

# BIODIVERSIDAD Y PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

Mario MELGAR FERNÁNDEZ

SUMARIO: I. *Nota introductoria.* II. *Aspectos generales del Convenio sobre la Diversidad Biológica.* III. *La propiedad intelectual en el régimen del Convenio sobre la Diversidad Biológica.* IV. *Protección de los conocimientos tradicionales. Problemas y propuestas.* V. *Consideraciones finales.*

## I. NOTA INTRODUCTORIA

Este ensayo estudia la relación entre el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992 (en lo subsecuente, el CDB) y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en lo subsecuente, el ADPIC). Se trata de una materia que presenta toda una serie de complejidades. Jurídicamente, se ubica entre el cada vez más codificado derecho internacional del medio ambiente y el cada vez más expansivo derecho internacional económico; política y económicamente, se enmarca dentro del fenómeno de la globalización y el enfrentamiento Norte-Sur sobre la soberanía sobre los recursos naturales y la transferencia de tecnología; y socialmente, impacta en la desigualdad mundial y en el futuro del medio ambiente global. Los intereses afectados por esta relación son múltiples, abarcando desde los sectores industriales más pujantes —las bioindustrias— hasta las comunidades indígenas más alejadas del desarrollo.

Por ello, no sorprende que en el origen de las tensiones entre los regímenes de la diversidad biológica y la propiedad intelectual

tual, se encuentren distintos paradigmas que responden a posturas políticas y económicas enfrentadas. Por un lado, un grupo de actores capaces de establecer un régimen universalizado y eficaz de protección a la propiedad intelectual, como lo es el ADPIC:<sup>1</sup> los países más desarrollados y sus enormes complejos industriales, que gozan de la capacidad de llevar a cabo la casi totalidad de la investigación y desarrollo científico y tecnológico.

Estos últimos, sin embargo, dependen cada vez más de los recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales de países menos desarrollados económica y tecnológicamente,<sup>2</sup> pero ricos en biodiversidad.<sup>3</sup> Son éstos quienes buscan establecer, mediante el CDB, un régimen de protección a la diversidad biológica y un sistema de participación equitativa en los beneficios que se derivan de la utilización de sus recursos y conocimientos.

Así, mientras que el régimen del ADPIC concede a aquellas personas que desarrollan nuevos conocimientos una serie de derechos de contenido económico (marcas, patentes, diseños de utilidad, secretos comerciales, etc.), el CDB reconoce a los Estados derechos soberanos sobre sus recursos biológicos y busca una participación *justa* en los beneficios que se deriven de su explotación, incluyendo al conocimiento tradicional que detentan y apor-

1 El ADPIC establece un nivel internacional mínimo de protección a la propiedad intelectual, según los criterios de los países industrializados, que perciben un nivel de protección desigual como una barrera al comercio. Véanse: Gervais, Daniel, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, London, Sweet and Maxwell, 1998, y Ryan Michael P., *Knowledge Diplomacy. Global competition and the politics of intellectual property*, Washington, D.C., Brookings Institution Press, 1998.

2 Se calcula que al menos el 25% de los medicamentos administrados en los Estados Unidos contienen sustancias activas provenientes de plantas. Véase Baer W. Karen, "A Theory of Intellectual Property and the Biodiversity Treaty", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Spring, 1995, vol. 21, pp. 271 y ss.

3 Swanson describe a los países desarrollados como aquellos ricos en capital humano (educación y capacitación), mientras que los países menos desarrollados son más bien ricos en capital natural (recursos naturales, biodiversidad). Sostiene su argumento confrontando la titularidad de patentes en América Latina, región *megadiversa* biológicamente pero poco desarrollada tecnológicamente: en 1990 el 89% de patentes biotecnológicas en América Latina correspondían a países desarrollados. Cfr. Swanson, Timothy, "Why is there a biodiversity convention? The international interest in centralized development planning", *International Affairs*, abril 1999, vol. 75, núm. 2, p. 329.

tan las comunidades indígenas.<sup>4</sup> La dicotomía entre ambos regímenes salta a la vista de la simple lectura de los textos. Mientras que el ADPIC parte de la creencia en la necesidad de un régimen fuerte de protección a la propiedad intelectual como requisito necesario para el bienestar económico y social,<sup>5</sup> el CDB alerta sobre los posibles conflictos entre sus objetivos y los derechos de propiedad intelectual.<sup>6</sup>

El objetivo de este ensayo consiste precisamente en identificar los aspectos del CDB que entran en conflicto con el régimen de la propiedad intelectual, para así proponer soluciones jurídicas deseables. Con ese fin, se parte de una exposición de los aspectos generales del CDB, destacando sus objetivos, el principio básico de control soberano de los Estados sobre sus recursos naturales, y la calificación de la diversidad biológica como “interés común de la humanidad”. Posteriormente, se presenta un estudio de los aspectos del Convenio que inciden en —o son incididos por— los derechos de propiedad intelectual, a saber: 1) la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad, 2) la participación en los beneficios que de ella se derivan, 3) el acceso y la transferencia de tecnología, y 4) la bioprospección y las comunidades indígenas. Por último, se exponen las dificultades de ofrecer protección jurídica a los conocimientos tradicionales ante una actividad bioprospectiva creciente. Se presentan un par de casos ilustrativos que permiten la presentación de propuestas.

