



La protección jurídica de los conocimientos tradicionales y sus desafíos

JORGE CAILLAUX ZAZZALI
MANUEL RUIZ MULLER

Sumario: Introducción. I. ¿Qué son los conocimientos indígenas y por qué son importantes?. II. Antecedentes políticos y jurídicos en el contexto internacional. III. La posición de los grupos indígenas y la biopiratería. IV. La protección defensiva y la protección positiva de los conocimientos indígenas. V. Hitos normativos: las normas de la Comunidad Andina y la ley peruana sobre Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Asociados a la Diversidad Biológica. VI. La protección jurídica de los conocimientos indígenas: perspectivas, retos y posibilidades. Reflexiones finales.

INTRODUCCIÓN

Desde la década de los años 80, pero con mucho más intensidad desde los años 90, el derecho relacionado con la protección de la propiedad intelectual (PI) se ha convertido en una de las disciplinas jurídicas de mayor desarrollo a nivel del derecho internacional y de sus expresiones en los sistemas jurídicos nacionales, no sólo por su estrecha conexión con los procesos de desarrollo científico y tecnológico sino especialmente por considerarse un instrumento fundamental del avance económico de las grandes potencias industriales y de las empresas multinacionales. El objetivo en materia de comercio de bienes y servicios, hoy que la palabra ‘globalización’ es de uso común, es muy específico: se trata de garantizar la conquista de nuevos mercados mediante el establecimiento legal de monopolios en el proceso económico que busca liberalizar el comercio hacia la eventual creación de un gran mercado global. El Derecho sobre la Propiedad Intelectual (DPI) estructurado en base a principios bastantes rígidos e inamovibles en el tiempo, se encuentra así experimentando un acelerado proceso de cambio en sus distintas instituciones clásicas en materia de patentes de invención, derechos de autor y de marcas, entre otros elementos de la PI como las indicaciones geográficas o denominaciones de origen. Ciertamente, los avances tecnológicos de las últimas dos décadas, especialmente en el campo de la tecnología de la información (TI), las telecomunicaciones y la biotecnología, han

propiciado una verdadera revolución en el pensamiento, la teoría y la legislación sobre la PI¹.

Como resultado de un proceso muy interesante de interacción de la PI con nuevas disciplinas jurídicas como el Derecho Ambiental y el Derecho de los Pueblos Indígenas, los DPI se encuentran ante el dilema de buscar alguna fórmula jurídica que permita incorporar a las legislaciones nacionales y al Derecho Internacional instrumentos que permitan la protección de los conocimientos tradicionales (CT) de los pueblos indígenas u originarios así como las expresiones del folclore. En efecto, la puesta en valor de estos CT se ha acrecentado, especialmente por el hecho de que las nuevas invenciones biotecnológicas se apoyan de manera significativa en ellos, lo que hasta hace muy poco pasaba casi desapercibido. De otro lado, el valor económico vinculado a las expresiones culturales como, por ejemplo, los diseños del arte tradicional expresados fundamentalmente en las distintas formas de la artesanía ha puesto el tema en debate pues la globalización de los mercados puede significar, como ya está sucediendo, una afectación real de las economías locales y tradicionales, especialmente en los países que mantienen poblaciones indígenas, por efecto de la apropiación ilícita de diseños, colores y otras formas tradicionales aportadas por el arte de los pueblos indígenas.

Se trata entonces de diseñar un sistema de PI que reconozca el valor actual y potencial de los CT acumulados y depositados en los pueblos indígenas sin que ello desaliente la investigación científica y tecnológica moderna asociada a los recursos naturales, especialmente a la diversidad biológica. El reto es diseñar un sistema de PI que respete la diversidad cultural y sus expresiones colectivas, siempre en el marco de una economía global sostenida en su crecimiento por la ampliación de nuevos mercados.

Sin duda, todo esfuerzo intelectual es merecedor de protección jurídica, siempre que se cumplan con ciertas condiciones y exigencias específicas planteadas por las diferentes disciplinas de la PI. Sin embargo, por la manera como fue concebido y estructurado el sistema de PI en sus orígenes, los CT no constituían objetos de protección de tal modo que los juristas y legisladores nunca consideraron su inclusión en el mundo de la PI. Es por ello que durante décadas (realmente siglos), los CT pasaron desapercibidos y desprotegidos, a pesar de que su mantenimiento y desarrollo supone la existencia de una gran actividad creadora e inventiva transmitida de generación a generación en constante re-creación.

El proceso de globalización, la intensificación en el uso de los recursos naturales y la interacción más directa con grupos indígenas, la biotecnología, la organización del movimiento indígena y, especialmente, el *Convenio sobre la Diversidad Biológica* (CDB - 1992) cambiaron esta situación. Cada uno de estos factores, en diferentes planos y a su manera, ha influido en el creciente interés político, jurídico y económico por desarrollar y propiciar la búsqueda de fórmulas que permitan la protección jurídica de los CT².

1. Para detalles de este proceso y evolución ver: Holyoak, Jon y Torremans, Paul. *Intellectual Property Law*. Second Edition. Butterworths; London, Edinburgh, Dublin, 1998.

2. Laird ha publicado un texto muy interesante y comprehensivo en el que se explican cada uno de estos factores y la relevancia que han tenido en el tiempo. Laird, Sarah (Ed.). *Biodiversidad y*

En este breve ensayo haremos una aproximación crítica al dilema que enfrenta el DPI frente a la protección de los CT. No se abordará el tema de la protección del folclore y expresiones culturales y de las indicaciones geográficas pues ello requiere de un ejercicio mayor³. Primeramente, se explica lo que son los CT y por qué son importantes y relevantes para el DPI. Seguidamente, se repasan ciertos antecedentes políticos y normativos a partir de los cuales los CT comenzaron a incorporarse a las negociaciones multilaterales relacionadas con la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica y al mundo de la PI. En tercer lugar, se describen las reacciones de los pueblos indígenas y de los países originarios al uso ilegal o ilegítimo de los recursos genéticos y de los CT asociados a ellos así como las posiciones políticas que este hecho plantea. Luego, se analizan las variantes existentes para proteger los CT (las denominadas protección positiva y protección defensiva) y cómo se han materializado éstas en la legislación andina y en la Ley 27811 del Perú promulgada el 2002 que establece un *Régimen Especial de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Asociados a la Diversidad Biológica*⁴. Finalmente, se ofrecen algunas reflexiones sobre la viabilidad y posibilidades de protección efectiva de los CT y los retos que tendrán que enfrentarse en este proceso, especialmente cuando proliferan los tratados de comercio bilaterales.

I. ¿QUÉ SON LOS CONOCIMIENTOS INDÍGENAS Y POR QUÉ SON IMPORTANTES?

No hay definiciones unívocas sobre lo que son los conocimientos indígenas o conocimientos tradicionales (CT) desde una perspectiva jurídica. El CDB hace referencia a «conocimientos, innovaciones y prácticas de comunidades indígenas y locales», mientras que en la *Organización Mundial de la Propiedad Intelectual* (OMPI) se usa regularmente el concepto de CT para englobar toda manifestación intelectual de los pueblos indígenas y sus comunidades⁵.

Conocimiento Tradicional. Participación Equitativa en la Práctica. Manual de Conservación. WWF, UNESCO y Jardín Botánico de Kew. Nordan Comunidad. Uruguay, 2003.

3. No debe descartarse y más bien resulta importante considerar el nivel de protección complementario que las indicaciones geográficas pueden ofrecer a los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. En principio, la combinación de marcas de producto con el registro y aceptación internacional de una indicación geográfica puede ser más fácilmente comprendida y aplicada por los interesados y los consumidores, entre otras razones, debido a que por su naturaleza este elemento de la propiedad intelectual también tiene el carácter colectivo y de origen propio de los conocimientos tradicionales.
4. Ruiz hace un análisis comparativo de los avances políticos y normativos en la protección de los conocimientos tradicionales en los diez países de la Cuenca Amazónica. Ver: Ruiz, Manuel. *Protección Sui Generis de los Conocimientos Indígenas en la Amazonía*. CAF, Parlamento Amazónico, SPDA. Lima, Perú, 2002. Disponible en: <http://www.spda.org.pe>
5. Para un análisis detallado de esta y otras definiciones (tales como «pueblo indígena», «comunidad indígena, entre otras) se recomienda revisar los documentos producidos por el *Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimiento Tradicional y Folklore de la OMPI* (<http://www.wipo.int>). Especialmente se sugiere revisar : WIPO. *Intellectual*

Estas manifestaciones incluyen, entre otros: conocimientos sobre características y usos de plantas medicinales; técnicas y prácticas para curar determinadas enfermedades; técnicas para elaborar y preparar pocimas medicinales; conocimientos sobre cultivos y sus propiedades nutricionales; técnicas para cultivar y realizar actividades agrícolas; motivos y diseños usados en la actividad artesanal, entre otros.

