulation, dispossession, and debt: The racial logic of global capitalism—An introduction. *American Quarterly*, 64(3), 361-385. <https://www.jstor.org/stable/23273527>
- Chimni. (2006). Third world approaches to international law: A manifesto. *International Community Law Review*, 8(1), 3-27. <https://doi.org/10.1163/187197306779173220>
- Colombia, Congreso de la República. Ley 89 de 1890 por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que se reduzcan a la vida civilizada (1890, noviembre 25). *Diario Oficial N° 8263*. <https://intranet.secretariajuridica.gov.co/transparencia/marco-legal/normatividad/ley-89-1890>
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-477-12 (2012, junio 25). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-477-12.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas)*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf
- Crenshaw, K. (1989). Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *University of Chicago Legal Forum*, 1989(1), 139-167. <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>
- Damman, S. (2008). La pobreza indígena en América Latina y el primer Objetivo de Desarrollo del Milenio. En M. Zabala Arguelles (Ed.), *Pobreza, exclusión social y discriminación étnico-racial en América Latina y el Caribe* (pp. 449-474). Siglo del Hombre Editores – Clacso.

- Delgado, R. (1989). Storytelling for oppositionists and others: A plea for narrative. *Michigan Law Review*, 87(8), 2411-2441. <https://doi.org/10.2307/1289308>
- Delgado, R., & Stefancic, J. (2017). *Critical race theory, fourth edition: An introduction*. NYU Press.
- Dewey, J. (2005). *Art as experience*. Penguin.
- Dewey, J. (2018). *Democracy and education an introduction to the philosophy of education*. CreateSpace Independent Publishing Platform.
- Dudziak, M. L. (2000). *Cold War civil rights: Race and the image of American democracy* (REV-Revised, Vol. 75). Princeton University Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctt7sn72>
- Dyson, M. E. (2016). *The black presidency: Barack Obama and the politics of race in America*. Houghton Mifflin Harcourt.
- Gathii, J. T. (2020). Writing race and identity in a global context: What CRT and TWAIL can learn from each other. *UCLA Law Review*, 67(6), 1610-1651.
- Gordon, R. (2000). Critical race theory and international law: Convergence and divergence. *Villanova Law Review*, 45, 827. <https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol45/iss5/1>
- Gotanda, N. (1991). A critique of "Our constitution is color-blind". *Stanford Law Review*, 44, 1-68. <https://doi.org/10.2307/1228940>
- Graeber, D. (2011). *Debt: The first 5,000 years*. Melville House.
- Harris, A. P. (1990). Race and essentialism in feminist legal theory. *Stanford Law Review*, 42(3), 581-616. <https://doi.org/10.2307/1228886>
- Horbath, J. (2008). La discriminación laboral de los indígenas en los mercados urbanos de trabajo en México: Revisión y balance de un fenómeno persistente. En M. Zabala Arguelles (Ed.), *Pobreza, exclusión social y discriminación étnico-racial en América Latina y el Caribe* (pp. 25-52). Siglo del Hombre Editores – Clacso.
- Jakobsson, A., & Segerstrom, P. S. (2012). In support of the TRIPS agreement. *Research Collection School of Economics*, 1-57. https://ink.library.smu.edu.sg/soe_research/1573

- Japan Patent Office. (2008). *Introduction to TRIPS agreement*. https://www.jpo.go.jp/e/news/kokusai/developing/training/textbook/document/index/TRIPS_Agreement.pdf
- Kendi, I. X. (2016). *Stamped from the beginning: The definitive history of racist ideas in America*. Hachette UK.
- Knox, R. (2023). International law, race, and capitalism: A Marxist perspective. *AJIL Unbound*, 117, 55-60. <https://doi.org/10.1017/aju.2023.5>
- Knox, R., & Kumar, A. (2023). Reexamining race and capitalism in the Marxist tradition – Editorial introduction. *Historical Materialism*, 31(2), 25-48. <https://doi.org/10.1163/1569206x-bja10012>
- Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas. (2022, enero 17). [D.O.F.]. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPPCPCIA.pdf>
- López Escarcena, S. (2017). Un derecho jurisprudencial. La propiedad colectiva y la Corte Interamericana. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 24(1), 133-189. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371052293005>
- Menell, P. S. (1999). Intellectual property: General theories. *Encyclopedia of Law and Economics*.
- Mickelson, K. (1997). Rhetoric and rage: Third world voices in international legal discourse. *Wisconsin International Law Journal*, 16(2), 353-420.
- Mildre, G. (2008). La conciencia crítica y los pobres. Líderes indígenas hablan sobre las causas de la pobreza en Guatemala. En M. Zabala Arguelles (Ed.), *Pobreza, exclusión social y discriminación étnico-racial en América Latina y el Caribe* (pp. 53-82). Siglo del Hombre Editores – Clacso.
- Mutua, M. (2000). What is TWAIL? *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, 94, 31-38. <https://doi.org/10.1017/S0272503700054896>
- OMC. (1999a). *Comunicación de Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua y Perú, IP/C/W/165*. <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filaname=Q:/IP/C/W165.pdf&Open=True>