4 Cfr. Tejera, Valentina, “Tripping over Property Rights: Is it possible to reconcile the Convention on Biological Diversity with Article 27 of the TRIPS Agreement?”, *New England Law Review*, 1999, vol. 33, issue 4, pp. 967-987.

5 El artículo 7o. del ADPIC señala el objetivo del acuerdo: “...La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones”.

6 Artículo 18, inciso 5o. del CDB: “... Las Partes Contratantes, reconociendo que las patentes y otros derechos de propiedad intelectual pueden influir en la aplicación del presente Convenio, cooperarán a este respecto de conformidad con la legislación nacional y el derecho internacional para velar por que esos derechos apoyen y no se opongan a los objetivos del presente Convenio”.

## II. ASPECTOS GENERALES DEL CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA

El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) entró en vigor el 29 diciembre de 1993. Después de una compleja negociación en el seno del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), el CDB se abrió a la firma durante la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo celebrada en Río de Janeiro en junio de 1992. A la fecha, más de 170 Estados miembros forman parte de este régimen global de protección del medio ambiente a partir del concepto de la diversidad biológica.<sup>7</sup>

El CDB entiende a la biodiversidad como un amplio conjunto que abarca: 1) la diversidad de ecosistemas, 2) la diversidad de especies, y 3) la diversidad genética dentro de cada especie.<sup>8</sup> Se ha dicho que de estos conceptos, la diversidad de ecosistemas ocupa el lugar primordial en importancia, ya que el ecosistema constituye el *hábitat* que condiciona la existencia y el desarrollo de las especies; mientras que la diversidad de especies constituye el concepto central, y al que mayores esfuerzos de conservación se han dedicado; aunque la diversidad genética representa sin duda el nivel fundamental, pues es en el material genético donde se encuentra la materia prima para el desarrollo científico, industrial y agrícola, así como para la continua adaptación biológica a los cambios en el medio ambiente.<sup>9</sup>

Los objetivos que se propone el Convenio son: 1) la conservación de la diversidad biológica, 2) la utilización sostenible de sus componentes, y 3) la participación justa y equitativa en los bene-

7 Véase la página *web* del CDB: [www.biodiv.org](http://www.biodiv.org).

8 El artículo 2o. del CDB define la diversidad biológica como: "... La variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas".

9 Bowman, Michael, "The nature, development and philosophical foundations of the biodiversity concept in international law" en: Redgwell, C., y Boeman, M. (eds.), *International Law and the Conservation of Biological Diversity*, Great Britain, Kluwer Law International, 1995, pp. 5-6.

ficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos.<sup>10</sup> Sin lugar a dudas, el tercer objetivo es el que más interesa a los países en vías de desarrollo, que buscan establecer un régimen de intercambios en el que, como contrapartida a su riqueza genética, reciban transferencias de tecnología y una participación económica de los beneficios derivados.

Para hacer posible este intercambio, el Convenio reconoce a los Estados el ejercicio de derechos soberanos sobre sus recursos biológicos, desarrollando así el más general y aceptado principio del derecho internacional de soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales.<sup>11</sup> De esta manera, en el Preámbulo se afirma que “los Estados tienen derechos soberanos sobre sus propios recursos biológicos”, mientras que el Artículo 3o. reconoce que “De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental...”, y el artículo 15, inciso 1o. otorga a los Estados la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos “en reconocimiento de los derechos soberanos... sobre sus recursos naturales”.<sup>12</sup>

Naturalmente, el ejercicio de este derecho soberano está limitado por el principio general del derecho internacional del medio

10 Artículo 1o. del CDB: “Los objetivos del presente Convenio, que se han de perseguir de conformidad con sus disposiciones pertinentes, son la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así mediante una financiación apropiada”.

11 Véanse las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas: 1803 XVII (1966), y 3281 XXIX (1974), así como la Carta Mundial de la Naturaleza, Resolución 37/7, del 28 de octubre de 1982, párrafo 22.

12 Con anterioridad al CDB existía una práctica de *libre acceso* a los recursos genéticos, que se consideraban —por los países desarrollados— como “patrimonio común de la humanidad”. El Convenio cambia fundamentalmente las reglas del juego. Como afirma algún autor: “[T]he Biodiversity Convention reverses previous international law relating to access to genetic resources...”. Cfr. Wold, Chris, “The Futility, Utility and Future of the Biodiversity Convention”, *Colorado Journal of International Environmental Law*, 1998, vol. 9, issue 1, p. 8.

ambiente según el cual cada Estado debe asegurarse de que “las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”.<sup>13</sup>

También destaca la calificación de la biodiversidad como “*interés* común de toda la humanidad” en el Preámbulo del Convenio, concepto que no tiene las mismas implicaciones jurídicas que el de “*patrimonio* común de la humanidad” —término obviamente preferido por los países industrializados—, pero que indica un reconocimiento del legítimo interés de la comunidad internacional en la conservación y uso sustentable de la biodiversidad por parte de cada Estado.<sup>14</sup>

El CDB reconoce el derecho de los Estados a negociar los términos de acceso a sus recursos genéticos. El artículo 15, inciso 1o. señala que: “En reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos incumbe a los gobiernos nacionales y está sometida a la legislación nacional”. Si bien el párrafo 2o. del mismo artículo busca flexibilizar el ejercicio de este derecho, la redacción elegida no limita en modo alguno el derecho establecido en el párrafo precedente.<sup>15</sup>

El CDB busca como contrapartida al acceso de los recursos genéticos la transferencia de tecnología aportada por los usuarios de los recursos. Para ello, el régimen de acceso a los recursos ge-

13 CDB, artículo 3o. Sobre los principios generales del Derecho Internacional del Medio Ambiente véase Sands, P., *Principles of international environmental law*, Manchester, Manchester University Press, 1996.