En los debates que se suscitan en torno a los CT hay una división – artificial dirán algunos – entre lo que son los CT en su relación con la biodiversidad y sus componentes y los conocimientos que podrían llamarse expresiones de folklore, más ligados al arte, la danza, la música, la artesanía, la religión, las costumbres. Sin embargo, si bien existe esta división teórica, es claro que puede resultar complicado precisar los límites y fronteras entre ellos. Hay zonas grises donde el folklore y los CT se confunden y esto podría tener implicancias importantes al momento de definir el régimen legal bajo el cual podría encontrarse cada uno. Como se ha dicho, en este ensayo nos concentraremos en los CT entendidos en su relación directa con el uso de la biodiversidad y sus componentes.

La importancia de los CT ha sido desde hace mucho reconocida en ciertas áreas de las ciencias sociales tales como la Sociología, la Agronomía y la Etnobotánica. A los CT se les atribuye un valor social, cultural, religioso y espiritual para los pueblos indígenas y la diversidad cultural que trasciende las consideraciones estrictamente materiales y económicas. Sin duda, los CT constituyen el soporte vital para el sostenimiento de los pueblos indígenas y las posibilidades de adaptarse a cambios ambientales, ecológicos y sociales. En verdad, los conocimientos y la experiencia acumulada de los pueblos indígenas constituyen probablemente su único patrimonio intangible, particularmente en el contexto de influencias exógenas impuestas por las inevitables presiones de la economía y el libre mercado y del creciente interés por explorar y explotar recursos naturales muchas veces ubicados en tierras indígenas o en áreas muy cercanas a ellas. Una característica fundamental del aprovechamiento de los recursos naturales es que al acceder a ellos también es factible acceder a lo que se denomina el material o componente intangible (los conocimientos) asociados a ellos.

Pero los CT no solamente tienen una importancia inmediata para los pueblos indígenas. Se puede afirmar con certeza que gracias al saber de los pueblos indígenas alrededor del mundo se ha podido encontrar el principal paliativo para la malaria (la quinina y sus derivados), se ha logrado desarrollar la industria del fitomejoramiento (con variedades nativas de maíz, papa, trigo, arroz, entre otros), se han reducido en hasta 25% los costos de los pro-

Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders. WIPO Report on Fact Finding Missions on IPR and TK. Geneva, 1999. De otro lado, la ley peruana que establece un régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas (Ley 27811 que se explica más adelante) contiene definiciones que conviene revisar. Así, define *conocimiento colectivo* como el conocimiento acumulado y transgeneracional desarrollado por los pueblos y comunidades indígenas respecto a las propiedades, usos y características de la diversidad biológica, incluyendo el componente intangible al que se refiere la Decisión 391 de la Comunidad Andina. El concepto de *conocimientos tradicionales* que utilizamos en este trabajo incluye los *conocimientos colectivos*.

cesos de investigación y desarrollo de fármacos derivados de plantas y la biodiversidad en general (costos que se encuentran entre US \$ 100 – 500 millones), se han desarrollado productos naturales cuyos mercados anuales alcanzan los billones de dólares, entre otros aportes concretos al desarrollo científico y tecnológico y a la economía. Por ello, los custodios del saber indígena deberían recibir por aplicación del principio de equidad una justa compensación cuando sus CT conducen a la obtención de beneficios comerciales.

Un dato resulta revelador: el 25% de las drogas modernas prescritas alrededor del mundo, contienen al menos un compuesto derivado directa o indirectamente de plantas, muchas de las cuales han tenido un uso tradicional a nivel de los pueblos indígenas. Si se consideran los cálculos de fines de los años 80, es ya un lugar común afirmar que los mercados anuales globales para fármacos derivados de plantas medicinales eran de US \$ 10 – 20 billones. En un estudio ampliamente citado, Ten Kate y Laird calculaban que «...los mercados anuales globales de productos derivados de recursos genéticos en estos sectores [fármacos, medicinas botánicas, horticultura, control biológico, biotecnología – en áreas diferentes a la agricultura – cosméticos] son de US \$ 500 – 800 billones». Lo importante para el análisis no es la exactitud de las cifras en sí, sino las magnitudes. Si se considera que los CT pueden haber influido en los procesos iniciales de investigación y desarrollo en al menos un porcentaje de estos sectores, resulta innegable su importancia económica y su potencial contribución a aliviar en algo las graves condiciones de pobreza por la que atraviesan los pueblos indígenas⁶.

. Si a ello, se agrega el efecto positivo que la protección jurídica de los CT podría tener en el compromiso mundial de conservar la diversidad biológica y promover prácticas agrícolas sostenibles, es evidente que tanto el sistema de propiedad intelectual como cualquier otro mecanismo sui generis de protección tienen en este propósito un reto ineludible que actualmente es materia de análisis, debate y ensayo. Sin embargo, es más bien reciente el interés que muestran el Derecho y la Economía por abordar en profundidad los problemas y desafíos que la protección de los CT representa, especialmente cuando no puede olvidarse que los DPI son un instrumento importante en las políticas de desarrollo de los países, sean éstos desarrollados o en vías de desarrollo⁷.

II. ANTECEDENTES POLÍTICOS Y JURÍDICOS EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL.

En la década de los años 60 se empezó a discutir a nivel de la UNESCO cómo proteger las expresiones de folklore, íntimamente ligadas a manifestaciones culturales de las

6. Ten Kate, Kerry, Laird, Sarah. *The Commercial Use of Biodiversity . Access to Genetic Resources and Benefit Sharing*. European Commission. Earthscan Publications, UK, 1999.

7. Dos publicaciones recientes que analizan en detalle el tema de los CT desde una perspectiva jurídica y económica son : ICTSD, UNCTAD. *Intellectual Property Rights: Implications for Development*. Policy Discussion Paper, Geneva, 2003; y el Reporte de la Commission on Intellectual Property Rights (CIPR) *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy*; Londres, Septiembre 2002; el texto puede encontrarse en: <http://www.iprcommission.org>.

comunidades indígenas y locales y, ciertamente, resultado de importantes esfuerzos intelectuales en el campo del arte (diseños, pintura, canto, música, baile), el diseño de motivos tradicionales, los textiles y la artesanía, entre otros.

Posteriormente, hacia finales de los 70 algunos analistas políticos ya habían empezado a destacar las asimetrías y desequilibrios existentes entre países del Norte – industrializados, pobres en biodiversidad y diversidad cultural pero tecnológicamente avanzados – y los países de Sur – subdesarrollados, con una gran riqueza biológica y cultural – regularmente proveedores de materiales biológicos (y sus CT asociados) hacia el Norte. Con el desarrollo tecnológico de los países y las empresas multinacionales, los flujos de material biológico y del saber indígena asociado a ellos – no compensados y hasta ilegales en muchos casos - se hicieron más relevantes y urgentes para alimentar las industrias agrícolas, farmacéuticas, biotecnológicas y de bioremediación⁸.

En el año 1983, cuando se adoptó el *Compromiso Internacional de Recursos Fitogenéticos de la FAO* – instrumento jurídico no vinculante - se acordó reconocer que los recursos fitogenéticos (en su estado natural) constituían una «herencia común de la humanidad» cuyos intercambios no debieran restringirse innecesariamente. Sin embargo, el Compromiso reconocía derechos de propiedad intelectual, específicamente derechos de obtentor en beneficio de fitomejoradores (generalmente del Norte) que realizaban modificaciones y mejoraban estos recursos⁹.

Cuando se empezó a negociar el CDB a finales de los años 80 – originalmente un tratado «verde» de corte netamente conservacionista¹⁰ - se retomaron muchos de los debates legales relativos al status jurídico de los recursos genéticos, incluyendo micro-organismos hasta animales y plantas. En este caso, las discusiones se intensificaron pues paralelamente a las negociaciones que concluyeron con la adopción del CDB, en el ámbito del *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio* (GATT) y de su *Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio* (ADPIC) se empezaban a tratar cuestiones referidas a la biotecnología y patentabilidad de

-
8. Para conocer detalles de la historia del movimiento político y legal relacionado con los recursos genéticos se recomienda revisar: Pistorious, Robert. *Scientists, Plants and Politics. The History of the Plant Genetic Resources Movement*. IPGRI, Rome, 1997.
 9. El Compromiso Internacional de la FAO evolucionó en el tiempo. La Resolución FAO 4/89 (Anexo I) reconoció que los derechos de obtentor no son incompatibles con el Compromiso; también reconoció que el acceso libre no implica acceso sin costo ; la Resolución FAO 5/89 reconoció los Derechos del Agricultor (derivados de la contribución de los pequeños agricultores a la conservación y mantenimiento de los recursos fitogenéticos); finalmente, la Resolución FAO 3/91 reconoció los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos fitogenéticos. Todo esto expresaba el fuerte rechazo que los países menos desarrollados manifestaron en distintos foros internacionales a un concepto («patrimonio común de la humanidad») que parecía legitimar el acceso ilegal a los recursos fitogenéticos.
 10. Glowka, Lyle, Burhene Guilmin, Françoise, Syngé, Hugh. *Guía del Convenio sobre la Diversidad Biológica*. Centro de Derecho Ambiental de la UICN. Programa de Biodiversidad de la UICN. Serie de Política y Derecho Ambiental No. 30. Gland, Suiza , Cambridge, Reino Unido, 1993.

materia viva, incluidos los recursos biológicos y genéticos, con el propósito de ampliar el ámbito de la materia patentable y de elevar los niveles de protección.

