

## **Derechos de Propiedad Intelectual, Acceso a Recursos Genéticos y Conocimiento Tradicional<sup>1</sup>**

Por. Dr. Grethel Aguilar R.

---

Los sistemas de derechos de propiedad intelectual son derechos privados que crean un monopolio legal sobre la explotación comercial de la propiedad intelectual en un período específico de tiempo. Existen diferentes formas de DPI, como, por ejemplo, los derechos de autor, el secreto comercial, las marcas comerciales, las patentes y los derechos de obtentores de variedades vegetales<sup>2</sup>. Para efectos del presente estudio, nos interesa, un tipo de derechos de propiedad intelectual: “las patentes”, sin embargo, por su relación con el tema y la importancia práctica, nos referiremos también a los derechos de obtentores de variedades vegetales y a los secretos comerciales (estos últimos como formas de protección del conocimiento).

Los DPI son discutidos a la luz de transacciones comerciales con posibilidades de explotación comercial. Es decir, el sistema no nació para proteger, por proteger sino

---

<sup>1</sup> Documento basado en la tesis Doctoral: “Instrumentos Jurídicos para el Acceso a los Recursos Genéticos y el Conocimiento Tradicional Asociado en Territorios Indígenas”. Aguilar Grethel. Universidad de Alicante. España. Diciembre del 2000.

<sup>2</sup> El tema de los derechos de propiedad intelectual y pueblos indígenas no solo se centra en el tema relacionados con el conocimiento tradicional sobre los elementos de la diversidad biológica — siendo este el tema que nos ocupa —. Existen otros conocimientos tradicionales que merecen protección jurídica. Por ejemplo en la moda y en las pasarelas poco a poco se van imponiendo los motivos indígenas, pero sin sello o marca ajena que en nada tienen que ver con nuestros pueblos. Personas ajenas a nuestros pueblos escriben, graban y venden los cantos, leyendas y cuentos para fines comerciales sin importar el derecho de autor de los pueblos afectados. Se marginan los conocimientos de los indígenas, ricos en medicina, arte, artesanía, música literatura entre otros. Pareciere que la cultura indígena esta destinada a dar la cara folclórica a la humanidad desconociendo su verdadero valor. Al respecto ver A. López. Iniciativas para la Protección de los

dentro del ámbito económico. Así que la protección de la propiedad intelectual no es el principal estímulo de la investigación, sino la perspectiva de comercialización que se pueda tener sobre los productos<sup>3</sup>. Afirma, R. Mateo “ las relaciones económicas entre biodiversidad y propiedad industrial<sup>4</sup> aparecen sólo allí donde hay contenidos económicos explotables a través de la protección de una innovación”<sup>5</sup>.

En el ámbito del debate surgido a partir de la CDB con relación a la propiedad Intelectual, se resaltan las posibilidades limitadas de los países en desarrollo para acceder a los DPI<sup>6</sup>, a pesar de que generalmente son los países de origen de los recursos biológicos y las comunidades que poseen conocimiento tradicional<sup>7</sup>. Varios autores<sup>8</sup>

---

Derechos de los Titulares del Conocimiento Tradicional, las Poblaciones Indígenas y las Comunidades Locales. Documento OMPI, julio de 1998.

<sup>3</sup> Por ejemplo, una firma productora de medicamentos le interesa más buscar el componente activo para la cura del cáncer que para la cura de “leishmaniasis”, una enfermedad propia de las selvas de trópico y con un mercado para el medicamento pobre y reducido. Programa de Semillas. Op. cit., pág. 7.

<sup>4</sup> Cuando se habla de “propiedad industrial” es importante tener en cuenta que forma parte del concepto más amplio de “propiedad intelectual”. Así, la “propiedad industrial” no es algo tangible como una fábrica, equipos y materiales para la producción industrial, sino más bien algo intangible aunque en la mayoría de los casos de extremado valor. OMPI. Principales aspectos de la propiedad industrial. Op.cit., pág 4.

<sup>5</sup> Tratado de Derecho Ambiental. Vol. III. Op. cit., pág. 95.

<sup>6</sup> Existen fuertes y abundantes preocupaciones en relación con “poder” el poder político y financiero para usar y tomar ventaja de propiedad intelectual, para influir en el desarrollo progresivo de la legislación y políticas sobre derechos de propiedad intelectual y retar las demandas de propiedad intelectual hechas por otros. Durante la mesa redonda de la OMPI sobre propiedad intelectual y conocimiento tradicional realizada en noviembre de 1999 se afirmó “ si el conocimiento tradicional está inadecuadamente protegido y las innovaciones y el conocimiento moderno esta protegido, no es por que hay incompatibilidad en los sistemas (conocimiento tradicional y derechos de propiedad intelectual) sino por la diferencia de poderes”. OMPI, borrador de reporte de la mesa redonda sobre derechos de propiedad y conocimiento tradicional, noviembre de 1999. Pág 4,5. OMPI, borrador de reporte sobre las misiones con relación a propiedad intelectual y conocimiento tradicional. Pág 18. Julio 2000.

<sup>7</sup> Ver, J. Caillaux. Los derechos de propiedad intelectual, sus relaciones con la diversidad biológica y la protección de los derechos de los países amazonicos, especialmente de comunidades indígenas y locales sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Lima , Perú, 1996. GRAIN. Derechos de propiedad y biodiversidad: mitos económicos. Biodiversidad.No.18. Diciembre, 1998. GRAIN/GAIA. Conflictos entre los derecho

afirman que los sistemas de propiedad intelectual no llenan las expectativas de quienes tienen el conocimiento tradicional y por lo tanto lo que se debe buscar son otros sistemas de protección del conocimiento tradicional basados en derechos indígenas, sistemas comunitarios o colectivos o sistemas sui generis a los cuales nos referiremos más adelante.

Esta discusión, vista desde la perspectiva de los intereses de los pueblos indígenas<sup>9</sup> y comunidades locales, se centra en que el esfuerzo intelectual (“conocimiento tradicional”) de estas poblaciones no puede ser reconocido por medio de una patente, secreto comercial, derechos de autor o derechos de obtentor. Mientras tanto, el conocimiento moderno basado en los métodos científicos puede ser y es reconocido por estos instrumentos jurídicos de protección. Esto sitúa a los pueblos indígenas y las comunidades locales en una situación de desventaja, poniendo su conocimiento tradicional en peligro de ser monopolizado o privatizado, una vez que ha sido adquirido

---

de propiedad intelectual de la OMC y la gestión sostenible de la biodiversidad. Abril, 1998. M. Ruiz. Entre el acceso a los recursos genéticos, los derechos de propiedad intelectual y la protección de los conocimientos tradicionales de comunidades indígenas y locales. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Octubre de 1997.

<sup>8</sup> D. Posey indica que muchas veces se asume que los derechos de propiedad intelectual son la única forma de garantizar la protección del conocimiento tradicional y asegurar la distribución equitativa de beneficios; sin embargo existen grandes dificultades en aplicar las leyes de derechos de propiedad intelectual: son costosos, complicados, objeto de manipulación por intereses económicos, se refieren a sistemas occidentales de tenencia y acceso, son dirigidos a beneficiar por medio del otorgamiento de derechos individuales y no colectivos “pueblos indígenas”. Ver D.Posey. Traditional Resources Rights. IUCN, 1996. Pág 13 a 16.

<sup>9</sup> Sin embargo, existen otros puntos de vista, como la de los defensores de los sistemas de DPI que dicen “que los sistemas de DPI no fueron diseñados para contribuir a recompensas equitativas por una amplia gama de esfuerzos o actividades o por actividades realizadas en un pasado lejano. Estos sistemas no están diseñados para crear derechos de propiedad u otorgar recompensas económicas a las poblaciones actuales a cambio de inventos o de esfuerzos de conservación por parte de sus ancestros en generaciones pasadas. Por el contrario, los sistemas de DPI, con el propósito de limitar las concentraciones de poder económico, han sido concebidos

por quienes, con el uso de la tecnología moderna, generan nuevos productos susceptibles de ser utilizados comercialmente.

Se pueden identificar tres formas específicas de concebir los derechos de propiedad intelectual<sup>10</sup>:

1. Basados en la compensación o distribución equitativa.
2. Basados en el reconocimiento de derechos de propiedad intelectual ya existentes.
3. Basados en un sistema sui generis de protección.

Los basados en la compensación o distribución equitativa presuponen que se realizarán contratos o acuerdos comerciales en donde se negocian los derechos sobre patentes, utilización de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales. Se utiliza el término “compensación” que no es igual al de “distribución equitativa”, ya que muchas veces lo que se logra es una compensación, más que un acuerdo equitativo. La distribución de beneficios queda a libre negociación de las partes.

La segunda forma, que es la basada en formas de derechos de propiedad intelectual ya existentes, hace alusión al reconocimiento de los derechos privados sobre productos o procesos; tal es el caso de las patentes o certificados del obtentor. Además, estos derechos, en algunas ocasiones, incluyen el uso de conocimientos tradicionales generalmente no autorizados.

---

específicamente para conferir derechos de propiedad pero por un tiempo limitado”. Documento

Finalmente, están los basados en la propuesta de protección de los recursos biológicos y conocimientos tradicionales con un derecho de propiedad intelectual sui géneris<sup>11</sup>, sujetos al artículo 27 (3.b) de los ADPIC o TRIPs<sup>12</sup>.

También existen tres tipos de propiedad intelectual claramente definidos, que son vinculantes a la Convención sobre la diversidad biológica:

- DPI que se derivan de la utilización de los recursos genéticos.
- DPI relativos a tecnologías transferibles<sup>13</sup>.
- DPI de comunidades indígenas y locales sobre los productos de su esfuerzo Intelectual.

Para efectos del presente trabajo, nos referiremos únicamente a los derechos en el marco de CBD que se derivan de la utilización de los recursos genéticos y los que pueden versar sobre la utilización del conocimiento tradicional. Estos derechos basados en el concepto indígena de propiedad no son separables entre sí, ya que el conocimiento versa sobre los recursos genéticos.

---

UNEP/CBD/COP/3/22, op. cit., pág. 16.

<sup>10</sup> Al respecto, ver G. Vélez op. cit., pág. 12.

<sup>11</sup> Ver, C. Montecinos. Sui Géneris, a dead end alley. Revista, Seedling Vol.13 número,4. Diciembre 1996.

<sup>12</sup> Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionado con el Comercio <sup>12</sup>, conocido como ADPIC o TRIPs -Trade Related Intellectual Property Rights-.

<sup>13</sup> Ver, D. Alexander. Some themes in intellectual property and the environment. Intellectual Property and Environment. Vol.2, number 2. Cambridge, UK. 1993.

#### 4. El Acuerdo ADPIC, conocido como TRIPS

El Acuerdo<sup>14</sup> sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionado con el Comercio<sup>15</sup>, conocido como ADPIC o TRIPS<sup>16</sup> — Trade Related Intellectual Property Rights — establece reglas mínimas para ser adoptadas e implementadas a nivel nacional por 135 estados miembros. Impone derechos de propiedad intelectual privados. Su objetivo principal es implementar lineamientos universales mínimos de aplicación general en todos los países miembros para la protección de los derechos de propiedad intelectual<sup>17</sup>.