14 Para A. Boyle: “Like concern for human rights, it (la referencia al interés común) acknowledges that the management of a State’s own environment and resources is a matter in respect of which all States, or all parties to the convention, have standing, even if they are not directly injured by any specific misuse of resources”. Boyle, Alan, “The Rio Convention on Biological Diversity” en Redgwell, C., y Bowman, M. (eds.), *op. cit.*, nota 9, p. 40.

15 CDB, artículo 15, inciso 2o.: “Cada Parte Contratante procurará crear condiciones para facilitar a otras Partes Contratantes el acceso a los recursos genéticos para utilidades ambientalmente adecuadas, y no imponer restricciones contrarias a los objetivos del presente Convenio”. También véase la Decisión de la COP V/26, sobre Acceso a los Recursos Genéticos.

néticos y de transferencia de tecnología se basa en el principio de acuerdo mutuo. Los artículos 16 a 19 del CDB tratan diversos aspectos de la transferencia de tecnología y la cooperación científica. Se establece un compromiso de las Partes de asegurar y facilitar el acceso y transferencia de tecnologías “pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica o que utilicen recursos genéticos y no causen daños significativos al medio ambiente”;<sup>16</sup> dicho acceso y transferencia deberán ser, para los países en vías de desarrollo, “en condiciones justas y en los términos más favorables”, tomando en cuenta “la protección adecuada y eficaz de los derechos de propiedad intelectual”.<sup>17</sup> El CDB también incluye disposiciones en materia de intercambio de información,<sup>18</sup> de cooperación científica y técnica<sup>19</sup> y de gestión de la biotecnología y reparto de sus beneficios.<sup>20</sup>

### III. LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL RÉGIMEN DEL CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA

Si bien no existe acuerdo político sobre la naturaleza de la relación entre el régimen internacional de la propiedad intelectual y el CDB,<sup>21</sup> sí es posible identificar aspectos del CDB que de manera clara inciden sobre la propiedad intelectual: a) conservación y uso sostenible de la diversidad biológica; b) participación en los

16 CDB, artículo 16, inciso 1o.

17 CDB, artículo 16, inciso 2o.

18 CDB, artículo 17.

19 CDB, artículo 18.

20 CDB, artículo 19.

21 Durante la III reunión de la Conferencia de las Partes del CDB (en lo subsecuente, las COP) en noviembre de 1996, los Estados Parte reconocieron que: “... further work is required to help develop a common appreciation of the relationship between intellectual property rights and the relevant provisions of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights and the Convention on Biological Diversity...”. *Cfr.* Punto 8o. de la Decisión de la COP III/17. A pesar de no ser concluyentes, también véanse los estudios que, a solicitud del Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), ha realizado el Consejo del ADPIC sobre la relación entre el CDB y el ADPIC: Doc. WT/CTE/W/125, del 5 de octubre de 1999; y Doc. IP/C/W/216, del 3 de octubre del 2000.

beneficios derivados de los recursos genéticos y la biotecnología; c) acceso a y transferencia de tecnología, y d) conocimientos tradicionales y comunidades indígenas. Debe tenerse en mente que en el fondo de todos estos aspectos se encuentra un elemento de fondo común: la intención de lograr un marco de equidad en los intercambios de recursos biológicos y conocimientos tradicionales que se presentan entre poseedores y usuarios.<sup>22</sup> A continuación se expone la relación entre los conceptos del CDB y la propiedad intelectual dentro de cada uno de estos tópicos.

### 1. *Conservación y uso sostenible de la diversidad biológica*

Según el CDB, cada Parte, en la medida de lo posible y según proceda: a) "... Integrará el examen de la conservación y la utilización sostenible de los recursos biológicos en los procesos nacionales de adopción de decisiones", y b) "... Adoptará medidas relativas a la utilización de los recursos biológicos para evitar o reducir al mínimo los efectos adversos para la diversidad biológica."<sup>23</sup>

Existen distintas posturas sobre el efecto que tienen los derechos de propiedad intelectual —y especialmente las patentes— sobre la diversidad biológica. El otorgamiento de patentes que abarcan distintas formas de vida en los Estados Unidos ha despertado interés sobre el tema, y no sólo en dicho país. Las posturas al respecto pueden, en términos generales, dividirse en:<sup>24</sup> 1) quienes defendiendo un régimen fuerte de protección de la propiedad intelectual sostienen que éste favorece la conservación biológica, en la medida en que tal protección garantiza que las empresas continúen realizando inversiones en estudios de pros-

22 Cfr. Tarasofsky, Richard G., "The Relationship Between the TRIPS Agreement and the Conention on Biological Diversity: Towards a Pragmatic Approach", *Review of European Community and International Environmental Law*, 1997, vol. 6, issue 2, pp. 148-156.