En el caso del ADPIC, el artículo 27.3.b ha sido objeto de intenso debate en tanto establece que se podrán excluir de patentabilidad: « ... 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 o mediante una combinación de aquéllas y éste.*»

Parte de estos debates se han centrado en la posibilidad que este sistema *sui generis* pudiera referirse a un mecanismo legal que, por ejemplo, incluyera la protección de los conocimientos tradicionales (en lo relacionado con el mantenimiento y desarrollo de cultivos). En la actualidad y especialmente los países industrializados, sostienen que este sistema *eficaz*, solamente puede referirse a un sistema compatible con el *Convenio Internacional de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV)*¹¹.

Como parte de este debate y estos desarrollos, los países del Sur consideraron que, si por un lado se pretende patentar formas de vida, de otro lado los países poseedores de la materia prima biológica se reservaban el derecho de regular la manera cómo se accede a estos materiales, incluyendo la exigencia que se compartan de manera equitativa los beneficios derivados de su utilización. Es en este contexto que el CDB incorpora reglas de acceso a los recursos genéticos y a la distribución justa y equitativa de beneficios a la vez que reconoce que los DPI pueden tener impactos en la aplicación e implementación de este Convenio. Si bien estos impactos pueden ser de distinta naturaleza, uno de los aspectos centrales tiene que ver con lo que lo que se considera o no materia patentable. Asimismo, reconoce la importancia y el valor de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas asociados a la biodiversidad y su aporte a su conservación, mantenimiento y desarrollo.

El artículo 1 del CDB establece como uno de sus tres objetivos el que se compartan y distribuyan de manera justa y equitativa los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos. Por su parte, el artículo 15 (1) establece que en « ... *reconocimien-*

11. El Convenio UPOV (en sus versiones de 1961, 1978, 1991) tiene por finalidad la protección legal de nuevas variedades vegetales que cumplen con ser: nuevas, estables, homogéneas y distinguibles. Esta protección faculta al titular del *certificado de obtentor* impedir la realización de una serie de actos comerciales y el uso en general de la variedad protegida. Por lo general, este sistema se asocia a la investigación moderna y – aunque no exclusivamente - a la aplicación de la biotecnología al mejoramiento de plantas. A nivel andino, en 1993 se aprobó la *Decisión 345 sobre un Régimen Común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales* que es en esencia un mecanismo « tipo UPOV » para la protección de variedades vegetales. Ver : UPOV. *Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales. Información General*. Ginebra, 1993.

to 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 ...». Es decir, los Estados pueden y deben regular el acceso y uso de sus recursos genéticos y verificar que se compartan equitativamente los beneficios de su utilización.

Plenamente concientes que estos recursos podrían ser materia de protección mediante propiedad intelectual y que ésta podría tener efectos sobre el CDB y sus objetivos, el artículo 16 (5) precisa que 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». El CDB es bastante explícito al señalar que sí pueden generarse impactos negativos por efecto de las patentes de invención y otras formas de propiedad intelectual sobre la diversidad biológica y que los países y Partes Contratantes deberían adoptar medidas para asegurar que estos instrumentos y los derechos que confieren apoyen y no sean contrarios a los objetivos centrales del mismo: conservar la diversidad biológica, usar sosteniblemente sus componentes y procurar que se compartan de manera justa y equitativa los beneficios derivados de su utilización. Es decir, deben buscarse fórmulas creativas y novedosas que permitan relacionar entre sí los fines y objetivos del CDB con los fines y objetivos de la legislación internacional y nacional sobre propiedad intelectual.

Y en la medida que los conocimientos, innovaciones y prácticas indígenas también se encuentran íntimamente relacionados con los recursos genéticos y podrían también verse afectados por derechos otorgados sobre invenciones que directamente o indirectamente los incorporen, el CDB establece en su artículo 8(j) que, de conformidad con sus legislación nacional, cada Parte Contratante «... respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, innovaciones y 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». El artículo 8 (j) ha propiciado un movimiento político internacional orientado a promover la protección jurídica del esfuerzo intelectual de los grupos indígenas en sus diferentes manifestaciones.

En los últimos años, el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicional y Folklore de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), constituido en el año 2000, se ha convertido en el espacio internacional más importante para el análisis y el eventual tratamiento de los conocimientos tradicionales. Desde su formación a la fecha, se han generado considerables aportes al debate y, se ha llegado al punto de reconocer que en un futuro, es probable que sea necesario iniciar un proceso de negociación de un régimen internacional sobre protección de los conocimientos tradicionales. Aunque el mandato del Comité recibido de la última Asamblea General de la OMPI (julio de 2003) no es del todo claro en este sentido, muchas delegaciones consideran que es hacia una negociación a donde se dirigen

los próximos debates. Ciertamente, hay posiciones divergentes entre los países y algunos de ellos como los EEUU de Norteamérica, Australia y Japón, se resisten a creer que sea necesario elaborar un nuevo y especial régimen legal para los conocimientos tradicionales¹².

Para confirmar la importancia del tema de los recursos genéticos y de los CT (en el contexto del CDB y la propiedad intelectual), el párrafo 19 de la Declaración Ministerial de Doha de noviembre de 2001 encarga «... al Consejo de los ADPIC que, al llevar adelante su programa de trabajo, incluso en el marco del examen previsto en el párrafo 3 b) del artículo 27, del examen de la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC previsto en el párrafo 1 del artículo 71 y de la labor prevista en cumplimiento del párrafo 12 de la presente Declaración, examine, entre otras cosas, la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore, y otros nuevos acontecimientos pertinentes señalados por los Miembros de conformidad con el párrafo 1 del artículo 71. Al realizar esta labor, el Consejo de los ADPIC se regirá por los objetivos y principios enunciados en los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC y tendrá plenamente en cuenta la dimensión de desarrollo».

Es entonces evidente que los CT se encuentran ya plenamente establecidos no solamente como parte de la agenda internacional ambiental y de propiedad intelectual, sino en las propias políticas de desarrollo que buscan integrar la conservación de la diversidad biológica y de la diversidad cultural a las estrategias nacionales en el marco de una visión de futuro inspirada por la necesidad de alcanzar la sostenibilidad y viabilidad del desarrollo socioeconómico.

Finalmente, la conformación del *Grupo de Países Megadiversos Afines*¹³ ha significado un impulso adicional a los esfuerzos internacionales y nacionales por desarrollar mecanismos de protección de los CT. En sucesivas declaraciones Cancún (2002), Cuzco (2002), *Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible* de Johannesburgo (2003), Kuala Lumpur (2003), el Grupo ha reiterado, entre otros puntos, la necesidad de impulsar en diferentes foros la idea de desarrollar un régimen internacional vinculante para proteger los CT de los pueblos indígenas.

En síntesis, ante el proceso político arrollador que nos conduce al establecimiento de un régimen internacional de PI común, la protección de los CT aparece como un de-

12. Vivas-Eugui, David; Espinosa, María Fernanda; Winkler, Sebastián. *Las negociaciones internacionales sobre biodiversidad, recursos genéticos y propiedad intelectual: implicaciones del nuevo mandato del Comité Intergubernamental de la OMPI*. Nota Informal. Policy and Global Change Series. Trade and Biodiversity. ICTSD, IUCN. Geneva, March, 2004.