Son establecidos con base en el argumento<sup>18</sup>, debatido en la última ronda de negociaciones del GATT, — la cuál duro ocho años para concluir (1986-1994) y que

---

<sup>14</sup> Fue adoptado en Marrakesh, Marruecos, el 15 de abril de 1994. Entró en vigor en 1995.

<sup>15</sup> C. Vicente. Biodiversidad y Plantas Medicinales. “Las cláusulas sobre derechos de propiedad intelectual relacionados con el Comercio ADPIC, incluidos en la Ronda de Uruguay del GATT, significan, de hecho, permitir a las compañías transnacionales apropiarse de conocimientos ancestrales de nuestros pueblos”.

<sup>16</sup> V. Shiva El Acuerdo sobre ADPIC del GATT puede transformarse en la herramienta más poderosa para la colonización final de la biodiversidad y de los diferentes sistemas de conocimiento autónomo.

<sup>17</sup> Ver, World Wide Fund for Nature. International discussion paper. The UN Biodiversity Convention and the WTO, TRIPS agreement. Gland, Suiza. Junio, 1995.

<sup>18</sup> También debe verse que, durante las negociaciones de este acuerdo, los países en vías de desarrollo veían la iniciativa de países desarrollados como una peligrosa tentativa de coartar su libertad y soberanía en un tema tan delicado como el de la propiedad intelectual, donde los objetivos nacionales y el interés público son de crucial importancia. Que los beneficios se han distribuido de manera muy desigual entre los miembros de la comunidad internacional. Por ello es injusto pretender una regulación uniforme dirigida a destinatarios de diferentes estudios económicos. Sin embargo, a pesar de esta posición, se produjo un profundo giro en las posiciones de los países, no se sabe si debido a una causa coyuntural o estructural. Se suponen varias posibilidades, como mediación del costo de oportunidad de no negociar, que podría conllevar el aumento de las sanciones multilaterales. Ver Cabrera Jorge. Propiedad Intelectual, Ronda de Uruguay y Transferencia de Tecnología. Pág . 130 a 132.

termino con el establecimiento de la OMC —, de que la ausencia de derechos de propiedad intelectual estrictos en los países en desarrollo<sup>19</sup> constituía una distorsión comercial, que constaba a los países industrializados del orden de 200.000 millones de dólares de pérdidas al año por regalías no percibidas. En este sentido, el ADPIC vino a ajustar la normativa de DPI para que puedan ser aplicados universalmente<sup>20</sup> — para el caso que nos ocupa — a los organismos biológicos que son utilizados para la creación de productos farmacéuticos<sup>21</sup>. En él estipula que, si bien los países pueden excluir plantas o animales de sus leyes de patentes, las variedades vegetales deben estar sujetas a los derechos de propiedad intelectual por medio de patentes o de un sistema sui géneris.

Según el artículo 27 (1), “las patentes podrán obtenerse para todas las invenciones<sup>22</sup>, sean de productos o de procedimientos<sup>23</sup> en todos los campos de la tecnología, siempre

---

<sup>19</sup> Los países en desarrollo han indicado que los derechos de propiedad industrial, debían funcionar a escala nacional, ya que su aplicación internacional contribuiría a congelar la desigualdad, por lo que su implementación generalizada debería aplazarse hasta que se consiguiese una cierta aproximación entre las condiciones económicas e industriales. Esta discusión parece superada tras los denominados acuerdos TRIP. R. Mateo. Tratado de Derecho Ambiental. Vol.III. Op. cit., pág. 94.

<sup>20</sup> Los ADPIC facilitan a los dueños de corporaciones un monopolio sobre los recursos del sur y pueden forzar a los países en desarrollo a pagar regalías a dueños de estas patentes. La biodiversidad que ha sido de libre acceso a comunidades, esta siendo reducida a una comodidad privada para ser usada por un individuo o cooperación para crear sus propios beneficios económicos. R. Wynberg. Op. cit., pág. 5.

<sup>21</sup> GRAIN/GAIA. Conflictos, comercio global y biodiversidad. Págs. 4, 5.

<sup>22</sup> Una invención es una idea nueva que permite en la práctica la solución de un problema determinado en la esfera de la técnica. En la mayoría de las legislaciones relativas a las invenciones, la idea, para ser susceptible de protección legal (ser patentable), tiene que ser nueva en el sentido de que no ha sido publicada o utilizada públicamente; no debe ser evidente, o sea, que no se le ocurra a cualquier especialista del campo industrial correspondiente al que se le pida que resuelva ese problema determinado; y tiene que ser aplicable en la industria, o sea, que se pueda fabricar o utilizar industrialmente. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Introducción a las Patentes, Modelos de Utilidad, Dibujos y Modelos Industriales, Indicaciones Geográficas y Marcas. Mesa Redonda sobre Propiedad Intelectual y pueblos indígenas. Ginebra, 23 y 24 de julio de 1998.

que sean nuevas<sup>24</sup>, entrañen una actividad inventiva<sup>25</sup> y sean susceptibles de aplicación industrial<sup>26</sup>. Por ejemplo, basado en este artículo los países del Pacto Andino han definido<sup>27</sup> que: “Los Países Miembros otorgarán patentes para las invenciones, sean de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas<sup>28</sup>, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial<sup>29</sup>.”

Vale la pena dar un vistazo a lo que está pasando en los planos nacionales, en relación a las “invenciones” y las leyes de biodiversidad propuestas. El primer borrador de la Ley

---

<sup>23</sup> Los derechos conferidos al titular de la patente varían según se trate de una patente de producto o de proceso. En el primer caso, consistirían en impedir que terceros, sin el consentimiento del titular, realicen actos de fabricación, utilización, oferta para la venta o importación para fines del producto. En cuanto a los segundos, impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen el acto de utilización del procedimiento y los actos de utilización, oferta para la venta, importación para estos fines de, por lo menos, el producto obtenido directamente por medio del procedimiento. En ambos casos se asegura la libre sensibilidad y licenciamiento de la patente, Artículo 28 ADPIC.

<sup>24</sup> El requisito de novedad es imposible de cumplir por parte de los pueblos indígenas, ya que los conocimientos y prácticas ya han sido comercializadas consuetudinariamente entre las mismas comunidades a lo largo de los años.

<sup>25</sup> Resulta difícil determinar un único inventor o titular del invento. Estos se encuentran difundidos y utilizados por muchas comunidades.

<sup>26</sup> No se puede garantizar una aplicación industrial inmediata, generalmente necesitan adecuaciones.

<sup>27</sup> Artículo 14, Decisión 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial, del 14 de setiembre del 2000.

<sup>28</sup> Una invención se considerará nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica. El estado de la técnica comprenderá todo lo que haya sido accesible al público por una descripción escrita u oral, utilización, comercialización o cualquier otro medio antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida. Sólo para el efecto de la determinación de la novedad, también se considerará dentro del estado de la técnica, el contenido de una solicitud de patente en trámite ante la oficina nacional competente, cuya fecha de presentación o de prioridad fuese anterior a la fecha de presentación o de prioridad de la solicitud de patente que se estuviese examinando, siempre que dicho contenido esté incluido en la solicitud de fecha anterior cuando ella se publique o hubiese transcurrido el plazo previsto en el artículo 40. Artículo 16, Decisión 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Países del Pacto Andino.

<sup>29</sup> La Decisión 344, — suplantada por la Decisión 486 — de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, referida a un régimen común de propiedad industrial, indicaba que son patentables las invenciones, productos o procesos, en todos los campos de la tecnología, siempre que resulten nuevos, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial.

de Biodiversidad de Costa Rica<sup>30</sup>, en un inicio, definía a la innovación como “cualquier conocimiento o tecnología de uso, propiedades valores o procesos, bien sean individuales o colectivos y acumulativos, de cualquier recurso biológico que le añadan un uso o valor mejorado como resultado de dicho conocimiento o tecnología, sea este documentado, anotado oral, escrito, o por cualquier otro medio posible de archivo e información. Incluye cualquier alteración, modificación y mejora que se haga del recurso, así como derivados que utilizan y mejora que se haga del recurso, así como derivados que utilizan el conocimiento de individuos, grupos o comunidades locales con fines de comercialización del producto”.

La Ley de Biodiversidad<sup>31</sup> de este país, sin embargo, incorporó otra definición al indicar que “innovación” es “cualquier conocimiento que añada un uso o valor mejorado a la tecnología, las propiedades, los valores y los proceso de cualquier recurso”.

El borrador de Ley de Biodiversidad de Nicaragua<sup>32</sup> define como “innovación” cualquier conocimiento o tecnología de uso, propiedades, valores y procesos, bien sean individuales o colectivos y acumulativos de cualquier recurso biológico o genético que le añada uso o valor mejorado como resultado de dicho conocimiento o tecnologías de comunidades locales y pueblos indígenas”.

Si hacemos una comparación de estas tres propuestas, se puede ver cómo, sobre todo en los dos borradores de ley, se dispone que las actividades de las comunidades indígenas

---

<sup>30</sup> Artículo 11.

pueden ser consideradas dentro de la categoría de “innovación”. En el borrador de la Ley de Biodiversidad de Costa Rica se reconocía la posibilidad de guardar el conocimiento en forma oral, forma en que la mayoría de las comunidades indígenas guardan su conocimiento. El borrador de Ley de Nicaragua expresamente hace referencia a las comunidades indígenas y locales . Otro rasgo importante es que las definiciones de ambos borradores reconocen que estos conocimientos o tecnologías no tiene que ser necesariamente individuales, reconociendo la existencia de un conocimiento colectivo. Al reconocer la innovación informal que no requiere obligatoriamente rigurosidad científica y al reconocer que el conocimiento y, por lo tanto la titularidad de la innovación puede ser colectiva.

La primera definición, en el caso de Costa Rica, fue variada; sin embargo, la Ley de Biodiversidad en su artículo siete, como ya se señaló, utiliza las palabras “cualquier conocimiento”, y en su artículo 77 define que el Estado reconoce la existencia y la validez de formas de conocimiento e innovación y la necesidad de protegerlo. También establece los derechos colectivos sui géneris, así como la posibilidad de un registro de conocimientos. No obstante, deja sin establecer la posibilidad de protección intelectual de este conocimiento, ya que no da la posibilidad para que este tipo de innovaciones informales puedan entrar en los Registros de Propiedad Intelectual del país. A diferencia, en el caso de Nicaragua se indica que el Registro de Propiedad Industrial del país establecerá un registro de derechos de propiedad sui géneris para la tutela de conocimientos, prácticas he innovaciones de las comunidades locales e indígenas.

---

<sup>31</sup> Artículo 7.

En Costa Rica<sup>33</sup>, no se crea la posibilidad de registrar dentro de los sistemas de propiedad intelectual, sino que se crea un registro dentro de la oficina técnica de la Comisión de Biodiversidad que obligaría a no reconocer derechos intelectuales o industriales sobre este conocimiento, aun en los casos en que el conocimiento no se registre si la denegación está bien fundamentada. También se prevé la obligación de que el receptor deba presentar un certificado de origen del recurso y un consentimiento fundamentado previo antes de que se otorgue un derecho de propiedad intelectual o industrial a las innovaciones que involucren elementos de la biodiversidad. También la obligación de los Registros de Propiedad Intelectual y Industrial de consultar a la Oficina de la Comisión de Biodiversidad.