23 CDB, artículo 10o.

24 Un desarrollo de estas posturas puede verse en: Dufield, Graham, *Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity*, London, IUCN, Earthscan Publications Ltd., 2000, pp. 40-74.



pectiva e investigación con los proveedores de recursos genéticos, lo que fomenta que los Estados y las comunidades locales cuiden sus valiosos recursos; y

2) quienes afirman que el régimen de patentes crea incentivos perversos que llevan a la destrucción de la biodiversidad, establece monopolios injustos, es inmoral, y fomenta la biopiratería.<sup>25</sup>

El alcance y las implicaciones de este debate escapan el objeto de este trabajo.<sup>26</sup> Sin embargo, basta con señalar que se trata de un aspecto sobre el que no hay acuerdo, ni científico ni político, y que enfrenta a los enormes complejos de la industria biotecnológica y a los gobiernos que las respaldan con organizaciones no internacionales, grupos de campesinos, comunidades indígenas y Estados que, aunque menos desarrollados, ejercen un peso considerable en el sistema internacional, como claramente lo hacen la India y Brasil.

## *2. Participación en los beneficios derivados de los recursos genéticos y la biotecnología*

Más arriba se ha comentado el artículo 15 del CDB en relación al acceso a los recursos genéticos. Si bien en dicho numeral no hay una referencia explícita a los derechos de propiedad intelectual, desde 1996 la COP decidió solicitar al secretario ejecutivo colaborar con el Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), para explorar en qué medida puede haber relación entre el artículo 15 del CDB

<sup>25</sup> Una de las voces más activas en la lucha contra las patentes es la de V. Shiva. Véase: Shiva, Vandana, *Tomorrows Biodiversity*, London, Thames and Hudson, 2000. Sobre biopiratería véase Sarma, Lakshmi, "Biopiracy: Twentieth Century Imperialism in the form of international agreement", *Temple International and Comparative Law Journal*, 1999, issue 1, vol. 13, pp. 107-136.

<sup>26</sup> El estudio preliminar preparado por el secretario ejecutivo del CDB para la COP III ofrece información interesante sobre el impacto de los sistemas de derechos de propiedad intelectual sobre la conservación y utilización sostenible de la biodiversidad biológica y sobre el reparto de beneficios. Documento UNEP/CBD/COP/3/22, del 22 de septiembre de 1996.

y el ADPIC.<sup>27</sup> Sin embargo, ni las Partes del Convenio, ni el Grupo de Expertos constituido para analizar la cuestión del acceso a los recursos genéticos, han logrado llegar a acuerdos sustantivos sobre la materia. En vista de ello, la COP determinó solicitar a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) la realización de estudios sobre la relación entre las disposiciones del CDB y el ADPIC, así como pedir a su secretario ejecutivo que solicite al Consejo del ADPIC el acceso a sus reuniones en calidad de observador.<sup>28</sup>

De la distribución de los beneficios derivados de la biotecnología se ocupa el artículo 19. Su párrafo 2o. establece que:

... Cada Parte Contratante adoptará todas las medidas practicables para promover e impulsar en condiciones justas y equitativas el acceso prioritario de las Partes Contratantes, en particular los países en desarrollo, a los resultados y beneficios derivados de las biotecnologías basadas en recursos genéticos aportados por esas Partes Contratantes.

Si bien dicho acceso debe ser bajo términos acordados mutuamente, está claro que conceptualmente se presentan incompatibilidades entre esta disposición y los derechos de propiedad inherentes a una patente. En contradicciones como ésta, que ni el Convenio ni sus órganos han logrado resolver, se encuentra el rechazo de los Estados Unidos al CDB,<sup>29</sup> una ausencia que, sin duda, daña su eficacia.

Como hemos visto, al momento no se han definido los alcances que tienen las disposiciones del CDB sobre acceso a los recursos genéticos y reparto equitativo de los beneficios derivados de éstos, así como de los derivados de la biotecnología, sobre el régimen de la propiedad intelectual. Es de esperarse que los tra-

27 Decisión de la COP III/15.

28 Decisión de la COP V/26, parte B.

29 Cfr. Grubb, Philip W., *Patents for Chemicals, Pharmaceuticals and Biotechnology: Fundamentals of Global Law, Practice and Strategy*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 45.

bajos que se desarrollan actualmente en distintos foros, diplomáticos y académicos, sean tomados en cuenta en las próxima reunión de la COP en mayo del 2002.

### 3. Acceso y transferencia de tecnología

El acceso a los recursos genéticos y su contrapartida, la transferencia de tecnología, forman parte esencial de los objetivos del Convenio.<sup>30</sup> Se parte del supuesto de que la transferencia de tecnología es un instrumento básico en la conservación de la biodiversidad y un elemento esencial para una utilización sostenible de la misma. En este sentido, en el artículo 16, inciso 1o. las Partes reconocen que el acceso y transferencia de tecnología (incluyendo la biotecnología) son “elementos esenciales para el logro de los objetivos del presente Convenio”.

El artículo 16 del CDB es el resultado de una compleja negociación entre los países industrializados y los países ricos en biodiversidad, y es además el único numeral que hace una referencia directa a los derechos de propiedad intelectual. Su inciso 3o. dispone en la parte final que:

... En el caso de *tecnología sujeta a patentes y otros derechos de propiedad intelectual*, el acceso a esa tecnología y su transferencia se asegurarán en condiciones que tengan en cuenta *la protección adecuada y eficaz de los derechos de propiedad intelectual* y sean compatibles con ella.