13. El *Grupo de Países Megadiversos Afines* constituye un bloque político de países ricos en diversidad biológica (y cultural) que, en su conjunto, poseen más del 75% de toda la diversidad biológica del planeta. Conforman este Grupo: Brasil, Bolivia, China, Costa Rica, Colombia, Ecuador, Filipinas, India, Indonesia, Malasia, México, Madagascar, Kenya, Perú, Venezuela (ver Declaración de Cancún, México, febrero de 2002 en: <http://www.megadiverse.org>).

safío a la ética, a la política y al derecho. Este desafío adquiere mayor urgencia frente a la estrategia de países como los Estados Unidos de Norteamérica (EEUU) de negociar y suscribir *Tratados de Libre Comercio* (TLC) bilaterales con naciones menos desarrolladas, donde normalmente las normas de PI pactadas significan mayores ventajas jurídicas para la industria y las tecnologías de los países desarrollados, las mismas que van más allá de lo que la comunidad internacional ha consensuado en los ADPIC. Es importante notar aquí cómo varios sectores económicos de los países desarrollados, con excepción del sector farmacéutico y el relacionado con el patrimonio cultural y natural, no advierten que los DPI han perdido su condición original de instrumento para el impulso científico, tecnológico e industrial de un país como siempre lo ha sido –y hasta hace poco– en los países desarrollados donde las exclusiones o limitaciones a la patentabilidad recién se han levantado, siendo España un buen ejemplo, nación que recién en 1992 permitió el patentamiento de productos farmacéuticos.

III. LA POSICIÓN DE LOS GRUPOS INDÍGENAS Y LA BIOPIRATERÍA¹⁴

Grupos representativos de comunidades indígenas de distintas partes del mundo se han manifestado contundentemente: se debe frenar la biopiratería¹⁵. Algunas organizaciones han llegado a exigir una moratoria mundial a las actividades de bioprospección hasta que se establezca un régimen legal y reglas eficaces y eficientes que reconozcan sus derechos. Si bien el concepto de «biopiratería» tiende a utilizarse a veces de manera generalizada, es muy útil para llamar la atención sobre un hecho que se ha acentuado con el desarrollo y la aplicación de esta misma biotecnología¹⁶. Como se ha dicho, la materia prima sobre la cual se basa el desarrollo de productos y procedimientos biotecnológicos proviene en gran parte de recursos genéticos de los países megadiversos.

Debe tenerse en cuenta que los recursos genéticos han sido obtenidos – hasta la entrada en vigencia del CDB – sin que la legislación nacional e internacional regulara la

14. La *Rural Advancement Foundation International* (RAFI), actualmente el *Action Group on Erosion, Technology and Concentration* (ETC Group) desde los años 80 ha consolidado el uso de este término en el ámbito internacional y son un referente obligatorio en cuanto a ejemplos de biopiratería, especialmente por parte de las grandes transnacionales farmacéuticas y agro-industriales. Para verificar casos específicos de biopiratería revisar : <http://www.etcgroup.org>

15. Para conocer mayores detalles de la posición de algunos grupos indígenas se sugiere revisar : De la Cruz, Rodrigo. *Visión de los pueblos indígenas en el contexto de las decisiones sobre ABS y el artículo 8(j) : impacto de las decisiones de a COP / CDB sobre el mandato del IGC de la OMPI*. COICA, IUCN, ICTSD. Ginebra, Marzo, 2004.

16. En rigor, la biopiratería – entendida en términos amplios y políticos más que jurídicos - es un fenómeno muy antiguo. Desde el Egipto de los Faraones hasta las etapas de encuentro de Europa y el resto de los continentes y sus culturas (especialmente a partir del Siglo XV), el acceso, transporte, intercambio, la resiembra, y uso de plantas útiles para el ser humano ha sido una constante. Para entender el alcance de algunos de estos procesos se recomienda: Hobbhouse, Henry. 1992. *Seeds of Change. Five Plants that Transformed Mankind*. Papermac. MacMillan Publishers Limited, London.

manera de acceder a ellos y las condiciones que deben cumplirse para tal fin¹⁷. En el mejor de los casos, los titulares de los nuevos derechos están en capacidad de ofrecer documentos que significan autorizaciones o permisos de colecta para la utilización de estos recursos en el marco de misiones científicas conducidas por instituciones extranjeras y dentro de programas de cooperación entre universidades e institutos públicos relacionados con los recursos naturales.

En verdad, estos permisos no estipulan nada sobre la propiedad de los frutos resultantes de su uso y de sus derivados, sobre la eventual distribución de futuros beneficios y tampoco significan un procedimiento previo de transparencia respecto al destino o propósito real de las investigaciones o recolección de muestras de flora y fauna (hoy denominado *consentimiento informado previo* que otorga el país de origen) y menos aún se consideraba la posibilidad de subsiguientes transferencias del material genético recolectado a terceros. Los titulares de un permiso de colecta de material genético normalmente se obligaban a compartir el resultado de sus investigaciones y a incorporar a científicos e investigadores del país de origen, pero el asunto de la participación en los beneficios económicos derivados de un eventual producto comercial resultante de la investigación estuvo siempre fuera de discusión.

Es así que los permisos para acceder a los recursos genéticos no tenían en cuenta que, respecto de dichos recursos las comunidades indígenas poseían algún tipo de derecho, especialmente por el conocimiento asociado a ellos que muchas veces compartían con los científicos visitantes. Una atmósfera de libre acceso para el desarrollo de la ciencia y la tecnología resultaba finalmente generando inequidades que el Convenio sobre la Diversidad Biológica intenta resolver vinculando la conservación de la diversidad biológica con la necesidad de reducir los niveles de pobreza de sus auténticos guardianes reconociendo el derecho de los pueblos indígenas.

Esto era evidente pues los recursos y los conocimientos indígenas asociados a ellos que los científicos tomaron como insumo luego fueron incorporados de alguna manera al producto industrial desarrollado, esfuerzo intelectual recompensado y protegido por el manto de la propiedad intelectual especialmente a través de patentes de invención y derechos de obtentor. A este uso irregular, injusto o abiertamente ilegal de estos recursos y conocimientos indígenas (en los casos en los que hubiera legislación específica aplicable) y su apropiación a través de derechos de propiedad intelectual se le denomina «biopiratería»¹⁸.

17. Durante muchos años prevaleció la idea que los recursos genéticos eran patrimonio o herencia común de la humanidad y que, en esencia, debían estar libremente disponibles para quienes (Estados, empresas o personas) quisieran realizar actividades de investigación, desarrollo o explotación comercial e industrial con ellos. El *Compromiso Internacional de la FAO sobre Recursos Fitogenéticos* de 1983 fue el primer instrumento internacional (no vinculante) que reconoció este principio, aunque posteriormente precisó que este acceso libre no implicaba necesariamente un acceso sin costo (Anexo I, Resolución 4/89, 1989).

18. Alrededor del mundo se han documentado y analizado innumerables casos de biopiratería especialmente asociada a la aplicación de patentes de invención sobre «productos» que no debieron

Desde el año 1984 a la fecha, los pueblos indígenas alrededor del mundo han hecho múltiples declaraciones políticas reclamando sobre el uso ilegal de sus recursos y CT. La Declaración de Principios del Consejo Mundial de Pueblos Indígenas (1984), la Declaración Kari Oca y la Carta de la Tierra de los Pueblos Indígenas (1992), la Declaración Mataatua (1993), son solamente algunos de los ejemplos de estas expresiones políticas de los pueblos indígenas. Muy recientemente, en el seno de la *Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías* de las Naciones Unidas se aprobó por unanimidad el *Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* el mismo que seguirá siendo debatido entre representantes de los gobiernos y representantes indígenas y ONG de derechos humanos para lograr un consenso. En el citado proyecto se recoge el derecho de los pueblos indígenas a proteger y restituir los bienes intelectuales de que han sido privados así como a que se les reconozca la propiedad, el control y la protección de su patrimonio cultural e intelectual.¹⁹

A diferencia de lo que ocurría hasta hace algunas décadas hoy existe entre los grupos indígenas plena y manifiesta conciencia que sus CT son (en muchos casos) utilizados y aprovechados sin su consentimiento y sin que el beneficiario comparta ningún tipo de beneficio derivados de dicho uso. El pensamiento de los líderes indígenas a este respecto puede sintetizarse en la siguiente declaración de la Unión de Jefes Indios de la British Columbia de Febrero del 2000²⁰:

a) El lenguaje, sistemas de conocimiento y las leyes de los pueblos indígenas son indispensables para su identidad y una condición de su autodeterminación;

pasar los exámenes de novedad y altura inventiva. Algunos de los casos emblemáticos incluyen: la concesión de patentes en EEUU sobre el Ayahuasca amazónico; la concesión de patentes de plantas en EEUU sobre algodón nativo o de color del Perú; la concesión de patentes sobre Turmeric (*Curcuma longa*) en los EEUU. Ver página web del ETC Group que se detalla en la nota No.14.

19. Ver: <http://www.docip.org> y el Boletín 42 SERVINDI, Servicio de Información Indígena, No. 42, año 2004 donde se detalla el texto del proyecto de Declaración (E/CN.4/SUB.2/1994/2/Add.1 (1996)).