El borrador de la Ley de Biodiversidad de Nicaragua indica que la concesión de derechos de propiedad intelectual no deberán impedir la utilización o comercialización de recursos biológicos o genéticos, propiedad de las comunidades locales y los pueblos indígenas<sup>34</sup>. En este caso, aunque se demuestren los requisitos de nuevo, inventivo y de aplicación industrial, existiría una imposibilidad de registrar si se comprueba que afectan a las comunidades en su derecho uso y disfrute del bien. Según este borrador de ley, — como

---

<sup>32</sup> Artículo 10.

<sup>33</sup> Ver, R. Salazar, J.Cabrera. Derechos de propiedad intelectual en Costa Rica a la luz del Convenio sobre la diversidad biológica. Journal of Ethnopharmacology. ELSIVIER, 1996.

<sup>34</sup> El registro de propiedad industrial y las autoridades competentes antes de otorgar derechos de propiedad intelectual o industrial sobre productos o procesos que impliquen el uso de recursos genéticos y sus componentes intangibles, exigirán la demostración de las condiciones de acceso. La falta de cumplimiento, falsedad o inexactitud en la información traerá consigo la denegatoria de la solicitud, la anulación o cancelación del registro, sin perjuicio de las sanciones civiles o penales. Ver, artículo 62 del proyecto de ley.

ya hemos afirmado con anterioridad — las comunidades podrían inscribir<sup>35</sup> sus propios derechos en el Registro de Propiedad Industrial con la categoría de derechos sui géneris; para la tutela de los conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas queda por definir sus alcances<sup>36</sup>. En todo caso, tendremos que esperar a que el contenido de estos proyectos de ley y leyes novedosas se ponga en práctica por algún tiempo para poder medir sus verdaderas implicaciones.

Tal y como están las cosas, podríamos afirmar que la protección de la propiedad intelectual de los conocimientos, innovaciones o prácticas de los pueblos indígenas no encuentran lugar en el ADPIC; de hecho, estamos aceptando que el único conocimiento válido es el generado en laboratorios, y este puede ser patentado<sup>37</sup>. Los conocimientos, prácticas e innovaciones de las comunidades indígenas no podrían cumplir con estas

---

<sup>35</sup> El registro es facultativo y no obligatorio, confidencial y no está permitido su acceso a terceros sin autorización del titular del registro. Artículo 57, del borrador de Ley.

<sup>36</sup> Resulta también interesante lo contemplado en el borrador de Ley de Diversidad Biológica de Venezuela en el sentido de que no contiene una definición de innovación y más bien va en línea con el contenido de la Decisión 486 Régimen Común sobre Propiedad Industrial, con el ADPIC y UPOV. También indica que otorgará certificados del obtentor sobre variedades vegetales. Estipula en sus artículos 101,102 la obligación del Instituto Nacional de Diversidad Biológica de atender los derechos de las comunidades indígenas sobre sus derechos colectivos relacionados con la biodiversidad y la necesidad de proteger el conocimiento tradicional, para lo cuál gestionará recursos financieros que ayuden a establecer un programa de protección del conocimiento tradicional entre otros. Nótese que a pesar de que se hacen una serie de reconocimientos, incluso la ley contempla un Capítulo III, denominado “De la conservación de la diversidad cultural” no sea crea un mecanismo concreto por el cual los pueblos indígenas podrían obtener una distribución justa y equitativa de los beneficios de la utilización de sus recursos y del conocimiento asociado.

<sup>37</sup> G. Vélez. Alternativas a los sistemas dominantes de propiedad intelectual. Revista Biodiversidad. GRAIN. Julio de 1995. Ian Walden. Intellectual Property in Genetic Sequences. Vol. 2, number 2. Cambridge. 1993. Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica. El impacto de los sistemas de los derechos de propiedad intelectual sobre la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y sobre el compartir equitativo de los beneficios de su uso. Argentina, 1996.

categorías, por lo que difícilmente podrían ser patentadas<sup>38</sup>. A pesar de esta situación, el ADPIC<sup>39</sup> se puso en práctica en los países del norte en 1996, los países del Sur tienen tiempo hasta el año 2000, y los países menos desarrollados deben aplicar leyes para el 2006. Su incumplimiento puede dar lugar a sanciones comerciales<sup>40</sup>.

Existen otros aspectos de los ADPIC que deben llamar la atención de los estados y, en particular, de los pueblos indígenas. Por ejemplo, se da la conversión de la carga de la prueba, lo que apunta a que el demandado sea quien tiene que probar que el procedimiento para obtener un producto es diferente del patentado<sup>41</sup>. Esto indica que es tarea del dueño de un derecho de propiedad intelectual que este se implemente, y esta no es tarea del Gobierno. Debe identificar los infractores y demandar la parte que está infringiendo su derecho. Para los pueblos indígenas es difícil poder tener este tipo de control o tener los medios para realizar tales demandas. Por otro lado, la protección que se le da a la patente no expedirá hasta transcurrido un período de 20 años<sup>42</sup>, no impidiéndose que se dé por un mayor plazo<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> Ciertamente, la aceptación general es que los derechos de certificados del obtentor y el sistema de patentes están generando una situación en donde solo un sistema de innovación es susceptible (el “moderno” o el sistema de innovación científica) de ser reconocido y el más importante protegido. Esta situación también levanta el argumento de que los otros sistemas de innovación necesitan ser protegidos. M. Ruiz, 1999.

<sup>39</sup> Obliga a 134 países miembros a conceder derechos de propiedad intelectual sobre variedades vegetales. GRAIN. Derechos de propiedad intelectual y biodiversidad, mitos económicos. Revista Biodiversidad Número.18, diciembre de 1998. Pág. 29.

<sup>40</sup> *Ibidem*, Págs. 31 y 32. También en este documento, el título Sanciones Comerciales.

<sup>41</sup> Artículo 34, ADPIC.

<sup>42</sup> Ver, Baker & McKenzie. Patents: case law arising from introduction of the new patent law. Latin American Legal Developments Bulletin. Vol.7, No.4. Octubre 1999.

<sup>43</sup> Artículo 33, ADPIC.

Estas dos situaciones ponen a los países en vías de desarrollo, una vez otorgada la patente, en total desventaja. Por un lado, la patente puede ser otorgada por largos períodos, y por el otro, no se puede reproducir el medicamento aunque se tengan los recursos biológicos que se utilizan como base de la invención. Esto me lleva a cuestionar que, si se descubriera la cura del cáncer o del SIDA con base en un recurso genético proveniente de América Latina que ha sido reconocido por medio del conocimiento tradicional de pueblos indígenas y fuera, a su vez, patentado por una empresa farmacéutica Norteamérica, prácticamente jamás podríamos reproducir tal cura. No obstante tengamos los recursos, probablemente el precio del medicamento no sea accesible a un gran número de personas en Latinoamérica debido a sus elevados costos. Hipotético o no, ya esto ha pasado con algunos medicamentos, razón fundamental para buscar la distribución justa y equitativa de los beneficios que se obtengan cuando la materia prima sale de los países en vías de desarrollo<sup>44</sup>.

Otra forma de proteger la propiedad intelectual son los llamados certificados del obtentor, relativos a las invenciones producidas a partir del mejoramiento fitogenético a los que nos referimos en la sección denominada “Recursos fitogenéticos”.

---

<sup>44</sup> Como resultado de la aprobación del ADPIC muchos países en desarrollo han aceptado la obligación de imponer medidas estrictas de derechos de protección intelectual como un medio para promover el comercio internacional. Se ha argumentado que la biodiversidad y el conocimiento tradicional asociado con esta, utilizado en forma sustentable, son una ventaja comparativa de los países en vías de desarrollo que son “ricos en biodiversidad”, permitiéndoles participar más efectivamente en los mercados globales. La protección del conocimiento tradicional en ámbito nacional e internacional podría ser visto como una potencial y valiosa herramienta para avanzar en la integración de los países desarrollados y en desarrollo en la economía global. WIPO, Op. cit., pág 6.

Toda esta situación ha culminado en que los DPI ignoran la fuente del recursos genético, la contribución de este al producto final y restringen el acceso a quienes han facilitado la invención por medio de su conocimiento tradicional. Paralelamente, las tendencias del comercio internacional y del mercado global nos llevan a admitir que, tal y como se han desarrollado las cosas, los mayores beneficios económicos los obtendrán quienes tengan los derecho de propiedad intelectual. Sería, pues, una utopía pensar que no nos debemos involucrar en la negociación sobre los recursos biológicos y el conocimiento tradicional asociado a los derechos de propiedad intelectual.

**a) ADPIC (TRIPs) . Un sistema sui géneris**

En la actualidad existe una fuerte corriente para que, separado del Sistema de Propiedad Intelectual existente, sea diseñado un sistema sui géneris<sup>45</sup> para proteger el conocimiento tradicional asociado al acceso a recursos genéticos. Por ejemplo, *derechos sobre recursos tradicionales o derechos intelectuales comunitarios*. El sistema sui géneris<sup>46</sup> está contenido dentro del artículo 27.3b de los TRIPs que establece lo siguiente :

Los miembros podrán excluir<sup>47</sup> asimismo de la patentabilidad:

---

<sup>45</sup> La palabras latinas “sui géneris” quieren decir “de su genero”; “único en su género o especie”.

<sup>46</sup> Según D. Leskien y Michael Flitner los mínimos requerimientos para que un país pueda cumplir con un sistema sui géneris cumpliendo con ADIPC son: 1) dotar de un derecho de propiedad intelectual; 2) tener las mismas ventajas para nacionales y no nacionales; 3) proveer de las mismas ventajas a todos los miembros de la OMC; 4) cubrir las obtenciones vegetales de todas las especies; 5) permitir acciones contra infractores.

<sup>47</sup> Existen tres excepciones de “exclusión” en el ADPIC a saber:

Artículo 27.2 . Los países pueden excluir de la patentabilidad invenciones que puedan alterar el orden público o la moral.

b. Las plantas y los animales, excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los miembros *otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz sui generis<sup>48</sup> o mediante una combinación de aquellas y éste<sup>49</sup>*. Las disposiciones del presente apartado serán objeto de revisión cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.

Sobre este particular, hay quienes ven esta propuesta como una verdadera amenaza a las comunidades locales y pueblos indígenas porque se van a monopolizar recursos comunes sobre los cuales se han mantenido las costumbres de compartir semillas e innovaciones (Posey y Dutifield 1996). Existen los de la opinión de que debe eliminarse por completo la obligación de dar derechos de propiedad intelectual sobre variedades vegetales, en virtud de los derechos de las comunidades locales y pueblos indígenas que tienen derecho a conservar sus recursos. También que ningún estado debería estar obligado<sup>50</sup> a privatizar

---

Artículo 27.3 (a). Los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de seres humanos o animales.

Artículo 27.3 (b). Las plantas y los animales, excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos.