Debe notarse que el lenguaje utilizado en la redacción de esta disposición supone un vínculo con el ADPIC, pues los calificativos “adecuada y eficaz” corresponden con la terminología utilizada en dicho Acuerdo.<sup>31</sup>

Los incisos 3o. y 4o. del artículo 16 buscan promover el acceso de los países en vías de desarrollo a la tecnología que utilice sus recursos genéticos, incluida la tecnología protegida por dere-

30 Véase el artículo 1o. del CDB, nota 10.

31 Dutfield, G., *op. cit.*, nota 24, p. 34.

chos de propiedad intelectual. Por su importancia y complejidad, cito ambos incisos a continuación:

Artículo 16.

3o. Cada Parte Contratante tomará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, con objeto de que se asegure a las Partes Contratantes, en particular las que son países en desarrollo, que aportan recursos genéticos, el acceso a la tecnología que utilice ese material y la transferencia de esa tecnología, en condiciones mutuamente acordadas, *incluida la tecnología protegida por patentes y otros derechos de propiedad intelectual*, cuando sea necesario mediante las disposiciones de los artículos 20 y 21, y con arreglo al derecho internacional y en armonía con los párrafos 4 y 5 del presente artículo.

4o. Cada Parte Contratante tomará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, con objeto de que el sector privado facilite el acceso a la tecnología a que se refiere el párrafo 1, su desarrollo conjunto y su transferencia en beneficio de las instituciones gubernamentales y el sector privado de los países en desarrollo, y a ese respecto acatará las obligaciones establecidas en los párrafos 1o., 2o. y 3o. del presente artículo.

La redacción de estos incisos es bienintencionada, pero poco eficaz. A pesar de buscar el acceso de los países menos desarrollados a los avances tecnológicos no establece un régimen para tal fin. El efecto que sí tuvieron estas disposiciones fue alinear a las compañías farmacéuticas —y en última instancia a los Estados Unidos—<sup>32</sup> en contra del CDB. Según observa S. Kadidal:

Biotechnology companies fear that this provision, together with the Convention's financing provisions, will allow developing

32 Después de amenazar con retirarse de las negociaciones, precisamente por las disposiciones en materia de transferencia tecnológica, los Estados Unidos, una vez iniciada la administración Clinton, firmaron el Convenio el último día en que estuvo abierto a firma. Sin embargo, el proceso de ratificación al parecer está congelado. En la Declaración adjunta al Acta Final de Nairobi, los Estados Unidos manifestaron lo siguiente: "As a matter of substance, we find particularly unsatisfactory the texts treatment of intellectual property rights...". Declaración en: 31 *International Legal Materials*, 848 (1992).

countries to claim a portion of the proceeds from successful products retroactively, after the risky investment period of development has passed. Such claims would prevent the private sector from accurately predicting future returns from research projects that require enormous investments.<sup>33</sup>

Por último, el inciso 5o. también es interesante, pues en él los Estados Parte reconocen “que las patentes y otros derechos de propiedad intelectual pueden influir en la aplicación del presente Convenio”, y en ese sentido “cooperarán a este respecto de conformidad con la legislación nacional y el derecho internacional para velar por que esos derechos apoyen y no se opongan a los objetivos del presente Convenio”. La redacción no deja lugar a dudas de que desde la negociación del CDB se preveían posibles conflictos entre el nuevo régimen de la biodiversidad y el régimen internacional de la propiedad intelectual.<sup>34</sup>

#### 4. *Bioprospección y comunidades indígenas*

La bioprospección, es decir, la exploración de la biodiversidad para el desarrollo, producción y comercialización de productos derivados de los recursos genéticos, es una actividad cuya importancia va en aumento.<sup>35</sup> Históricamente, las compañías productoras de semillas y productos agroquímicos se han beneficiado del libre flujo de germoplasma y, especialmente, del conocimiento

33 Kadidal, Shayana, “Plants, Poverty and Pharmaceutical Patents”, *Yale Law Journal*, 1993, vol. 103, n. 25. Otro autor explica que: “Some industrialized countries had concerns that these provisions [artículos 16 y 19] would be used to bring back the discredited ideas of compulsory transfer of technology without adequate compensation, and for this reason the USA initially refused to sign the CBD”. Grubb, P., *op.cit.*, nota 29, pp. 44-46.

34 Shayana, K. *op.cit.*, p. 229, nota 33.

35 Si bien la utilización de los recursos genéticos para el desarrollo de productos farmacéuticos, agrícolas y químicos ha existido desde hace al menos un siglo, los avances en la biotecnología permiten suponer que el potencial económico de esta actividad es enorme. Se calcula que diversas empresas y agencias gubernamentales actualmente investigan cerca de 1000 plantas tradicionales y sus posibles usos, mientras que el *National Cancer Institute* de los Estados Unidos ha compilado más de 10,000 especímenes de plantas en los últimos cinco años. *Cfr.* Tejera, V., *op.cit.*, nota 4, p. 972.

proveniente de comunidades indígenas sobre las propiedades características de dichos recursos.<sup>36</sup>

A pesar de que la rentabilidad de estas industrias es altísima, se calcula que menos del 0.001% de los beneficios han sido compartidos con dichas comunidades.<sup>37</sup> Por ello, el reparto equitativo de los beneficios y el acceso a los recursos genéticos están íntimamente ligados con los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas.