En efecto su **Artículo 12**: «Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales y dramáticas y literaturas, así como el derecho a la restitución de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que han sido privados sin que hubieran consentido libremente y con pleno conocimiento o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres». **Artículo 29**: «Los pueblos indígenas tienen derecho a que se les reconozca plenamente la propiedad, el control y la protección de su patrimonio cultural e intelectual. Tienen derecho a que se adopten medidas especiales de control, desarrollo y protección de sus ciencias, tecnologías y manifestaciones culturales, comprendidos los recursos humanos y los recursos genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños y las artes visuales y dramáticas».

20. El texto es citado por Graham Dutfield, *Protecting Traditional Knowledge and Folklore*; UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, Issue Paper No. 1; Francia, Junio 2003. La traducción es nuestra.

b) Los sistemas de conocimiento de los pueblos indígenas están conectados de manera indisoluble e inalienable con sus antepasados y el territorio de sus antepasados;

c) La herencia de los pueblos indígenas no es un ‘commodity’ y tampoco propiedad de un Estado o Nación. La herencia material e intelectual de cada pueblo indígena es un regalo de carácter sagrado y una responsabilidad que debe ser honrada y mantenida para beneficio de las generaciones futuras.

Así, la posición de los representantes de los pueblos indígenas en todo el mundo intenta alertar a la opinión pública y a los gobiernos sobre la necesidad de legislar cuidadosamente sobre los CT, sin apresuramientos, con la activa participación de sus representantes, llamado que normalmente no es tomado en cuenta con la seriedad que debiera a pesar de la existencia de un movimiento ciudadano que apoya este reclamo mientras se discuten opciones jurídicas *sui generis* para proteger sus DPI, tanto en América Latina como en otros continentes.

IV. LA PROTECCIÓN DEFENSIVA Y LA PROTECCIÓN POSITIVA DE LOS CONOCIMIENTOS INDÍGENAS.

La protección legal de los CT se plantea en la actualidad en términos de protección defensiva y protección positiva. La protección defensiva o indirecta, ha llevado a los países que utilizan recursos genéticos o CT a adoptar medidas legislativas que pretenden verificar la procedencia legal de éstos. Se trata de normas de procedimiento incluidas en los sistemas de propiedad intelectual para exigir a la persona que solicita el reconocimiento de derechos sobre invenciones o productos que se deriven de ellos, que demuestre haber accedido legalmente a los recursos genéticos o biológicos eventualmente utilizados. El caso más cercano es el de la Decisión 486 que establece el régimen andino de propiedad industrial (y que se explica en el apartado 5.1.) cuyas normas sobre patentes exigen que los solicitantes demuestren – cuando tramitan una solicitud de patente relacionada con invenciones biotecnológicas – que los materiales o CT que pudieran ser parte de la invención a protegerse fueron obtenidos legalmente del país de origen. La idea central es que los sistemas de propiedad intelectual nacionales incorporen mecanismos que aseguren la aplicación de las normas sobre acceso legal y consentimiento informado previo, en los casos relacionados con la diversidad biológica y el ambiente. Para ello, en las deliberaciones que se producen en el seno de la OMPI en torno al Tratado Substantivo de Patentes será necesario un consenso que obligue a cada Parte Contratante incorporar mecanismos destinados a controlar el origen legal de los recursos y de los CT asociados a ellos.

La protección positiva se refiere a la creación de regímenes jurídicos *sui generis* que establecen derechos específicos para garantizar los intereses de las comunidades indígenas respecto de sus CT independientemente de los intereses del país de origen. Estos regímenes establecen dispositivos para compensar a las comunidades indígenas, garantizarles cierto control sobre el acceso a (y el uso de) sus conocimientos por terceros, permitirles su ulterior disposición, entre otras facultades. La Ley 27811 del Perú del 2002 (que se explica en el apartado 5.2.), la Ley 20 (2000) de Panamá sobre *un Régimen Especial de*

Propiedad Intelectual para Proteger los Derechos de Los Pueblos Indígenas y la *Ley Modelo de la Organización de Unidad Africana para la Protección de los Derechos de los Pequeños Agricultores y Mejoradores* y *Regulación de Acceso a la Diversidad Biológica* (2000) ofrecen algunos de los pocos ejemplos de protección positiva de los CT. Aunque hasta la fecha no existen ejemplos exitosos de leyes plenamente implementadas en materia de protección de los CT, sí abundan las aproximaciones teóricas, las propuestas normativas, las guías metodológicas y los debates sobre cómo lograr que el derecho desarrolle un sistema *sui generis* de protección jurídica que permita incorporar al derecho de la propiedad intelectual los CT en el marco de los objetivos ampliamente consensuados establecidos en el Artículo 1 del CDB²¹.

Es evidente que ambas aproximaciones resultan importantes para generar las condiciones que permitan la reducción y eventual eliminación de la biopiratería. En efecto, si el derecho internacional de patentes no incluye normas específicas destinadas a lograr la certificación del origen legal de los recursos genéticos y de sus conocimientos asociados (la información incorporada al material genético) específicamente en el momento de tramitarse las nuevas invenciones que buscan el amparo de una patente, la eficacia de las normas nacionales se vería seriamente mermada. Y eso tiene una explicación muy simple: si a nivel de la OMPI y de la OMC se busca estandarizar los requisitos y condiciones de patentabilidad tomando como modelos las legislaciones de patentes de los EEUU y de Europa, es evidente que la exigencia de certificados de origen será percibida como una limitación y como una amenaza al «normal» desarrollo de las investigaciones biotecnológicas. El asunto es muy significativo pues en los TLC bilaterales que viene promoviendo y suscribiendo los EEUU de Norteamérica con varios países ricos en biodiversidad y CT como es el caso de los países centroamericanos y del Perú, Ecuador y Colombia las normas sobre patentes podrían ser asimiladas a las existentes en los EEUU, desconociéndose las deliberaciones y avances que en la OMPI y la OMC vienen presentándose con participación de toda la comunidad internacional.

La situación es tan particular que ha comenzado a señalarse la necesidad de que la propiedad intelectual siga considerándose como un instrumento de desarrollo y no como un arma de penetración económica en detrimento de las economías más pobres. En efecto, en el Informe de la Comisión de Propiedad Intelectual del 2002, designada por el Gobierno de Gran Bretaña, se subraya la necesidad de mantener la función esencial y la naturaleza misma del derecho de la propiedad intelectual, es decir, «como un instrumento de política pública que confiere privilegios económicos a individuos e instituciones solamente con el propósito de contribuir a un interés más alto que es el bienestar públi-

21. El Artículo 1 del *Convenio sobre la Diversidad Biológica* señala que sus objetivos son: a) la conservación de la diversidad biológica; b) la utilización sostenible de sus componentes y; c) la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de recursos genéticos, mediante, entre otros, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y esas tecnologías, así como mediante una financiación adecuada.

co. En consecuencia, este privilegio es un medio y no un fin en sí mismo»²². El cambio de dirección de los DPI se hace evidente al aprobarse en el seno de la OMC el Acuerdo denominado ADPIC donde se aprueba un estándar mínimo de protección de la propiedad intelectual. Cualquier instrumento posterior que fuera negociado por los países que son parte de la OMC puede solamente establecer estándares más altos de protección: a estos acuerdos se les conoce como los TRIPs plus, mucho de los cuales forman parte de los tratados de libre comercio bilaterales. Al mismo tiempo varias organizaciones y países consideran que resulta necesario reforzar y revitalizar los objetivos y funciones de la OMPI permitiendo una mayor participación de los países en desarrollo e, incluso, de las organizaciones de la sociedad civil. La idea es que la OMPI vuelva a constituirse en el foro donde se discutan las materias relacionadas con la PI lo que en la práctica exigiría una revisión de su propio estatuto y mandato.²³

V. HITOS NORMATIVOS: LAS NORMAS DE LA COMUNIDAD ANDINA Y LA LEY PERUANA SOBRE PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ASOCIADOS A LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA.

V.1 Protección defensiva en el ámbito de la Comunidad Andina²⁴

La región andina, por su importante concentración de diversidad biológica y de pueblos indígenas en constante interacción con su entorno natural que mantienen vivas sus prácticas y conocimientos tradicionales, es una de las zonas donde mayor desarrollo han tenido las políticas y la legislación vinculadas a la protección de los CT. Los debates se iniciaron realmente en el año 1993 a propósito de los debates relacionados con los borradores de la actual Decisión 345 sobre un Régimen Común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales. En dicha norma de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) se incluyó una disposición que limitaba la protección a los obtentores de nuevas variedades vegetales a los resultados del mejoramiento *científico* de plantas (que alcanzara los requisitos de novedad, estabilidad, distinguibilidad y homogeneidad). Se zanjaba así un problema de dos caras: el que puede derivarse cuando el obtentor «descubre» una variedad vegetal que, en verdad, es parte del patrimonio cultural de las poblaciones andinas a partir de sus constantes esfuerzos de mejoramiento fito-

22. El texto completo del Informe de la Comisión de Propiedad Intelectual (2002), elaborado por distinguidos juristas y especialistas en la materia y designada y auspiciada por el Gobierno de Gran Bretaña puede obtenerse en: <http://www.iprcommission.org>

23. Para conocer detalles de las propuestas de reforma de la OMPI sugerimos consultar: Sisule F. Musungu y Graham Dutfield *Multilateral agreements and a TRIPS-plus world: The World Intellectual Property Organisation (WIPO)*; Trips Issues Papers No. 3; Quaker United Nations Office, Ginebra, 2003.