<sup>48</sup> Se ha dicho que, cuando se escribió el ADPIC, lo que se tenía en mente con *sui generis* eran los derechos del obtendor establecidos en el Convenio Internacional para la Protección de la Obtenciones Vegetales. Ver Suikkari, Effectiveness Multilateral Environmental Agreements. University of Finland. 1995.

<sup>49</sup> La letra *itálica y negrita* no es del texto original.

<sup>50</sup> Fue Estados Unidos que abogó por la inclusión de este artículo bajo presión de la industria farmacéutica. Los países en desarrollo indicaron que las diferentes economías necesitaban diversas herramientas para estimular la innovación y que el imponer reglas uniformes para proteger los monopolios en forma de derechos de propiedad intelectual beneficiaría más a

dichos recursos por medio de derechos de propiedad intelectual<sup>51</sup>. Se piensa que los ADPIC constituyen un disposición absolutamente inadecuada para establecer nueva normativa sobre derechos a la biodiversidad. Piensan incluso que la opción de conceder sistemas sui géneris de derechos sobre los recursos se entiende cada vez más como una trampa<sup>52</sup>.

Por otro lado, al indicar que los miembros otorgarán protección a “todas” las obtenciones vegetales por medio de patentes o un sistema “eficaz” sui géneris, cabe la duda de cuál es la interpretación que se da a “eficaz”<sup>53</sup>; la otra pregunta es si todas las variedades vegetales incluyen las desarrolladas por pueblos indígenas.

Ninguna de estas preguntas tiene una respuesta definitiva. Para algunos<sup>54</sup>, el único sistema eficaz es el considerado por el convenio UPOV<sup>55</sup>, y la palabra “todas” incorpora las obtenciones vegetales desarrolladas tradicionalmente por pueblos indígenas y

---

multinacionales extranjeras que a sus propias industrias. GRAIN. For a Full Review of TRIPS 27.3 (b). Op. cit., pág 2

<sup>51</sup> GRAIN. Revista Número 18, op. cit., pág. 30.

<sup>52</sup> GRAIN/GAIA. Conflictos entre comercio global y biodiversidad. Op. cit., pág. 7.

<sup>53</sup> El significado exacto de esta palabra no se sabrá hasta que termine la revisión en el seno de la OMC del artículo 27.3 (b). Algunos expertos sin embargo han expresado sus consideraciones: para Leskien y Flitner un sistema eficaz sui géneris sería una que simplemente diera remuneración al obtentor de la variedad vegetal. Para “the international breeders association for asexually-reproduced plants” un eficaz sistema sui géneris es que da una protección similar a una patente. GRAIN. Trips versus Biodiversity. Op. cit., pág 6.

<sup>54</sup> Ver J.Caillaux . Los derechos de propiedad intelectual sus relaciones con la diversidad biológica y la protección de los derechos de los países amazónicos, especialmente de comunidades indígenas y locales sobre sus conocimientos innovaciones y prácticas. Pág. 17.

<sup>55</sup> La Unión para la Protección de Nuevas Variedades Vegetales (UPOV) es un grupo de 40 países que aplican este tipo de leyes dentro de un marco común: El Convenio UPOV. Las variedades vegetales en el sistema de la UPOV están destinadas a fomentar una agricultura industrializada y genéticamente uniforme. Esto concuerda con la concepción de la OMC de obtener las ganancias económicas máximas del comercio; pero es totalmente opuesto a las premisas de la agricultura

comunidades locales que no responden al ámbito del Convenio UPOV. Falla el artículo 27 (3.b) del ADPIC en reconocer las formas tradicionales e innovación.

Una segunda línea de pensamiento es aquella que indica que un sistema de derechos sui géneris son compatibles con el artículo 11 de la CDB en el tanto se llama a las Partes a adoptar medidas económicas y socialmente idóneas que actúen como incentivos para la conservación y la utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica. Aquí se persigue la idea de un sistema legal especial que provea incentivos económicos a los responsables de preservar la diversidad biológica<sup>56</sup>. Sin embargo, a nuestro parecer, no hay nada más lejos de la realidad que ver el derecho a distribución justa y equitativa como un incentivo. Lo que se persigue, finalmente, con un sistema sui géneris es la protección de los derechos para asegurar beneficios equitativos no solo para dar un premio a quienes protegen los recursos.

En otra línea de pensamiento, se considera que este artículo podría ser una oportunidad para desarrollar un sistema *sui géneris* que introduzca la protección de recursos tradicionales en las negociaciones de la Organización Mundial del Comercio (WTO), y desde allí, convertirse en un verdadero foco de atención y de acción (Posey 96).

Es decir el artículo abre una ventana cuando plantea la posibilidad de crear un sistema sui géneris. Al respecto, también el artículo primero de los ADPIC establece que los países pueden ampliar el ámbito de protección más allá de lo establecido en el propio

---

sustentable y los objetivos de la CDB sobre protección del medio ambiente. GRAIN. Revista

acuerdo, lo cual, según J. Caillaux, podría significar que los países puedan extender la protección a los productos resultantes de la innovación informal y al conocimiento tradicional.

Desde esta perspectiva, se da un espacio para que los países introduzcan un sistema particular o especial que responda a las necesidades de las comunidades indígenas y locales y que introduzca los conceptos de “propiedad colectiva” y “derechos originarios” como la base de su desarrollo<sup>57</sup>.

La Sociedad Peruana de Derecho Ambiental ha planteado la posibilidad de la creación de un registro sui generis de conocimientos, innovaciones, prácticas y recursos utilizados por estas comunidades como forma de condicionar la propiedad intelectual otorgada sobre estos recursos al reconocimiento de sus derechos originarios. También Gurdial Nijar Singh propone el establecimiento de registros comunales para la propiedad colectiva que permita identificar a las comunidades que tienen propiedad colectiva y se puedan compartir los beneficios respectivos.

Algunos miembros de comunidades indígenas manifiestan su temor de utilizar este tipo de registros, ya que temen que se podría no guardar la confidencialidad necesaria en algunos casos, y que estos conocimientos pasarían al dominio público, imposibilitando aún más su posibilidad de protección como un derecho de propiedad intelectual. En este

---

Biodiversidad, número 18, op. cit., pág. 29.

<sup>56</sup> Waldem . Op. cit., pág. 130.

<sup>57</sup> Ver, B.Tobin. Protecting indigenous and local community rights. Reflections on some lessons learned the hard way. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Agosto, 1996.

sentido antes de determinar la existencia o no de este tipo de registros, se debe establecer un sistema sui géneris de protección de los conocimientos que permita el reconocimiento de la fuente origen, aunque el conocimiento se encuentre en el dominio público. Si este supuesto se da, entonces, los registros tomarían un gran valor ya que determinarían a quién o quiénes pertenecen cuales conocimientos.

También hay quienes tienen dudas de la eficacia que pueda tener a largo plazo la expansión de los sistemas de propiedad intelectual aún en su versión nueva “sui géneris” para proteger el conocimiento tradicional de los pueblos indígenas. Indica J. Magube y otros<sup>58</sup> que los registros podrían ocasionar un gasto potencial y burocracia, así como la discordia que se puede generar cuando una comunidad y no otra recibe protección de sus derechos de propiedad intelectual. Otro inconveniente podría ser el hecho de que las comunidades rurales difícilmente podrían darse cuenta de en qué momento su conocimiento protegido será utilizado con fines comerciales, especialmente en países lejanos.

A menos de que se comiencen a buscar alternativas viables para la protección del conocimiento tradicional asociado al acceso de recursos genéticos, los pueblos indígenas seguirán siendo víctimas de la piratería del conocimiento. Es urgente establecer un reconocimiento en términos de igualdad de la creatividad<sup>59</sup> de los pueblos indígenas. Para V. Shiva, necesitamos un sistema de protección de derechos de propiedad intelectual que

---

<sup>58</sup> Op. cit., pág. 13.

<sup>59</sup> Resulta interesante cómo la Decisión 345 del Acuerdo de Cartagena señala, en su artículo cuarto, que se entiende por crear “la obtención de una nueva variedad mediante la aplicación de

reconozca la innovación autóctona, aunque difiera de la que se verifica en los sistemas industriales tanto en su estructura como en su proceso y motivación.

Sería determinante que los países que accedan a recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado, hicieran cambios en sus sistemas de derechos de propiedad intelectual obligando a las compañías a reconocer el país de origen del material y el pueblo indígena del que están obteniendo el conocimiento que los llevaron o pueden llevar a la innovación para la cual se busca protección jurídica<sup>60</sup>.

Algunas de las sugerencias del contenido que podría<sup>61</sup> tener un sistema sui generis para la protección del conocimiento tradicional, innovaciones y prácticas indígenas son :

- Se reconocen los derechos de propiedad colectiva de las comunidades indígenas sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas, aun en los casos de que estos se encuentren en el dominio público.
- Determinar formas<sup>62</sup> para la distribución equitativa de beneficios que se obtengan por el uso comercial de la propiedad colectiva de las comunidades indígenas.

---

conocimientos científicos al mejoramiento heredable de las plantas”, dejando por fuera la posibilidad, para los pueblos indígenas, de encajar en esta definición.

<sup>60</sup> Ver, Convention on Biological Diversity. Patents using biological source material and mention of the country of origin in patents using biological source material. Submission by the government of Spain. Bratislava. Slovakia. Mayo, 1998.

<sup>61</sup> La facultad de definir el contenido de un sistema sui generis está en las comunidades indígenas y locales. Los profesionales expertos en el campo podrían apoyar plasmando sus manifestaciones en una forma apropiada al entendimiento de la colectividad.

- Identificar, dentro de las comunidades, quién o quiénes son los autorizados para conceder acceso a los recursos o al conocimiento tradicional asociado. En otras palabras, determinar quién es la persona física o jurídica con legitimación para ejercer estos actos.
- Determinar la posibilidad de dar permisos o concesiones de uso, mas no de propiedad, de sus derechos colectivos. Los derechos de Propiedad colectivos, en este sentido, serían inalienables, imprescriptibles y no susceptibles de apropiación por parte de terceros.
- Se determina la fuente o fuentes de origen del derecho de propiedad colectiva. Es decir, se determina la comunidad o comunidades de donde proviene el conocimiento, las innovaciones o las prácticas.

La Ley de Biodiversidad de Costa Rica de 1998, la Ley de Propiedad Industrial de Perú, y el borrador de Ley de Biodiversidad de Nicaragua 2000, prevén la idea de un registro de conocimientos sui géneris como una forma de proteger la propiedad intelectual de los pueblos indígenas y de las comunidades locales.

---

<sup>62</sup> Algunas de estas formas podrían ser fideicomisos, fondos de compensación, fondos rotativos, pagos de regalías a largo plazo, pagos preliminares, transferencia de tecnología, compra de equipo, programas de salud, educación, etc.

## b) ADPIC y las Patentes

Una patente<sup>63</sup> puede definirse como una concesión, por el Estado, de deberes y derechos exclusivos por un tiempo limitado respecto una invención nueva<sup>64</sup>, inventiva<sup>65</sup> y de aplicación industrial<sup>66</sup>. La industria farmacéutica ha tenido, desde sus inicios, una fuerte relación con el sistema de patentes. La patente ha sido considerada su pilar fundamental, y esto precisamente porque algunas de sus innovaciones son de fácil reproducción, lo cual puede causarles grandes perjuicios económicos.