Así lo constata el 8o., inciso *j* del CDB, que establece que cada Parte Contratante:

... [c]on arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente.

Conviene revisar el lenguaje utilizado. Al hablar de “conocimientos, innovaciones y prácticas”, el Convenio reconoce la aportación que las comunidades indígenas realizan al desarrollo de conocimientos aplicables a distintos sectores económicos, y el que dichos conocimientos no son estáticos, a pesar de que “entrañen estilos tradicionales de vida”.<sup>38</sup>

36 La bioprospección sin la información que proporcionan las comunidades indígenas sería como “encontrar una aguja en un pajar”. *Cfr.* Tejera, V., *ibidem.*, p. 973.

37 Posey, Daniel A., y Dutfield, Graham, “Plants, Patents and Traditional Knowledge: Ethical Concerns of Indigenous and Traditional Peoples”, en: Van Overmalle, Geertrui (ed.), *Patent Law, Ethics and Biotechnology*, Bruxelles, Katholieke Universiteit Leuren, Katholieke Universiteit Brusel, Bruylant, 1998, p. 113. Lo mismo puede decirse de otras industrias, como son: productos personales, cosméticos, alimentos, aceites, esencias, pesticidas y preservativos.

38 *Cfr.* Estudio Preliminar del Secretario Ejecutivo del CDB, nota 26, párrafo 31.

Se reconoce a los conocimientos tradicionales un valor como herramientas “pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica”. Asimismo, la disposición asume que dichos conocimientos tienen un valor *económico-comercial*, y por ello dispone que los beneficios derivados de su utilización deben ser compartidos equitativamente con “quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas”.<sup>39</sup> Al utilizar el concepto de posesión, el CDB reconoce a las comunidades indígenas y locales un derecho de propiedad sobre sus conocimientos, estén o no protegidos por los derechos de propiedad intelectual.<sup>40</sup>

#### IV. PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES. PROBLEMAS Y PROPUESTAS

La estructura y el funcionamiento de los derechos de propiedad intelectual, y especialmente de las patentes, tal y como se prevén en el ADPIC y en la mayoría de las legislaciones nacionales, está lejos de ser idónea para la protección de los conocimientos tradicionales.<sup>41</sup> Ello se debe técnicamente a los siguientes obstáculos: 1) el dominio público de los conocimientos tradicionales, dada la naturaleza “abierta” o compartida de dichos conocimientos, lo que los excluye como materia patentable; 2) la falta de novedad, ya que frecuentemente se trata de conocimientos milenarios, transmitidos de generación en generación, y 3) la imposibilidad de identificar al titular de los derechos, ya que normalmente no

39 Da Costa e Silva, Eugenio, “The Protection of Intellectual Property for Local and Indigenous Communities”, *European Intellectual Property Review*, 1995, Vol. 11, p. 546.

40 Dutfield, G., *op.cit.*, nota 24, p. 35.

41 Varios grupos indígenas han argumentado que los “mecanismos de protección existentes son insuficientes para la protección de los Derechos de Propiedad Intelectual y los Derechos Intelectuales de los Pueblos Indígenas. Cfr. *Mataatua Declaration on Cultural and Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples*. 1993. Ginebra: Comisión de los Derechos Humanos, Sub-Comisión sobre la Prevención de la Discriminación y Protección de Menores. Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas. Doc. No. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1993/CRP.5. Citado en: Documento UNEP/CBD/COP/3/22, párrafo 32.

hay una “apropiación” individual de los mismos.<sup>42</sup> Posey y Dutfield señalan otros problemas, como que los derechos de propiedad intelectual buscan estimular la comercialización y distribución de productos, reconociendo únicamente los valores del mercado, desconociendo el valor espiritual, cultural o estético que las comunidades indígenas buscan transmitir a las generaciones futuras. Además, la obtención, gestión y protección de los derechos de propiedad intelectual tienen un costo económico muy elevado, debido al difícil o imposible acceso a la información, a una asesoría legal adecuada y a recursos financieros.<sup>43</sup>

Como es conocido, las oficinas nacionales de patentes de países desarrollados —especialmente en los Estados Unidos y en la Comunidad Europea— han concedido patentes a compañías que se han beneficiado de recursos genéticos y de conocimientos de comunidades indígenas de terceros países. El efecto de este tipo de patentes, a los ojos de los poseedores originarios, equivale no sólo a biopiratería, sino a la privatización de los conocimientos tradicionales de las comunidades locales.

Ampliamente comentado ha sido el caso de la patente sobre el turmérico (*turmeric*) para acelerar la curación de heridas, si bien otras también han recibido una atención considerable.<sup>44</sup> En marzo

42 Un grupo de abogados, académicos y activistas reunidos en 1993 emitieron la Declaración Bellagio (reproducida en: Boyle, J., *Shamans, Software and Spleens: Law an the Social Construction of the Information Economy*, Cambridge, Harvard University Press, 1996), en la que se afirma: “Contemporary intellectual property law is constructed around the notion of the author, the individual, the solitary and original creator, and it is for this figure that its protections are reserved. Those who do not fit this model —custodians of tribal culture and medical knowledge, collectives practicing traditional artistic and musical forms, or peasant cultivators of valuable seed varieties, for example— are denied intellectual property protection ...”.