24. Para un análisis detallado de la idea de «protección defensiva» se sugiere revisar: United Nations University – Institute of Advanced Studies. *User Measures. Options for Developing Measures in User Countries to Implement the Access and Benefit Sharing Provisions of the Convention on Biological Diversity*. UNU / IAS Report, 2nd. Edition, Tokyo, Japan, 2003.

genético, basado en que para el derecho occidental el CT es normalmente considerado como no científico a pesar del valor agregado incorporado en las variedades vegetales; y el vinculado a la necesidad de registrar y otorgar reconocimiento legal a los propios CT en una futura eventual norma especial (y que hoy está representada por la Decisión 391 de la CAN). La propuesta levantó una enorme controversia en ese momento pues la Comunidad Andina se convirtió en uno de los primeros foros legislativos donde se intentaba crear un sistema *sui generis* de protección de los CT. Hoy nadie discute la relevancia e importancia de las actividades de conservación, mantenimiento y mejoramiento realizada a lo largo de siglos por estas comunidades, aunque la aplicación y efectividad del citado sistema *sui generis* sigue siendo objeto de evaluación y debate²⁵.

Cuando en 1996 se aprobó la Decisión 391 sobre un Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos, se incluyeron referencias específicas al derecho que tienen las comunidades indígenas, afroamericanas y locales sobre el *componente intangible* asociado a los recursos genéticos²⁶. Específicamente se estableció la exigencia que su utilización debe contar con la autorización previa de las comunidades respectivas (Artículo 7). Asimismo, se determinó que los Países Miembros no reconocerían derechos (incluidos los de propiedad intelectual) sobre recursos genéticos o CT que se hubieran obtenido o desarrollado a partir de actividades que no cumplieran con la legislación de acceso y de protección de los CT, si así fuera el caso (Disposición Complementaria Segunda). Ciertamente, este tipo de medidas tiene limitaciones jurisdiccionales en tanto solamente son aplicables en el territorio de los países de la CAN.

Por otro lado, la Decisión 391 también determina que las oficinas nacionales competentes en materia de PI deberán exigir al solicitante de un DPI copia del contrato de acceso (a los recursos genéticos o sus derivados) correspondiente, como requisito previo a su concesión – principalmente en el caso de patentes y Certificados de Obtentor - cuando existan indicios razonables que estos recursos se hubieran obtenido sin cumplir con sus disposiciones (Disposición Complementaria Tercera). Para facilitar la labor de la autoridad competente, esta misma norma dispone la creación de sistemas de intercambio de información sobre los contratos de acceso autorizados y los derechos de propiedad intelectual concedidos. El cruce de información y mantenimiento de un banco de datos permitiría a las autoridades llevar a cabo los exámenes de las solicitudes presentadas y, eventualmente, evaluar la novedad y la altura inventiva, de manera comprensiva y con todos los elementos de juicio necesarios para la concesión debida del derecho de propiedad intelectual y título correspondiente.

Posteriormente, ya en el año 2002 la *Decisión 486 de la CAN sobre un Régimen Común de Propiedad Industrial* consolida la posición innovadora del derecho andino al

-
25. Los detalles de la historia de la negociación de la Decisión 345 y 391 se encuentran en: Caillaux, Jorge; Ruiz, Manuel; Tobin, Brendan; *El Régimen Andino de Acceso a los recursos Genéticos. Lecciones y Experiencias*; SPDA-WRI, Lima, Perú 1999; ISBN: 9972-792-00-5.
 26. El concepto de «componente intangible» se refiere, en la legislación de la Comunidad Andina, al conocimiento tradicional que utilizamos en este ensayo.

ser la primera norma sobre PI que incorpora de manera expresa las exigencias planteadas en términos de principios en la Decisión 391. Para empezar, la norma establece como principio básico que los países de la CAN deben asegurar que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se conceda salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los CT de sus pueblos indígenas (Artículo 3). Esto responde a una política subregional que reconoce y afirma la importancia estratégica de los recursos genéticos y los CT para los países miembros de la CAN y la necesidad de cumplir con mandatos imperativos y de orden público derivados del CDB y normas nacionales conexas.

Asimismo, la Decisión 486 dispone que uno de los requisitos formales que deben cumplirse al momento de presentar una solicitud de patente es que se proporcione documentación que acredite el origen legal de los recursos genéticos y de los CT que pudieran ser parte de la invención que pretende protegerse (Artículo 26 (h) (i))²⁷. Si se concediera el derecho y, posteriormente, a pedido de parte u oficio, se descubre que estos requerimientos no han sido cumplidos, la patente será anulada (Artículo 75 (g) (h))²⁸. Aunque resulta discutible que como sanción al incumplimiento de un requisito *formal* se propugne la nulidad del título concedido, el principio propuesto es plenamente válido. Es decir, no debe concederse o disfrutarse de un derecho cuyo origen resulta ilegítimo o ilegal por derivar de recursos o conocimientos que no han sido obtenidos en la forma prevista en la legislación pertinente. Del análisis de los casos emblemáticos de biopiratería, es frecuente comprobar patentes mal concedidas, donde los exámenes de novedad y altura inventiva fueron limitados y no tuvieron en cuenta toda la información existente (disponible) relativa a la invención. Ello ha dado lugar a patentes muy cuestionables sobre componentes de la biodiversidad andino / amazónica (maca, quinua, sangre de grado, yacón, ay-

27. El texto del Artículo 26 de la Decisión 486 establece: «La solicitud para obtener una patente de invención se presentará ante la oficina nacional competente y deberá contener lo siguiente:

a) ...

h) de ser el caso, 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;

i) de ser el caso, 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, de acuerdo a lo establecido en la Decisión 391 y sus modificaciones y reglamentaciones vigentes;

j) de ser el caso, el certificado de depósito del material biológico; ...

28. Algunos autores han propuesto el desarrollo de «certificados de origen» (de recursos genéticos y conocimientos tradicionales) que sean exigibles por las autoridades de patentes al momento de tramitarse las solicitudes correspondientes.. Ver: Tobin, Brendan. *Alternative Mechanisms for Protection of Indigenous Rights. Paper presented at Symposium of Indigenous Peoples of Latin America : Indigenous Peoples, Biodiversity and Intellectual Property*. Santa Cruz, Bolivia, 1994.

ahuasca, entre otras) a la cual están asociados de manera directa e indirecta CT de las comunidades indígenas. En estos casos, se ha llamado la atención sobre las operaciones del *proceso* de análisis de solicitudes de patentes²⁹.

La legislación andina cuenta así con normas consideradas dentro del campo de la protección defensiva, es decir, que utiliza las propias reglas del DPI para defender los intereses patrimoniales de la Nación y de sus nacionales en materia de recursos genéticos y CT. Ciertamente, esta aproximación no está exenta de críticas en la medida que algunos analistas sostienen que vulnera las reglas del ADPIC y lo excede largamente³⁰. No obstante, consideramos que su existencia expresa una posición de política legislativa importante que permite abrir espacios de negociación y debate en un contexto signado por percepciones e intereses contrarios que varían según el país y la región correspondiente. No hay duda que el círculo de la protección jurídica de los CT debe cerrarse en el ámbito del Derecho Internacional pues se corre el riesgo que las negociaciones conducentes a la suscripción de tratados de libre comercio bilaterales que, como se ha dicho, representan una suerte de salida de escape de las deliberaciones que se siguen desarrollando en la OMPI y la OMC, conlleven pactos contrarios al reconocimiento de lo que podríamos llamar perfectamente *la propiedad intelectual indígena*.

V.2 Protección positiva en la legislación peruana.

En la legislación de la CAN no existe norma que regule de manera integral la protección de los CT. En realidad, si bien en el plano internacional se ha avanzado en la identificación de posibles elementos jurídicos de un régimen de protección legal de los conocimientos tradicionales, solamente Panamá y Perú cuentan con legislación específica en la materia. En el caso de Panamá, la Ley 20 (2000) estableció el *Régimen Especial de Propiedad Intelectual para Proteger los Derechos de Los Pueblos Indígenas*, que opera fundamentalmente como un registro de marca o diseño que protege (en Panamá) la «mola» (una modalidad de tejido) del Pueblo Kuna.