Se otorga así la exclusividad total por un período de 20 años, en donde se garantiza que no se va dar tal imitación. Idealmente, se busca la patentación de procedimientos y de productos<sup>67</sup>. Los derechos generalmente denominados “derechos exclusivos de explotación” consisten, por regla general, en lo siguiente:

---

<sup>63</sup> Convendrá recordar que el derecho clásico de patentes fue concebido esencialmente para proporcionar protección a las invenciones mecánicas, y que, a diferencia de éstas, las invenciones biotecnológicas presentan la peculiaridad de ser autorreproducibles, toda vez que la materia viva sea capaz de reproducirse por sí misma. *Iglesias Prada J. op. cit., pág. 201.*

<sup>64</sup> Se considera que una invención es nueva cuando antes de la fecha de presentación de la solicitud de la patente, se ha hecho no accesible al público en el propio país o en el extranjero por una descripción, escrita u oral, por una utilización o por cualquier otro medio.

<sup>65</sup> Una invención implica una actividad inventiva si aquella no resulta de dominio público, de una manera evidente para un experto en la materia; cuando resuelve problemas técnicos no superados hasta entonces.

<sup>66</sup> Cuando la invención es susceptible de aplicación industrial, cuando su objeto puede ser fabricado o utilizado en cualquier industria.

<sup>67</sup> La protección que confiere una patente de invención significa que toda persona que desee explotar una invención deberá obtener la autorización de la persona a quien se ha concedido la patente -denominada “titular de la patente”- para poder explotar la invención. Toda persona que explote una invención patentada sin la debida autorización comete un acto ilícito. Se habla de “protección” puesto que se trata de proteger al titular de la patente contra la explotación no autorizada de la invención. Esa protección tiene una duración limitada. De conformidad con el Artículo 33 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (“el Acuerdo sobre los ADPIC”), concertado en 1994, el plazo de la protección no debe finalizar antes del vencimiento de un período de veinte años

- en el caso de las patentes de productos, el derecho de impedir que terceros realicen actos de: fabricación, uso, oferta a la venta, venta o importación respecto del producto objeto de la invención;
- en el caso de las patentes de procedimiento, el derecho de impedir que terceros realicen el acto de utilización del procedimiento incluido en la invención y los actos de: uso, oferta para la venta, venta o importación, de productos manufacturados con el procedimiento objeto en la invención.

El tratamiento internacional de las patentes ha sido dada por la Convención de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883, administrada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). La Convención de París permite que los alcances de la protección de la patente sean definido por cada país. Por cuestiones éticas, morales, políticas y públicas, muchos estados no permitían el patentación de formas de vida. Los Estados Unidos en 1980<sup>68</sup> patentaron, por primera vez, los organismos vivos, y fue aquí donde se inició la controversia sobre si los instrumentos internacionales debían o no patentar

---

contados a partir de la fecha de presentación. OMPI. Principales Aspectos de la Propiedad Industrial. Op. Cit., pág 6.

<sup>68</sup> El caso fue el conocido como “Diamond versus Chakrabarty”, en donde se otorga la patente sobre una bacteria que era capaz de cortar el petróleo, con un uso potencial de limpieza. La decisión de la Corte dice: “el peticionario ha producido una nueva bacteria con características diferentes claramente marcadas a las que se pueden encontrar en la naturaleza. Su descubrimiento no es un hecho de la naturaleza, sino suyo por lo tanto es un asunto patentable, bajo la Ley de Patentes” Wanden Ian. Op. cit., pág. 128.

formas de vida. La Convención de París fue discutida cuando se negoció el ADPIC en 1994<sup>69</sup>.

Las patentes de invenciones incluyen sustancias aisladas o procesos para producir sustancias, grupos de genes, procesos y descubrimientos de la ingeniería genética y microorganismos. En todos estos casos el material biológico es utilizado. Sin embargo, este tiene que ser distinguido de la invención protegida. Sin importar si la patente protege un producto particular, la extensión de la protección no incluye, en ninguna circunstancia, material genético original (ejemplo, la planta originalmente colectada). Mientras los recursos genéticos son la fuente de material para la investigación y el desarrollo biotecnológico, los derechos de propiedad intelectual se aplican sobre un resultado particular: un proceso útil o producto<sup>70</sup>.

El término “patentes de material biológico” se refiere a aquellas patentes que utilizan, como materia de partida para poder ejecutar la invención, un material de procedencia biológica. Es precisamente la patentación de invenciones que utilizan, como materia prima, semillas, hojas, raíces, entre otros, que se encuentran en la naturaleza como recurso biológico o genético. La aplicación más extendida de estos materiales es utilizar el extracto o sustancia biológica como ingrediente activo de un medicamento. Las mayoría de estas patentes se encuentran, pues, dentro del sector farmacéutico<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Ver L.Glowka A guide to Designing Legal Frameworks to Determinate Access to Genetic Resources, pág. 13.

<sup>70</sup> Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Report of the European workshop on genetic resouces issues and related aspects. Op. cit., pág. 75.

Estas patentes se pueden clasificar al igual que el resto de las patentes en tres grandes categorías, en función del objetivo sobre el cual recaen<sup>72</sup>:

1. Patente de producto: invenciones relativas a organismos o material biológico.
2. Patente de procedimiento: invenciones relativas a procedimientos para la obtención de organismos o para la producción de material biológico.
3. Patente de aplicación: invenciones relativas al uso del propio organismo o del material biológico.

Un cuarto caso se da cuando se aprobó en los ADPIC<sup>73</sup>, uno de sus aspectos más controvertidos, que fue la extensión del sistema de patentes a organismos vivos<sup>74</sup>, el cual dio como resultado lo siguiente:

- Las Partes tienen opción de ofrecer protección de patentes a todas las invenciones que empleen recursos genéticos; debe otorgarse protección a microorganismos.

---

<sup>71</sup> Sukhwani Asha, op. cit., pág. 1,2.

<sup>72</sup> García López, José. Op. cit., pág. 2.

<sup>73</sup> El ADPIC puede afectar las leyes de patentes en el ámbito nacional, con relación a:

Tiempo de Protección: debe durar al menos 20 años. (art 33)

Inversión de la carga de la prueba: si el objeto de la patente es un proceso para obtener un producto, las autoridades judiciales deben tener la autoridad de ordenar al defendido, que pruebe que el proceso para obtener un producto idéntico es diferente del proceso patentado. (art.34)

Licencias: El licenciamiento y el uso por parte del Gobierno de una invención sin autorización del dueño son permitidos pero son sujetas a un número importante de condiciones. (art 31)

Productos y procesos. Derechos exclusivos deben ser conferidos mediante una patente de producto incluyendo, hacer, usar, ofrecer, vender y importar el producto. Patentes de Procesos deben dar derechos de protección no solo para el uso del proceso, pero también para el producto obtenido del uso del proceso. Los dueños de patentes deben además tener derecho a asignar o transferir por sucesión la patente y concluir contratos de licencia. (Artículo 28).

<sup>74</sup> No se trata de un tema simple, por ejemplo, las solicitudes para patentar células humanas a partir de muestras obtenidas en pueblos indígenas es cuestionada ética y moralmente por quienes

- La protección de variedades vegetales debe otorgarse ya sea a través de patentes, o de un sistemas sui generis como aquellos creados por la UPOV o la combinación de ambos<sup>75</sup>.
- Las partes tienen la opción de excluir del patentamiento a plantas, animales y procesos esencialmente biológicos para su producción.

En 1992, en Río de Janeiro, las ONG latinoamericanas, reunidas paralelamente al Comité Intergubernamental de la CDB, declararon: “Es necesario efectuar una revisión crítica de los sistemas de propiedad intelectual y oponerse a las corrientes internacionales que proponen el establecimiento del patentamiento sobre formas de vida”<sup>76</sup>. Estas reacciones son consecuencia de que las deliberaciones para los ADPIC<sup>77</sup>, en el seno del GATT, se realizaron sin coordinación con la Convención sobre la Diversidad Biológica, y sin una participación activa de las organizaciones no gubernamentales.

Como se puede ver, el elemento fundamental de las patentes, en este caso, es la utilización de recursos biológicos como elemento fundamental de la invención. El

---

rechazan la idea de apropiarse de la vida mediante la concesión de derecho de propiedad intelectual sobre cualquiera de sus formas.

<sup>75</sup> Punto al que nos referimos con detenimiento en la sección ADPIC y un sistema sui generis.

<sup>76</sup> En torno a este tema se han realizado varias reuniones dentro de las que se pueden destacar: La reunión de pueblos indígenas realizada en Phoenix, Arizona en 1995 de la que se desprende la “Declaración de los pueblos indígenas del hemisferio occidental en relación al proyecto genoma humano; y la reunión indígena realizada en Panamá en noviembre de 1997 de la que desprende la “Declaración de Ukupseni sobre el Proyecto Diversidad del Genoma Humano. Ver A. Atencio. Op. cit., pág 3.

problema ha surgido cuando esta materia prima crece en un país distinto del cual la empresa que realizó el acceso al recurso está solicitando la patente, que, sobretodo con la entrada en vigor de CDB en 1993, cambió el concepto de acceso libre y gratuito. Aunque la CDB, en cuanto a patentes o derechos de propiedad intelectual, no es lo clara que algunos hubiesen querido. Aboga por la distribución equitativa de los beneficios que se obtienen por medio de estas invenciones. A esta realidad se le suman los casos en que, además de utilizar el recurso biológico o genético, se utiliza el conocimiento de los pueblos indígenas asociados a estos recursos.

De acuerdo con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), ciudadanos y corporaciones de los países industrializados tienen el 95% de la patentes en Africa; casi el 85%, en América Latina; y el 70%, en Asia<sup>78</sup>. Es decir, el sistema de patentes opera especialmente para los países desarrollados<sup>79</sup>.

El DPI y en especial las patentes<sup>80</sup> no son aptos, por el momento<sup>81</sup>, para proteger el conocimiento tradicional<sup>82</sup>, la propiedad de los recursos genéticos o la tecnología

---

<sup>77</sup> Los TRIPs se desarrollan con el objeto de fortalecer los sistemas de propiedad intelectual en los países en desarrollo. J. Caillaux, 1996.

<sup>78</sup> El hecho de que solamente un 1% de todas las patentes otorgadas en el mundo pertenezcan a personas provenientes de los países subdesarrollados, y por otro, que un 90% del germoplasma, base de los programas de mejoramiento genético provenga de los países subdesarrollados nos da una clara idea de que este sistema de propiedad intelectual responde a intereses de un sector específico. Jacanimijoy Antonio. Op. cit., pág 3.

<sup>79</sup> Genetic Resources Action International and The GAIA Foundation. Global Trade and Biodiversity in Conflict. Op. cit., pag. 7.