43 Cfr. Posey, D. y Dutfield, G., *op.cit.*, nota 37, pp. 115-116.

44 Otro caso interesante es la patente otorgada en Estados Unidos sobre una variedad de la planta amazónica *Banisteriopsis caapi* (conocida como la patente “Ayahuasca”), cuyas propiedades medicinales han sido tradicionalmente aprovechadas por las tribus amazónicas. El otorgamiento de la patente fue combatido por grupos indígenas y ONGs, quienes lograron la revocación de la misma por falta de novedad. Para una revisión de éste y otros casos, como los del árbol “Neem” o el arroz “basmati”, cfr.: Downes, David R., “How Intellectual Property Could be a Tool to Protect Traditional Knowledge”, *Columbia Journal of Environmental Law*, 2000, vol. 25, pp. 276-281, y Dutfield, G., *op.cit.*, nota 24, pp. 65-67.



de 1995 la *Patent and Trademark Office* de los Estados Unidos (PTO) otorgó al Centro Médico de una Universidad estadounidense la patente para promover la curación de heridas mediante la administración de turmérico.<sup>45</sup> El turmérico es una especie derivada de la raíz *Curcuma longa*, una planta de la misma familia que el jengibre, que ha sido utilizada en la medicina tradicional en el sudeste asiático, y particularmente en la India desde hace siglos. El *Centre for Scientific and Industrial Research* (CSIR), un organismo dependiente del gobierno de la India, decidió interponer un recurso de revisión en contra de la patente. Para ello, fue necesario encontrar evidencia, en medios escritos, del uso previo del turmérico para curar heridas. Se encontraron documentos que así lo demuestran, algunos de ellos muy antiguos, en distintos idiomas, como el sánscrito, el urdo y el hindú. Fueron traducidos, presentados como evidencia y finalmente aceptados como prueba del uso previo del turmérico, lo cual permitió la revocación de la patente, por carecer de novedad.

Si bien éste es un caso que se resolvió favorablemente a los intereses de las comunidades indígenas, mostró las múltiples dificultades técnicas que enfrentan las comunidades indígenas para proteger lo que es suyo: a) falta de información sobre los conocimientos tradicionales de comunidades en regiones de alta biodiversidad, lo cual dificulta la búsqueda de antecedentes que deben realizar las oficinas de patentes; b) elevados costos de los procedimientos de oposición al otorgamiento de patentes, tanto económicos como técnicos; y c) práctica imposibilidad de iniciar tales procedimientos cada vez que se otorga una patente para “invenciones” sobre recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales, ya que el interés por oponerse a la patente no siempre es económico.

45 U.S. Patent 5,401,504. La información sobre este caso fue obtenida de: Anuradha, R.V., “IPRs: Implication for Biodiversity and local indigenous communities”, *Review of European Community and International Environmental Law*, 2001, issue 1, vol. 10, pp. 34-35.

Está claro que se requieren modificaciones en los actuales regímenes de la propiedad intelectual, tanto en los nacionales como el internacional. El inicio del artículo 8o., inciso *j* arriba citado prevé ya la necesidad de realizar reformas en las legislaciones nacionales. A nivel interno, los Estados podrían reformar su legislación en materia de propiedad intelectual, de manera que se exija como requisito en la solicitud de patente: 1) la divulgación del país y la región de origen de los recursos genéticos utilizados, así como de los conocimientos tradicionales utilizados para desarrollar la patente,<sup>46</sup> y 2) la presentación de la prueba de que dichos recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales han sido lícitamente obtenidos; es decir, bajo el consentimiento fundamentado previo del Estado de origen y/o de la comunidad indígena involucrada, según los términos del artículo 15, inciso 5o. del CDB.<sup>47</sup> Si bien la implementación de medidas como ésta puede hacerse de manera unilateral por cada Estado, deberá cuidarse su conformidad con el ADPIC.<sup>48</sup>

En todo caso, es preferible —técnica y políticamente— la adopción de medidas en foros multilaterales. La COP ha mostrado preocupación sobre el tema, y ha establecido un grupo de trabajo sobre la aplicación del artículo 8o., inciso *j* que involucra a los Estados Parte, a las comunidades indígenas y a organizaciones internacionales;<sup>49</sup> entre éstas, destaca la OMPI, que ha esta-

46 Cfr. Downes, D., *op.cit.*, nota 44.

47 “El acceso a los recursos genéticos *estará sometido al consentimiento fundamentado previo* de la Parte Contratante que proporciona los recursos ...”.

48 El artículo 29 del ADPIC, sobre las condiciones impuestas a los solicitantes de patentes, establece

1. Los Miembros exigirán al solicitante de una patente que divulgue la invención de manera suficientemente clara y completa para que las personas capacitadas en la técnica de que se trate puedan llevar a efecto la invención, y podrán exigir que el solicitante indique la mejor manera de llevar a efecto la invención ...”.

2. Los Miembros podrán exigir al solicitante de una patente que facilite información relativa a sus solicitudes y las correspondientes concesiones de patentes en el extranjero.

El Acuerdo, sin embargo, no permite ni desautoriza expresamente otro tipo de exigencias, por lo que su viabilidad no es aún clara.