- Organización Mundial del Comercio (OMC). (1999b). *Comunicación de Cuba, Honduras, Paraguay y Venezuela* IP/C/W/166. https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=71998,48668,29551&CurrentCatalogueIdIndex=2&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True
- Organización Mundial del Comercio (OMC). (2000). *IP/C/M/28*. <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S/IP/C/M28.pdf&Open=True>
- Organización Mundial del Comercio (OMC). (2001). *IP/C/M/30*. <https://docsonline.wto.org/dol2fe/Pages/SS/DirectDoc.aspx?filename=v%3A%2Fip%2Fc%2Fm30.doc&>
- Organización Mundial del Comercio (OMC). (2002). *IP/C/M/35*. <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q/IP/C/M35.pdf&Open=True>
- Organización Mundial del Comercio (OMC). (2003a). *China* IP/C/M/40. <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q/IP/C/M40.pdf&Open=True>
- Organización Mundial del Comercio (OMC). (2003b). *Comunicación de Bolivia, el Brasil, Cuba, Ecuador, la India, el Perú, la República Dominicana, Tailandia y Venezuela* IP/C/W/403. a. <https://docsonline.wto.org/dol2fe/Pages/SS/DirectDoc.aspx?filename=v%3A%2Fip%2Fc%2Fw403.doc&>
- Organización Mundial del Comercio (OMC). (2003c). *Comunicación del Grupo Africano*, IP/C/W/404. https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=77585,77859,102965,66392,47775,77543,80155,60575,57396,10009&CurrentCatalogueIdIndex=9&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True
- Organización Mundial del Comercio (OMC). (2005a). *Comunicación de Perú*, IP/C/W/447. https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=74743,70854,66392,71013,62129,56741,75819,47775,77543,71998&CurrentCatalogueIdIndex=8&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True
- Organización Mundial del Comercio (OMC). (2005b). *IP/C/M/48, párrafo 81*.

- Organización Mundial del Comercio (OMC). (2005c). *Presentación de Brasil e India*, IP/C/W/443. https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=74743,70854,75819,71998,59833,71995,86747,53409,53931,70734&CurrentCatalogueIdIndex=5&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True
- Organización Mundial del Comercio (OMC). (2006a). *Consejo ADPIC. Nota Secretarial Documento IP/C/W/369/Rev.1, revisión de 9 de marzo de 2006*. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/ipcw369r1.doc
- Organización Mundial del Comercio (OMC). (2006b). *Consejo ADPIC. Nota Secretarial IP/C/W/370/Rev.1 del 9 de marzo de 2006 “Protección de los conocimientos tradicionales y el folclore resumen de las cuestiones planteadas y de las observaciones formuladas”*. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/ipcw369r1.doc
- Omi, M., & Winant, H. (2014). *Racial formation in the United States*. Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780203076804>
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (s. f.). *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*. OHCHR. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial>
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (2009, agosto 1). *Convención Interamericana Contra El Racismo, La Discriminación Racial Y Formas Conexas De Intolerancia (A-68)*. https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo.asp
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (Ed.). (2019). *Implementing the ILO Indigenous and Tribal Peoples Convention No. 169: Towards an inclusive, sustainable and just future*. International Labour Organization.
- Ortiz Quiroga, J. A. (2013). La identidad cultural de los pueblos indígenas en el marco de la protección de los derechos humanos y los procesos de democratización en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, (30), 217-249. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3524>
- Panamá, Presidencia de la República. (2000, junio 26). Ley No. 20. *Gaceta Oficial No.24,083*. <https://mici.gob.pa/wp-content/uploads/2022/12/ley-20-2000.pdf>

- Peller, G. (2011). *Critical race consciousness: Reconsidering American ideologies of racial justice*. Routledge.
- Corrales Carvajal, M. E. (2005). Los pensamientos del indio que se educó dentro de las selvas colombianas. *Revista Colombiana de Educación*, 48, 204-213.
- Rangel, M. (2008). Discriminación étnico-racial, género e informalidad en Ecuador. En M. Zabala Arguelles (Ed.), *Pobreza, exclusión social y discriminación étnico-racial en América Latina y el Caribe* (pp. 53-82). Siglo del Hombre Editores – Clacso.
- Schmitz Vaccaro, C. (2013). Evolución de la regulación internacional de la propiedad intelectual. *Revista La Propiedad Inmaterial*, 17, 63-92. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/3580>
- Tzouvala, N. (2020). Settler colonialism, race, and the law: Why structural racism persists. *Melbourne Journal of International Law*, 21, 469.
- Willis, B. (2013). The arguments for and against the TRIPS agreement. *E-International Relations*. <https://www.e-ir.info/pdf/43793>
- Zinn, H. (1995). *A People's History of the United States, 1492-Present*. Harper Perennial.