<sup>80</sup> Ha sido propuesto — tema que se desarrolla en este trabajo bajo “consentimiento fundamentado previo como instrumento de protección” — que cuanto las patentes hayan utilizado conocimiento tradicional y recursos biológicos de los pueblos indígenas y comunidades locales para llegar a la invención se debe indicar que tanto el conocimiento tradicional como el material biológico han sido obtenidos con “consentimiento informado previo” del país de origen y de la comunidad o pueblo indígena en cuestión.

tradicional. Esto se da, sobre todo porque el sistema de la carga de la prueba <sup>83</sup>no está diseñado para los pueblos indígenas o locales. Por ejemplo, ¿cómo podría alegar un indígena la propiedad de un conocimiento si este no ha sido publicado y no tiene reconocimiento científico?. ¿Cómo podría patentar una invención? Un ejemplo de esto es el citado por Bytrom, Einarsson y otros<sup>84</sup>: “La patente sobre la planta ayahusca (*banisteriopsis caapi*) que los pueblos indígenas de la Amazonía usan ampliamente para curas medicinales o propósitos religiosos fue patentada en Estados Unidos en 1986 por la Compañía Plant Medicine Corporation, tras alegar que había alterado la planta con el permiso de un grupo indígena y que había descubierto por primera vez las propiedades medicinales de la planta. En este momento se encuentra reclamada por dos organizaciones indígenas de la Amazonia. Uno de los problemas radican en que muchas de estas compañías toman el conocimiento tradicional y, en algunos casos, lo amplían y

---

<sup>81</sup> A pesar de esta opinión también debe tomarse en consideración, que hay otros quienes afirman que es posible aplicar una serie de derechos de propiedad intelectual ya existentes. Por ejemplo el reporte de la OMPI sobre “propiedad Intelectual y conocimiento tradicional” indican que informantes de este estudio se han referido a instrumentos de propiedad intelectual específicos que están siendo probados, usados o estudiados por poseedores de conocimiento tradicional como derechos de autor, patentes, marcas, secretos comerciales. Ver al respecto OMPI. Reporte sobre propiedad intelectual y conocimiento tradicional” Op. cit., pág 16,17,18

<sup>82</sup> Incluye conocimientos, innovaciones y prácticas.

<sup>83</sup> El artículo 34 de los ADPIC incluye la inversión de la carga de la prueba tratándose de patentes de procedimiento. “Las partes establecen que salvo prueba en contrario, todo producto idéntico producido por cualquier parte sin el consentimiento del titular de la patente ha sido obtenido mediante el procedimiento patentado por lo menos en una de las circunstancias siguientes: a) si el producto obtenido por el procedimiento patentado es nuevo; b) si existe una probabilidad sustancial de que el producto idéntico haya sido fabricado mediante el procedimiento y el titular de la patente no puede establecer mediante esfuerzos razonables cuál ha sido el procedimiento efectivamente utilizado. ¿Cómo podría una comunidad, con que medios, identificar donde se está utilizando su “procedimiento”, conocimiento para hacer exactamente el mismo medicamento que ellos ya utilizan en forma artesanal? ¿Cómo probar que el producto patentado y el procedimiento, en algunos, casos no es nuevo?. Por estas preguntas y otras más este sistema resulta incomprensible y sobre todo inalcanzable para los pueblos indígenas.

<sup>84</sup> También citan el caso de la planta *Curcuma Longa*, conocida en la India por sus potenciales medicinales y patentada en US en 1995. En 1996 el gobierno de la India presentó la queja a la oficina de Patentes, basados en que no se podía comprender ninguna novedad.

reclaman la patente basados en una novedad o descubrimiento, sin ningún reconocimiento a la fuente de origen de este conocimiento”<sup>85</sup>.

Otros simplemente patentan lo que ya es conocido por los pueblos indígena<sup>86</sup>, quienes escasamente cuentan con los medios para reclamar sus derechos. Mientras no se reconozcan las fuentes de origen de este conocimiento, no se puede pensar en una distribución equitativa de beneficios.

Existen dos corrientes bien definidas aquellos que argumentan que los efectos de estas actuaciones van en detrimento de las comunidades indígenas que no solo no fueron compensadas, y más bien, en algunos casos, han sido robadas, sino que, además, el uso que han venido dando a la planta podría verse restringido, una vez patentado, si lo quisieran usar con fines comerciales. Por otro lado hay quienes creen<sup>87</sup> que hay que reconocer que una patente no confiere al titular los derechos absolutos para controlar la necesidad de información que se requiere para poner a prueba el invento. Por el contrario, el titular está obligado a revelar dicha información al público con el fin de obtener la patente, y el público es libre de intercambiar y utilizar esta información, salvo en el caso de que se tenga el propósito de utilizar el invento. Es decir, es invento en sí lo que no se puede utilizar, no los elementos que lo componen.

---

<sup>85</sup> Sobre este caso, también se puede consultar GRAIN. Nuevos Avances de Defensa de los Derechos Colectivos. Revista Biodiversidad 19-20 de junio de 1999, pág. 32.

<sup>86</sup> El argumento que las compañías que utilizan sustancias naturales o prácticas tradicionales solo hacen pequeños cambios para obtener la patente, no es del todo cierta puesto que la patente solo cubre la invención. Si la invención es menor entonces la patente cubre solo un pequeño invento y no tiene mucho valor. Al respecto ver OMPI. Borrador de Reporte. Op. cit., pág 15.

Pareciera que existe una confusión al creer que cuando se patenta una invención que utiliza el conocimiento tradicional su poseedor o poseedores no pueden utilizar más ese conocimiento o material genético. Sin embargo es importante distinguir que la patente solo cubre la invención que se describe por lo que no prohíbe al pueblo indígena del uso del conocimiento. El argumento de que se ven limitados en el uso del conocimiento es débil para proteger el conocimiento tradicional o lograr la distribución justa y equitativa de su utilización, siendo que en lo que se ven limitados en todo caso es a la invención que tiene como componente su conocimiento tradicional y sus recursos<sup>88</sup>.

Por el momento hemos de afirmar que el sistema de Derechos de Propiedad Intelectual no se ajusta a las necesidades de los pueblos indígenas por varias razones dentro de las que destacan:

- El costo del registro de derechos de propiedad intelectual es inaccesible a pueblos indígenas<sup>89</sup>.
- La concesión de derechos de propiedad intelectual no se extiende a material que se encuentra en el dominio público, siendo que una parte importante del conocimiento indígena ya está en el dominio público.

---

<sup>87</sup> Documento UNEP/CBD/COP/3/22. Noviembre de 1996, pág. 7.

<sup>88</sup> Según R. Salazar, “la patente como instrumento jurídico permite proteger al titular para que pueda explotar la invención de manera exclusiva durante el período de vigencia de la patente o ceder su uso vía licencia a terceros”.

<sup>89</sup> Dentro del reporte de la OMPI sobre “propiedad intelectual y conocimiento tradicional” se argumenta que el costo asociado con el uso de los sistemas de propiedad intelectual no hace al sistema totalmente injusto, particularmente si se pueden encontrar vías para bajar los costos o

- Los criterios para obtener patentes como novedad, invento<sup>90</sup>, reproductividad y aplicación industrial no son relevantes para la protección del conocimiento tradicional.
- No incluyen la posibilidad de derechos colectivos, entre ellos generaciones pasadas o futuras. En este sentido, se excluye la posibilidad de conceder protección cuando no se identifica el inventor, impidiendo proteger la innovación colectiva realizada durante muchos años por comunidades indígenas y locales<sup>91</sup>.
- No toman en cuenta las leyes consuetudinarias ya existentes en relación con derechos de propiedad en pueblos indígenas y comunidades locales.
- Al ofrecer sistemas monopólicos determinados a plazo, la propiedad colectiva<sup>92</sup> se agotaría al expirar los plazos, afectando el mantenimiento de la propiedad colectiva hacia futuras generaciones.

---

asistir a personas indigentes y comunidades a usar el sistema si ellos así lo desean. Op. cit., pág 15.

<sup>90</sup> Se orienta a proteger la inventiva entendida desde el punto de vista industrial y no desde el punto de vista de innovación comunal informal.

<sup>91</sup> No todos los derechos de propiedad intelectual son individuales. Se incrementa el número de invenciones en donde las creaciones son hechas por grupos de personas conocidas como co-inventores o co-autores términos reconocidos por el sistema de propiedad intelectual. Se deben buscar nuevas formas de sistemas colectivos de protección basados también en el derecho consuetudinario. Ver OMPI. Borrador de reporte sobre propiedad intelectual y conocimiento tradicional. Op. cit., pág 12 y 13.

<sup>92</sup> En el caso de que la propiedad colectiva sea protegible, situación que no se da en la actualidad.

- Los derechos de propiedad intelectual, especialmente según los ADPIC, solo reconocen el conocimiento y la innovación cuando generan beneficios económicos, no cuando únicamente solucionan necesidades sociales. Es para la industria de los recursos genéticos y no para los pequeños de la sociedad<sup>93</sup>.

Explica L.Vásquez que los “tratados internacionales sobre libre comercio, como el TLC, celebrado bajo las direcciones de los países del norte en varios escenarios internacionales, como el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), y luego la Organización Mundial del Comercio<sup>94</sup> (OMC), al reglamentar el comercio internacional han exigido como tema central de negociación, el reconocimiento de la propiedad intelectual sobre las invenciones. En estos tratados las semillas, las plantas, sus derivados y los animales, cuando son manipulados en los laboratorios de universidades y multinacionales, adquieren la categoría de “invención”, confiriendo derechos exclusivos a quien los manipuló”. Esta descripción, sin lugar a dudas, deja fuera la posibilidad, por parte de pueblos indígenas, de acceder al sistema de propiedad intelectual<sup>95</sup>.

No obstante, existe otro sistema de innovación, que es el sistema de innovación comunal. Al respecto dice V.Shiva “el sistema de innovación comunal más informal es a través del cual los agricultores del tercer mundo producen, seleccionan y mejoran cultivos. Las semillas de estos agricultores reflejan la inteligencia, la inventiva y el ingenio de un pueblo”. Esta misma inventiva es la que utilizan las comunidades indígenas cuando usan

---

<sup>93</sup> Suikkari. Op. cit., pág. 9.

<sup>94</sup> El Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, conocido como GATT, dio como resultado los acuerdos que originaron a la Organización Mundial del Comercio en 1995.

una planta para curar una enfermedad, cuando mezclan varios extractos vegetales para aliviar un mal<sup>96</sup>.

### 1) **Algunos reclamos específicos en materia de patentes**<sup>97</sup>

Los pueblos indígenas<sup>98</sup> ya han expresado que están dispuestos a compartir sus conocimientos y recursos con la humanidad siempre y cuando sean ellos quienes definan cuándo, donde, cómo, por quiénes y en beneficio de quiénes lo harán. Lo que persiguen es que se respeten sus formas de vida, diversidad cultural, tierras, territorios y conocimientos tradicionales.

Las primeras protestas de los países en relación con la patentación de material biológico que ya estaba siendo utilizado por pueblos indígenas o comunidades locales ya se están haciendo oír. Quizá el caso más controvertido es el del *azadirachta indica*, o conocido como “neem”, que es un árbol que crece en la India y que ha sido utilizado

---

<sup>95</sup> Sin embargo debemos recordar aquí que lo que se patenta es la invención y sobre esta se adquieren derechos, no sobre animales o plantas.