29. Para un análisis de este tema ver: Ruiz, Manuel. *The International Debate on Traditional Knowledge as Prior Art in the Patent System: Issues and Options for Developing Countries*. South Center, October, 2002. Disponible en : <http://www.southcentre.org/publications/occasional/paper09/toc.htm>

30. Para conocer posiciones a favor de la protección defensiva recomendamos revisar: United Nations University. Institute for Advanced Studies. User Measures. *Options for Developing Measures in User Countries to Implement the Access and Benefit Sharing Provisions of the Convention on Biological Diversity*. Tokyo, 2003; y Vivas, David. *Requiring the Disclosure of the Origin of Genetic Resources and Traditional Knowledge : The Current Debates and Possible Legal Alternatives*. En : Bellman, Christophe; Dutfield, Graham ; Melendez, Ricardo. *Trading in Knowledge. Development Perspectives in Trade, TRIPs and Sustainability*. ICTSD, Earthscan Publications, UK, 2004. También se recomienda revisar el documento: UNEP/CBD/WG-ABS/2/INF/2 (2003) de la Secretaría del CDB y disponible en <http://www.biodiv.org>

Para las posiciones en contra de la protección defensiva se recomienda revisar: Pires de Carvalho, Nuno. *Requiring Disclosure of Origin of Genetic Resources and Prior Informed Consent in Patent Applications without Infringing the TRIPs Agreement: The Problem and the Solution*. En : Washington University Journal of Law and Policy, Vol. 2, 2000.

En el Perú, luego de varios años de trabajo liderado por el INDECOPI con una importante participación de instituciones públicas y privadas así como de expertos del país y del extranjero, en el año 2002 se aprobó la Ley 27811 que establece un *Régimen Especial de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Asociados a la Diversidad Biológica*. Esta ley constituye un régimen de protección *positiva*, donde se conjugan y articulan una serie de instrumentos y mecanismos para garantizar la protección legal de los CT³¹.

La Ley 27811 reconoce el derecho y la facultad de los pueblos y comunidades indígenas de decidir sobre sus *conocimientos colectivos* (Artículo 1). Tiene por objetivo central proteger legalmente estos conocimientos (que en adelante referiremos también como conocimientos tradicionales o CT) en beneficio de los pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se reconocen como tales, incluyendo los pueblos en aislamiento (Artículo 2). Para ello, incorpora disposiciones sobre el respeto y la preservación de los CT, su desarrollo y aplicación más amplia; promueve una distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización; pretende dar garantías para que su uso se realice con el consentimiento informado previo (CIP) de los pueblos indígenas; propicia el desarrollo de las capacidades de los pueblos y de los mecanismos tradicionalmente empleados por ellos para compartir y distribuir beneficios generados colectivamente y para «evitar que se concedan patentes a invenciones obtenidas o desarrolladas a partir de conocimientos colectivos..., sin que se tomen en cuenta estos conocimientos como antecedentes en el examen de novedad y nivel inventivo de dicha invenciones» (Artículo 5, f) entre otras disposiciones. La norma es muy clara, pero obviamente requiere de un conjunto de instrumentos y mecanismos para su aplicación efectiva además de voluntad política y recursos financieros, como se verá más adelante.

La Ley 27811 se aplica a los conocimientos de los pueblos indígenas y solamente a aquellos que son detentados de forma colectiva, es decir, que pertenezcan a un pueblo o comunidad indígena en su conjunto - y no a individuos - y que, finalmente, se encuentren referidos a las propiedades, usos y características de la biodiversidad (Artículo 10). No se pretende afectar el uso e intercambio que comunidades indígenas realizan sino únicamente los usos que realizan terceros, ajenos a las mismas (Artículo 4). En la medida que se reconoce que buena parte de los CT se encuentran compartidos entre comunidades, los beneficios resultantes de dicho uso serán distribuidos entre todas las comunidades indígenas por el hecho de serlo (a través de un *Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas* que será administrado por ellas mismas). Son las organizaciones representativas de los pueblos indígenas (asociaciones, federaciones, confederaciones) las que

31. Puede accederse al texto de la Ley 27811 en: <http://www.indecopi.gob.pe>. Para una explicación detallada de los contenidos de esta Ley ver: Venero, Begoña. *The Peruvian Law on Protection of Traditional Knowledge Related to Biological Resources*. In : Bellman, Christophe; Dutfield, Graham ; Meléndez, Ricardo. *Trading in Knowledge. Development Perspectives in Trade, TRIPS and Sustainability*. ICTSD, Earthscan Publications, UK, 2004.

tienen la representación de los mismos (Artículo 6). La norma intenta así consolidar y reforzar el papel de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas y concederles una función preponderante en el proceso de consulta y decisión entre sus comunidades miembros.

La Ley 27811 reconoce a los CT como parte del patrimonio cultural indígena y califica de inalienables e imprescriptibles los derechos que los pueblos indígenas tienen sobre ellos (Artículos 11 y 12). En este sentido, se entiende que los CT son el resultado de un proceso social de aprendizaje y desarrollo legado por las generaciones pasadas a las presentes y en el que éstas se constituirían en custodios pero no en propietarios, de ahí que se admita la posibilidad de ceder su uso y no así su propiedad, que deberá ser salvaguardada para las futuras generaciones. Las comunidades y generaciones presentes deben administrar y gestionar el eventual uso de sus conocimientos tradicionales tomando en cuenta el legado cultural dejado por sus antepasados.

El régimen previsto en la Ley concede a los pueblos indígenas el derecho de impedir el uso de sus conocimientos sin su autorización o CIP previo. Los pueblos indígenas están así protegidos contra la utilización, aprovechamiento y divulgación ilegal y desleal de sus CT. Esto responde a un principio básico de respeto a la voluntad de las comunidades sobre si sus conocimientos pueden (y deben) o no ser aprovechados. Se trata del «derecho a decidir» reconocido por la doctrina y el derecho internacional sobre la materia.³² En el caso de CT que se encuentre en el dominio público – fuera del ámbito de los pueblos indígenas y plenamente difundidos- se destinará un porcentaje de los beneficios económicos derivados de su aprovechamiento al Fondo antes mencionado (Artículo 42 y siguientes). En efecto, se reconoce que muchos conocimientos tradicionales se encuentran ampliamente diseminados y por lo mismo son de dominio público. Artículos, libros, bases de datos, tradiciones, usos extendidos, entre otros, han contribuido a la diseminación de estos conocimientos. Esta situación significa que las posibilidades de control respecto de ellos sea en la práctica, muy difícil. Sin embargo, se deja sentado el principio que es necesario, incluso en estos casos, propiciar una distribución justa y equitativa de beneficios.

Mediante contratos de licencia de uso de conocimientos será posible autorizar las condiciones de utilización de los CT. Las licencias serán registradas ante el INDECOPI (Artículo 25 y siguientes). Se trata en verdad de licencias clásicas de «know how» mediante las cuales se transfieren conocimientos y tecnologías desde la comunidad hacia terceros.

32. El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa 26253 y vigente desde el 2 de Febrero de 1995, contiene las normas de principio que reconocen el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados y a participar en las decisiones relacionadas con sus tierras y los recursos naturales existentes en ellas respecto a los cuales, como es el caso de la diversidad biológica, pudieran existir CT asociados. Para mayores detalles puede consultarse: Flavia Nojovich, Brendan Tobin y Carlos Yañez, *Petroleras, Estado y Pueblos Indígenas: el juego de las expectativas*; Defensoría del Pueblo, Lima, Perú 1998.

La Ley también ha incorporado tres clases de registros (registro público, confidencial y local) como herramientas que permitirán el mantenimiento de los CT en el tiempo. Estos registros podrían asimismo, servir de apoyo a las autoridades nacionales competentes (en este caso el INDECOPI) en sus esfuerzos por evitar que se concedan DPI sobre invenciones o productos que se encuentran claramente en el estado de la técnica (Artículo 15 y siguientes). Los registros públicos le permitirán al INDECOPI recopilar y compilar información para, llegado el caso, atacar tanto a nivel nacional como internacional, los requisitos de novedad y altura inventiva que pudieran ser invocados. El registro confidencial, espera mantener aquellos conocimientos que, por una razón u otra, las comunidades consideran que no pueden ser consultados por terceros. Finalmente, el registro local servirá fundamentalmente para documentar y mantener conocimientos tradicionales en el tiempo. Serán las mismas comunidades las que decidirán la manera y forma en la cual operarán estos registros³³.

La Ley peruana también desarrolla el procedimiento a seguirse ante el INDECOPI en casos de infracción e incumplimiento de sus disposiciones (Artículo 47 y siguientes). Para ello se deberá recurrir a las normas de acciones por infracción previstas en el reglamento de organización y funciones del INDECOPI.