49 Véanse las Decisiones de la COP, IV/9 y V/16.

blecido un Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folklore.<sup>50</sup> Sin duda sería conveniente que el Consejo del ADPIC participe de lleno en estos esfuerzos.

Otra acción tendiente a evitar la piratería, que se ha ensayado en la India —pero que podría intentarse a nivel global—, es la elaboración de bases de datos que contengan los conocimientos tradicionales, prácticas e innovaciones de dichas comunidades locales.<sup>51</sup> La existencia de estas bases de datos puede servir como punto de partida para que las comunidades locales reciban reconocimiento y remuneración por el uso que de sus conocimientos tradicionales se realice; y como evidencia, en medios físicos, de su existencia previa.

Por otro lado, el uso de algunas instituciones del derecho de la propiedad intelectual no debe descartarse. Particularmente podría explorarse la utilidad de las indicaciones geográficas o denominaciones de origen, en tanto se trata de figuras que protegen bienes que tienen una característica especial en virtud de su lugar de producción.<sup>52</sup> En realidad, lo que la denominación de origen indica es, no solamente un entorno físico, sino todo un sistema de producción, que incorpora determinadas prácticas sociales, culturales y ambientales, como ocurre en el caso de los vinos, los quesos, el tequila y otros productos que incorporan estilos tradicionales de vida. Además, la denominación de origen es un derecho que no se confiere a una persona en lo individual, no implica la creación de monopolios, ni puede ser enajenado, sino simplemen-

<sup>50</sup> Durante la primera sesión del Comité los primeros días de mayo de 2001 se reparó el Doc. WIPO/GRTKF/IC/1/3, “Matters Concerning Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore – An Overview”.

<sup>51</sup> Dutfield refiere los esfuerzos de la Society for Research and Initiatives for Sustainable Technologies and Institutions (SRISTI) y del Indian Institute of Science, que durante los últimos años han recopilado información sobre el conocimiento local de las distintas comunidades de la India. Dutfield, *op. cit.*, nota 24, pp. 121-124.

<sup>52</sup> El artículo 22, inciso 1o. del ADPIC define las indicaciones geográficas como: “...las que identifiquen un producto como originario del territorio de un Miembro o de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación, u otra característica del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico”.

te limita la clase de personas que pueden beneficiarse de ella.<sup>53</sup> La protección incluye, dentro del sistema del ADPIC, el que los Estados Miembros no permitan el registro de marcas que generen confusión en relación a las indicaciones geográficas que reconoce otro Estado Miembro.<sup>54</sup>

Un caso ilustrativo de la posible utilidad de las indicaciones geográficas es el del arroz Basmati. El Basmati es una variedad de arroz proveniente de las faldas del Himalaya en la India y Pakistán, cuyas características aromáticas son bien conocidas y apreciadas. A finales de los años noventa, una compañía francesa registró dos marcas que contienen la palabra “basmati” (*Riz Long Basmati* y *Riz Long Basmati du Monde*), mientras que una compañía norteamericana, *Ricetec*, comercializa arroz bajo del nombre de “Texmati”. La comercialización de estas marcas perjudica a los productores originales del arroz Basmati en Pakistán e Irán, quienes no cuentan con la protección derivada de una denominación de origen. Es muy probable que establecer esta figura del derecho de la propiedad intelectual sirva para proteger los intereses de las comunidades locales.<sup>55</sup>

## V. CONSIDERACIONES FINALES

La relación entre los regímenes internacionales de la propiedad intelectual y la diversidad biológica es política y técnicamente compleja. Políticamente, las dificultades derivan de los intereses divergentes de los actores involucrados, de la pluralidad institucional de foros (organizaciones internacionales, grupos de trabajo

<sup>53</sup> Cfr. Downes, *op.cit.*, nota 44, pp. 268-273.

<sup>54</sup> El artículo 22, inciso 2o. del ADPIC señala que: “... En relación con las indicaciones geográficas, los Miembros arbitrarán los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir: a) la utilización de cualquier medio que, en la designación o presentación del producto, indique o sugiera que el producto de que se trate proviene de una región geográfica distinta del verdadero lugar de origen, de modo que induzca al público a error en cuanto al origen geográfico del producto...”.

<sup>55</sup> Cfr. Dutfield, *op.cit.*, nota 24, pp. 87-88, así como Jamil, Uzma, “Biopiracy: the Patenting of Basmati by Ricetec”, <http://iucn.org/themes/ceesp/pub/basmati.htm>.

especiales, organizaciones no gubernamentales, etc.), y de las propias contradicciones internas que se dan al interior de los Estados. Técnicamente, los objetivos del CDB se ven limitados por fallas propias del Convenio (redacción tímida, ausencia de medios instrumentales, generalidad en sus objetivos), así como por el sistema global de la propiedad intelectual, que ofrece protección solamente a un tipo determinado de personas, y deja desamparados, aunque no de manera expresa o absoluta, a los miembros de colectivos locales.

Las contradicciones no son solamente conceptuales o ideológicas. Los intereses afectados son reales y merecen atención. Sería erróneo aceptar el sistema en su estado actual. Existen soluciones técnicamente viables, que pueden servir para conciliar las posturas políticas, acortar la desigualdad económica y social reinante, y fomentar una utilización sustentable de los recursos biológicos.