<sup>96</sup> La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual ha planteado dos aspectos que se contemplan dentro de la posibilidad del uso de los sistemas de propiedad intelectual para proteger el conocimiento tradicional: 1- *Asuntos legales*: necesidad de explorar el papel potencial de los sistemas de propiedad intelectual en relación a la protección del conocimiento tradicional. Tomando en consideración que existen muchos ejemplos de conocimiento tradicional que podrían ser protegidos mediante el sistema de propiedad intelectual actual; y que hay retos para mejorar el sistema legal de los derechos de propiedad intelectual. 2- *Asuntos Operativos*: costos asociados con los costos de las patentes, poco conocimiento de los sistemas de propiedad intelectual. Probablemente el abordar estos dos aspectos podría darnos una mejor visión de la situación y posibles expectativas a largo plazo. OMPI. Op. cit., págs 15 y 16.

<sup>97</sup> El artículo de GRAIN-CAMBIOS, “Patentes, piratería, falsas promesas”, presenta detalladamente 14 casos de patentes otorgadas en diversos países del mundo.

<sup>98</sup> Red de Biodiversidad de los Pueblos Indígenas. Segunda Conferencia de las Partes CDB. Declaración de los Pueblos Indígenas sobre Acceso y Derechos de Propiedad Intelectual. Diciembre de 1995.

tradicionalmente por nativos con fines médicos, cosméticos, como combustible y como insecticida. Los principios y las propiedades del “nem” han sido conocidos y usados en la India por siglos. La protesta de las comunidades al gobierno de la India durante que en Estados Unidos se habían concedido patentes utilizando el “neem” como materia prima de partida. La patente que se había concedido incluso con pocas modificaciones en el proceso, es la usada en la India para producir extractos. La utilización masiva del “neem” por empresas norteamericanas subió el precio de este recurso, y ahora es poco accesible para los pobladores de la India. Las protestas del Gobierno ya han llegado a foros internacionales<sup>99</sup>.

En Perú la especie *Uncaria tomentosa*, conocida como “uña de gato”, utilizada por las comunidades a precios muy bajos, subió de precio cuando EE.UU. concedió patentes que se refieren a un segundo uso de la especie.

Existen casos que particularmente llaman la atención y que fueron presentados por Antonio Jacanimijoy<sup>100</sup> en la mesa redonda de la OMPI sobre propiedad intelectual y conocimiento tradicional de 1998, a los cuales me remito<sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> Sobre el caso completo y detalles sobre las patentes otorgadas a partir del “neem”, véase Research Foundation for Science, Technology and Natural Policy. Intellectual Piracy and Neem Patents. The Neem Campaign. New Delhi, India. 1993. V.Shiva; R.Holla-Bhar. Intellectual Piracy and the neem tree. The Ecologist. Vol.23, No.6. November/december, 1993.

<sup>100</sup> Coordinador General de la Coordinadora de la Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica.

<sup>101</sup> Se pueden ver estos casos en mayor detalle en el documento: Jacanimijoy Antonio. Iniciativas para la Protección de los Derechos de los Poseedores de Conocimientos Tradicionales, Pueblos Indígenas y Comunidades Locales. Mesa Redonda sobre propiedad intelectual y conocimiento tradicional. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, junio de 1998.

A fines de los años 80, investigadores franceses y bolivianos, sobre la base estudios etnobotánicos en la etnia Chimane, un pueblo indígena que habita en las zonas contaminadas con la enfermedad leishmaniasis típica de las zonas tropicales, “descubrieron” la planta llamada evanta, que aplicada en forma de cataplasma, es usada por este pueblo indígena amazónico para tratar la enfermedad. Hechos los análisis de laboratorio en Francia y en Bolivia se comprobó la gran eficacia de esta planta en el tratamiento de esta enfermedad. Los componentes activos de la familia de los alcaloides, fueron bautizados como “chimaninas” en honor al pueblo indígena que aportó su conocimiento tradicional. Sin embargo, sin consultar al pueblo Chimane, los investigadores franceses y bolivianos acudieron al sistema de patentes internacional llamado PCT para patentar este “su descubrimiento” y la misma les fue otorgada al Instituto Francés de Investigación Científica para el Desarrollo en Cooperación, mejor conocido como ORSTOM, por haber “descubierto” un producto natural para combatir la enfermedad, sin contemplar ningún derecho para el pueblo Chimane. Como resultado, los chimanes no tienen ningún derecho a decidir cómo se puede utilizar este producto, y menos a obtener un beneficio en caso de utilización comercial del mismo, incluso a pesar de haber llamado “chimaninas” a los compuestos activos.

Otro ejemplo que el señor Jacanimijoy señala, se da en 1994 cuando dos investigadores de la Universidad de Colorado en los Estados Unidos, obtuvieron una patente sobre una variedad de quinua llamada Apelawa. En realidad la patente abarca una característica llamada de esterilidad masculina que tiene la variedad de Apelawa e incluso abarca a todas las plantas que se produzcan con este germoplasma. El interés de esta patente, es

que permite el desarrollo de variedades híbridas, con las cuales se obtendrían cosechas más grandes.

Los poseedores de la patente han admitido haber obtenido el material genético de quinua de la región del Altiplano cerca del Lago de Titicaca. Sin embargo, la patente no reconoce el lugar de origen, ni tampoco reconoce el aporte que los pueblos originarios del Altiplano han realizado al cultivar, mejorar e investigar la quinua durante miles de años. Los campesinos del lugar ya conocían esta característica de esterilidad masculina de esta variedad muy bien de la cual los investigadores de los Estados Unidos son ahora los supuestos inventores. Esta patente ya no existe, parcialmente gracias a campañas internacionales que los mismos productores y organizaciones internacionales emprendieron en contra de dicha patente.

Existe también otro tipo de reclamos que, aunque no son el punto fuerte de esta investigación, son de gran interés. Generalmente, son reclamos presentados por organizaciones no gubernamentales, apelando a que el otorgamiento de ciertas patentes puede causar un daño grave al ambiente y, con ello, a la diversidad biológica. Un ejemplo de esto fue el caso presentado por Green Peace en 1991 ante la Oficina de Patentes europea contra la patente otorgada para que las células de plantas y plantas de la ingeniería genética fueran resistentes a ciertos herbicidas, alegando que este invento causaba problemas ambientales. La idea era inmunizar los cultivos contra los herbicidas que podrían ser aplicados antes de una emergencia, matando las semillas sin dañar el cultivo inmunizado. Green Peace planteó que esto podría dar como resultado un aumento

del uso de heroicidad y que podría dejar libres a organismos genéticamente modificados, causando un daño inaceptable para el ambiente.

Hago alusión a este caso — aunque esté relacionado más con agricultura — porque precisamente hay pueblos indígenas que ya están viendo afectados sus ambientes debido a este tipo de manipulación genética. Los herbicidas en concreto han probado que, en grandes cantidades, pueden ser dañinos para la salud y para el ambiente. A pesar de todo, este caso fue rechazado en 1992, con los argumentos de que no existía suficiente prueba de que un daño pudiera ocurrir, y que los riesgos percibidos podrían cambiar durante la vida de la patente.

**1) Necesidad de ampliar el plazo.**

Es necesario resaltar la necesidad propuesta por Kenya, el Grupo de Africa, los países LDC, y “Southern Africa Development Cooperation” para la revisión del artículo 27.3 (b) con relación a la necesidad de ampliar el plazo de implementación de este artículo.

Esta propuesta a toda luz lógica — siendo que 47 países no han adoptado mecanismos legales para la implementación del artículo 27.3 (b) — daría tiempo para que los países en desarrollo no tengan que apresurarse a adoptar legislación sin un estudio diligente y con poca o ninguna participación ciudadana.

La ampliación propuesta para un plazo de 5 años — propuesta de Kenya y el Grupo de Africa — darían como resultado que la revisión del artículo en cuestión se diera

constructivamente y no bajo presión de imposición de sanciones comerciales, o utilizando los mecanismos de resolución de disputas en el seno de la OMC.

Los países en desarrollo tendrían más oportunidad de explorar otras posibles alternativas — no solo UPOV — para un sistema sui géneris de protección de obtenciones vegetales.

También la OMC podría atender apropiadamente las propuestas ya presentadas formalmente por un número importante de países en desarrollo con relación a la revisión del artículo 27.3 (b). Esto llevaría a una discusión amplia no solo de la implementación del artículo, sino también de su contenido<sup>102</sup>.

## 5) Propuestas de solución

El problema principal pudiera ser visto desde diferentes perspectivas. Para algunos, se trata más de quién tiene la propiedad de la patente. Sin embargo, podría resultar más provechoso mirar cómo se hace el reparto de los beneficios y buscar una distribución justa y equitativa. Se indican varias posibles soluciones<sup>103</sup>:

1. Reconocer lo que vale el recurso genético y que se compense estado-estado.

---

<sup>102</sup> Al respecto ver, GRAIN. Trips versus biodiversity. What to do with the 1999 review of article 27.3.(b). Mayo de 1999.

<sup>103</sup> Ver E.Alonso op,cit., pág 402

2. Modificar el sistema de patentes para que limiten las patentes que usen recursos genéticos y conocimiento tradicional sin reconocer su origen, o haber obtenido consentimiento para el acceso.
3. Que, cuando se quiera patentar, se comprendan los recursos tangibles e intangibles. Que se comprendan licencias de uso del conocimiento tradicional.
4. Un nuevo derecho de propiedad intelectual en que se reconozca el derecho de los pueblos indígenas sobre los recursos tangibles e intangibles y el valor añadido posterior que ponen las compañías farmacéuticas en el caso de innovaciones.

Algunas de estas soluciones son abordadas en el presente trabajo en detalle. La posibilidad 1 se daría sobre la base de acuerdos mutuos, según lo estipula la CDB. El número 2 no es realista ya que supondría rehacer todo un sistema que ha sido creado con interés particular a través de los años. El tercer punto ya está pasando dentro de los contratos en los que se negocian regalías sobre los productos farmacéuticos descubiertos o se reciben pagos por adelantado a cambio de ceder el derecho sobre las patentes<sup>104</sup>. Por último, el cuarto punto ya está siendo desarrollado, de alguna forma, en algunas de las legislaciones propuestas para Nicaragua, Perú y la existente en Costa Rica, como se verá más adelante.

---

<sup>104</sup> C. Rodríguez. Cuestiones legales: contratos, propiedad intelectual y otros derechos de propiedad. Organización Panamericana de la Salud. 1996.

Se han propuesto<sup>105</sup> también algunos parámetros para los casos en que los acuerdos contractuales envuelvan derechos de propiedad intelectual, los cuales son los siguientes:

- Regular el uso de los recursos tomando en consideración preocupaciones éticas.
- Hacer cláusulas que aseguren la continuidad del uso consuetudinario de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado.
- Tomar previsiones sobre la explotación y el uso de los derechos de propiedad intelectual, incluida la investigación conjunta y la obligación de trabajar sobre cualquier derecho de invenciones obtenidas o licencias provistas.
- Tomar en consideración la posibilidad de una copropiedad de los derechos de propiedad intelectual que se pretendan registrar.

**a) La Decisión 486. Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Comisión de la Comunidad Andina.**

Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú — países del Pacto Andino — reemplazando la “Decisión 433” de 1993 aprobaron el 14 de setiembre del 2000 la “Decisión 486” “Régimen Común sobre Propiedad Industrial”, que entrará en vigor en diciembre del mismo año. Esta

---

<sup>105</sup> Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Review of Legislative, Administrative

decisión tiene la particularidad de contener una serie de normas que abarcan la diversidad biológica y la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, relacionando los derechos de propiedad intelectual establecidos en el ADPIC con la CDB. Consta de 280 artículos, para nuestros efectos pasamos a comentar los que se relacionan con el tema en estudio.

Según el artículo 3, de la Decisión 486, “los Países Miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales. En tal virtud, la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimientos estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional”<sup>106</sup>.

Este artículo hace sin lugar a dudas la conexión entre la CDB y los propósitos de la propiedad intelectual al imponer los criterios de respeto al patrimonio biológico, genético y al conocimiento tradicional de las comunidades. Además retoma los postulados del

---

and Policy Measures at National and Regional Levels. Op. cit., pág. 12

<sup>106</sup> Las disposiciones de la presente Decisión se aplicarán e interpretarán de manera que no contravengan a las establecidas por la Decisión 391, con sus modificaciones vigentes.

Convenio 169 de la OIT con relación a la facultad de los pueblos indígenas de decidir sobre sus recursos, aspecto ya reconocido en la Decisión 391<sup>107</sup>.

Sin embargo todo apunta a que es necesario el desarrollo de legislación nacional que apoye la implementación de estos principios, de lo contrario la letra podría quedar en propósitos de buena voluntad pero con poca implementación. Debe tomarse en consideración que varios países están buscando dentro de sus legislaciones la aplicación de la figura del “consentimiento informado previo”, como se puede ver en el capítulo X del presente documento.

Una forma con la que se podrá tener algún control para que estos postulados sean cumplidos se plantea dentro de la Decisión al estipular: que la solicitud para obtener una patente de invención deberá contener cuando amerite entre otros: 1) la copia del contrato de acceso, cuando los productos o procedimientos cuya patente se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen; 2) la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales de los Países Miembros, cuando los productos o procedimientos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen.

---

<sup>107</sup> Los miembros, de conformidad con esta Decisión y su legislación nacional complementaria, reconocen y valoran la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afrocaribeñas y locales, sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos

Además, el artículo 75 señala que: la autoridad nacional competente decretará de oficio o a solicitud de cualquier persona y en cualquier momento, la nulidad absoluta de una patente, entre otros cuando: a) de ser el caso, no se hubiere presentado la copia del contrato de acceso, cuando los productos o procedimientos cuya patente se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen; b) de ser el caso, no se hubiere presentado la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas afroamericanas o locales de los Países Miembros, cuando los productos o procesos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen.

Esto va en estrecha concordancia con lo establecido en la Decisión 391 del Acuerdo de Cartagena “Sobre un Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos: en lo que refiere a que todo procedimiento de acceso requerirá de la presentación, admisión, publicación y aprobación de una solicitud, de la suscripción del un contrato, indicando además el contenido de las solicitudes y contratos de acceso<sup>108</sup>.

---

genéticos y sus productos derivados. Capítulo IV. Acuerdo de Cartagena. Decisión 391 Sobre un Régimen Común de Acceso a los recursos Genéticos, artículo 7.

<sup>108</sup> Son partes del contrato de acceso el estado, el solicitante. Dicho contrato tendrá en cuenta los derechos e intereses de los proveedores de los recursos genéticos y de sus productos derivados de los recursos biológicos que los contengan y del componente intangible según proceda, en concordancia con los contratos correspondientes. Ver artículos 26,27, 32, 34 del Capítulo IV. Acuerdo de Cartagena, Decisión 391. Sobre un Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos.

También dentro del texto de la Decisión 486 se establece que no se consideran invenciones; él todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural. Por lo tanto no son patentables<sup>109</sup>: las plantas, los animales y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos<sup>110</sup>. El otorgamiento de patente a una invención omitiendo estas prohibiciones conlleva a la nulidad absoluta de la patente<sup>111</sup>.

Contenido directamente relacionado con el artículo 27. 3 (b) de los ADPIC en el sentido de que los países “podrían” excluir de patentabilidad plantas y animales. Es así como los países del Pacto Andino han tomado la decisión de la exclusión. Sin embargo el transitorio segundo de este cuerpo normativo indica, que los microorganismos serán patentables hasta tanto se adopten medidas distintas resultantes del examen previsto en el apartado b) del artículo 27, numeral 3 del ADPIC. A tal efecto, se tendrán en cuenta los

---

<sup>109</sup> Además no son patentables: a) las invenciones cuya explotación comercial en el territorio del País Miembro respectivo deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moral. A estos efectos la explotación comercial de una invención no se considerará contraria al orden público o a la moral solo debido a la existencia de una disposición legal o administrativa que prohíba o que regule dicha explotación; b) las invenciones cuya explotación comercial en el País Miembro respectivo deba impedirse necesariamente para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales, o para preservar los vegetales o el medio ambiente. A estos efectos la explotación comercial de una invención no se considerará contraria a la salud o la vida de las personas, de los animales, o para la preservación de los vegetales o del medio ambiente sólo por razón de existir una disposición legal o administrativa que prohíba o que regule dicha explotación. Artículo 20 Decisión 486. Régimen Común sobre la Propiedad Industrial. Países del Pacto Andino. Setiembre 2000.

<sup>110</sup> Artículos 15 y 20 (c) Decisión 486. Régimen Común sobre la Propiedad Industrial. Países del Pacto Andino. Setiembre 2000.

<sup>111</sup> Ibíd. Artículo 75.

compromisos asumidos por los Países Miembros en el ámbito del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

Lo que quiere decir que a pesar de que no son patentables plantas y animales, los microorganismos si lo son<sup>112</sup>. Con esto podemos llegar a la conclusión que los países del Pacto Andino han incorporado el contenido de la primera mitad del artículo 27. 3 (b) del ADPIC a su legislación regional, que tiene un impacto a nivel nacional para los países del Pacto Andino<sup>113</sup>. El Transitorio utiliza las palabras “hasta tanto” no se de la revisión serán patentables los microorganismos, por que se presupone que esto podría cambiar dependiendo de los resultados de las negociaciones en el seno de la OMPI<sup>114</sup>. Como ya hemos explicado en otra sección<sup>115</sup> el artículo 27.3 (b) del ADPIC se encuentra en revisión en el seno de la Organización Mundial del Comercio, existen alrededor de nueve

---

<sup>112</sup> El titular de la patente no podrá ejercer el derecho a que se refiere el artículo anterior respecto de los siguientes actos: e) cuando la patente proteja un material biológico excepto plantas, capaz de reproducirse, usarlo como base inicial para obtener un nuevo material viable, salvo que tal obtención requiera el uso repetido de la entidad patentada. Cuando la patente proteja material biológico capaz de reproducirse, la patente no se extenderá al material biológico obtenido por reproducción, multiplicación o propagación del material introducido en el comercio conforme al párrafo primero, siempre que la reproducción, multiplicación o propagación fuese necesaria para usar el material conforme a los fines para los cuales se introdujo en el comercio y que el material derivado de tal uso no se emplee para fines de multiplicación o propagación. *Ibíd.* Artículos 53 y 54.

<sup>113</sup> Según M. Flores. La Decisión 486 fue empujada por los Estados Unidos y esta diseñada con relación a sus intereses. Se tiene que tener en mente la clase de presión que los Estados Unidos tiene sobre esta región. Solo mire el “2000 special report 301” La Decisión 486 no estaba abierta a negociación y no fue objeto debate público. GRAIN. Andean Community Adopts New IPR Law. October, 2000. Pág 4.

<sup>114</sup> Esta redacción no tiene ningún efecto. Los microorganismos han sido declarados patentables, sin importar la revisión de los ADPIC. ¿Cómo pueden nuestros gobiernos implementar esta obligación de los ADPIC y al mismo tiempo anticipar cambios que podrían deshacer este artículo? Los países Andinos decidieron ignorar la oportunidad de revisión. Ellos cortaron la discusión poniéndose en línea con la primera parte del artículo 27. 3(b). Esto es que quiero decir con más allá de los ADPIC: nuestros gobiernos han aceptado menos de lo que esta dispuesto para ellos. *Ibíd.*, pág. 3.

propuestas presentadas oficialmente en relación a biodiversidad y conocimiento tradicional. A nuestros ojos, el problema que se presenta es que una vez aprobada esta normativa regional — Decisión 486 —, las negociaciones a lo interno de la OMPI se debilitan para los países en desarrollo. Que importancia puede tener para los países desarrollados la revisión del artículo 27. 3 (b) si los países en desarrollo se encuentran implementándolo<sup>116</sup>.

Con relación a otros tipos de propiedad intelectual la “Decisión 486” señala que no podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando: consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso<sup>117</sup>. **Esto podría a ayudar a situaciones en donde incluso se pone a las invenciones nombre de comunidades indígenas, siendo estos nombres luego registrados como marca comercial.**

---

<sup>115</sup> Ver dentro de este documento: ADPIC esperanza o desilusión, Artículo 27.3 (b) en revisión. Pág 255.

<sup>116</sup> Uno podría preguntarles, si no era mejor esperar precisamente esa renegociación y asegurar beneficios en el campo de transferencia de tecnología, para comenzar entonces la discusión sobre el patentamiento de recursos biológicos y genéticos. M. Florez. Decisión Andina: ¿Un paso adelante?. Un reto a la capacidad de invención. Revista Puentes. International Centre for Trade and Sustainable Development. Vol.3, No.2. Setiembre-Octubre, 2000.

<sup>117</sup> Decisión 486. Artículo 136.

No negamos el valor que tiene este nuevo acercamiento de los temas del ADPIC y de la CDB<sup>118</sup>, sin embargo los pueblos indígenas deben ser cautelosos por que a partir de que esta normativa se implemente en el ámbito nacional, ellos los “pueblos Indígenas, Africaribeños y comunidades locales” entrarán dentro del mundo de las invenciones y con ello de las patentes bajo la sombrilla de la “legalización”. Todo esta creado y dispuesto para que quienes quieren patentar invenciones que utilicen material genético y conocimiento tradicional asociado lo puedan hacer al amparo de la ley.

Listos o no los pueblos indígenas deben tomar en cuenta estas posibilidades ya existentes antes de conceder licencias o contratos sobre sus conocimientos y conocer las implicaciones de las patentes. También paralelamente podrían impulsar otros medios de protección de los recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado que fortalezcan sus propias aspiraciones.

---

<sup>118</sup> Los mecanismos propuestos por la Decisión 486 podrían servir para promover que los principios generales de la CDB sobre acceso y distribución de beneficios y el respeto a los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas, sean efectivamente tomados en cuenta en la aplicación de los sistemas de propiedad intelectual y coadyuven a la búsqueda de mecanismos que permitan compatibilizar los DPI con el CDB. M.Ruiz. ¿Decisión Andina un Paso Adelante? Estableciendo sinergias entre el CDB y el régimen de propiedad industrial. Revista Puentes. International Centre for Trade and Sustainable Development. Vol.3, No.2. Setiembre-Octubre, 2000.