Recientemente, el 1 de mayo de 2004, se publicó la Ley 28216 de Protección al Acceso a la Diversidad Biológica Peruana y los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas que creó formalmente una comisión nacional multisectorial - con representantes del sector privado y de las organizaciones indígenas- para la prevención de la biopiratería. Esta comisión sigue los esfuerzos desplegados por una comisión *ad hoc* establecida y liderada por el INDECOPI desde la aprobación de la Ley 27811 para enfrentar casos de biopiratería asociados al *Lepidium meyeri* (maca)³⁴. Resulta interesante revisar las funciones de la comisión multisectorial pues allí se describen las acciones destinadas a «identificar y efectuar el seguimiento de las solicitudes de patentes de invención con-

33. Existen múltiples experiencias alrededor del mundo con el uso de registros de conocimientos tradicionales y biodiversidad en general administrados y gestionados por comunidades indígenas y locales. Se recomienda revisar: United Nations University – Institute for Advanced Studies. *The Role of Registers and Databases in the Protection of Traditional Knowledge. A Comparative Analysis*. Tokyo, 2003. En este informe se han incluido estudios de caso con registros de conocimientos tradicionales de India, Panamá, Canadá, Venezuela entre otros. En el caso del Perú, una experiencia interesante se viene realizando en la zona de Pisac, en el Cuzco. Seis comunidades de la zona han decidido documentar en medios audio visuales (video) sus conocimientos, prácticas e innovaciones. Bajo la dirección de la *Asociación Quechua Aymara Andes* se ha capacitado a mujeres jóvenes de las comunidades para que asuman la responsabilidad de estos registros. Se espera así contribuir al mantenimiento de ciertas costumbres y prácticas que por el paso del tiempo y presiones externas, pudieran perderse.

34. El informe de esta comisión fue presentado durante la Quinta Reunión del *Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicional y Folklore* de la *Organización Mundial de Propiedad Intelectual* a mediados de 2003. Para acceder al documento: <http://www.wipo.int/globalissues>

cedidas en el extranjero, relacionadas con los recursos biológicos o conocimientos colectivos de los pueblos indígenas...» para evaluarlas técnicamente, emitir informes y recomendaciones «para la interposición de acciones de oposición o acciones de nulidad contra las solicitudes de patentes de invención o contrapatentes concedidas en el extranjero» (Artículo 4). En síntesis, la Ley 28216 complementa el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas establecido por la Ley 27811, dotando de una organización administrativa al Estado peruano para enfrentar los casos de biopiratería³⁵.

Es evidente que el Perú cuenta ya con un sistema de protección positiva de los CT. Se requiere de mucha investigación, de inversiones destinadas a identificar y registrar los CT, de labores de capacitación a las organizaciones indígenas y funcionarios públicos en la materia, especialmente en el conocimiento del derecho de la propiedad intelectual y específicamente del derecho de patentes. Igualmente es necesario contar con mecanismos ágiles que permitan no solamente proteger los CT sino potenciarlos, estableciendo puentes con los centros de investigación establecidos en el país y con los del extranjero para generar vínculos de cooperación, mutua confianza y una clara visión de las oportunidades futuras mediante el establecimiento de alianzas estratégicas que garanticen el mutuo respeto de los derechos de los participantes y el uso sostenible de los recursos económicos provenientes de la diversidad biológica.

VI.- LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS CONOCIMIENTOS INDÍGENAS: PERSPECTIVAS, RETOS Y POSIBILIDADES.

La protección de los CT es, sin duda, un desafío para el Derecho. Por varias razones. Una primera tiene que ver con cuestiones políticas y es que los EEUU, Japón y con menor intensidad la Unión Europea, se oponen sistemáticamente a desarrollar un régimen internacional de protección de los CT. No se trata de una oposición a la protección *per se*, pero consideran que con los instrumentos e instituciones legales existentes – contratos, patentes, derechos de autor – es posible proteger las diferentes expresiones y manifestaciones de los CT. Los países megadiversos y los pueblos y comunidades indígenas alrededor del mundo unánimemente manifiestan que estos instrumentos e instituciones no son suficientes para cautelar sus intereses.

Otro bloque de países, incluyendo el *Grupo de Países Megadiversos Afines*, propugna que la propiedad intelectual clásica es muy limitada en lo que puede contribuir a la pro-

35. La Ley 28215 se encuentra en: <http://www.indecopi.gob.pe> y contiene, además, una definición de biopiratería: «Se entiende por biopiratería el acceso y uso no autorizado y no compensado de recursos biológicos o conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas por parte de terceros, sin la autorización correspondiente y en contravención de los principios establecidos en el Convenio sobre la Diversidad Biológica y las normas vigentes sobre la materia. Esta apropiación puede darse a través del control físico, mediante derechos de propiedad sobre productos que incorporan estos elementos obtenidos ilegalmente o en algunos casos mediante la invocación de los mismos» (Tercera Disposición Final).

tección de los CT. En diversos foros incluyendo el CDB, la OMPI y la propia OMC el Grupo ha planteado la necesidad que se desarrollen mecanismos internacionales que contribuyan a esta finalidad.

Sin embargo, no debemos dejar de lado la existencia de otras razones de índole conceptual que imponen retos y desafíos que deben ser superados. Estos incluyen:

VI.1. ¿Cómo determinar satisfactoriamente el consentimiento informado previo?

Por lo general, los CT se encuentran extendidos entre las propias comunidades e incluso entre comunidades de diferentes regiones y países. Las comunidades comparten conocimientos sobre usos y características de la biodiversidad que las rodea. En ese sentido, ¿quién puede legítimamente y fundamentadamente consentir y decidir sobre su uso? Este es el primer problema a enfrentar que resulta del carácter colectivo e intangible de los CT y de la aplicación práctica del derecho a decidir que les otorga la Ley 27811 a través del denominado conocimiento informado previo (CIP). En el caso del Perú, se ha optado en la legislación por concederle a las organizaciones representativas de los pueblos y comunidades indígenas esta facultad. Sin embargo, es muy probable o casi seguro, que no todas las comunidades a las que estas organizaciones representan estén necesariamente de acuerdo con las decisiones que eventualmente adopten sus representantes. Más aún, esto se agrava con comunidades que comparten exactamente los mismos conocimientos pero que no son parte de estas organizaciones. En el otro extremo, parecería excesivo concederle la facultad de consentir exclusivamente a comunidades individuales o grupos menores no necesariamente organizados.

Ciertamente no hay respuestas satisfactorias a esta pregunta y, lo más preocupante es la posibilidad que empiecen a presentarse tensiones y fricciones entre comunidades o pueblos justamente por las decisiones adoptadas sin siquiera haberse puesto en valor los CT objeto de protección. Agregar valor a los CT supone un esmerado trabajo de identificación, caracterización, registro y, en suma, sistematización de una inmensa gama de conocimientos prácticos, usos, aplicaciones y señalamiento del origen de los mismos que habrá de convocar a una multiplicidad de actores, siendo la universidad y los centros de investigación los llamados a liderar esta empresa. De allí que poco o nada beneficiaría a los propios pueblos indígenas si su energía y trabajo se concentra en la solución de conflictos internos y entre grupos o comunidades.

VI.2. Los conocimientos tradicionales compartidos existentes en el dominio público.

Muchos conocimientos tradicionales se encuentran difundidos y diseminados de tal modo que pretender un control efectivo de su uso no autorizado resulta poco probable y difícilmente posible. En muchas ocasiones, estos conocimientos son parte de publicaciones etnobotánicas donde se detallan quién los posee, para qué son útiles, a qué tipo de plantas o recursos se refieren, entre otros. El reto aquí es el determinar la existencia de nuevos elementos del denominado componente intangible asociado a los recursos genéticos. En efecto, los ecosistemas representativos de la flora y fauna tal y como se presenta actualmente en la realidad, experimentan un proceso evolutivo constante alternado la

diversidad biológica. Ello, junto al hallazgo de nuevas variedades vegetales y animales, la identificación de nuevos usos y aplicaciones, el conocimiento realmente profundo de las poblaciones no contactadas respecto a los recursos biológicos que les sirven de sustento y de su entorno y el carácter dinámico de los procesos naturales, nos señalan que los CT están en permanente desarrollo por lo que no puede hablarse de la existencia de un stock estático y sin vida. Por esta misma razón, las instituciones científicas y tecnológicas reconocen el valor estratégico de lo que se denomina *conservación in situ*, es decir, el mantenimiento en sus propios ecosistemas de los elementos de la diversidad biológica en plena interacción natural, pues es evidente que el patrimonio biológico del planeta se renueva y evoluciona generando nuevas relaciones, nuevas formas de vida y nuevos conocimientos. En consecuencia, cualquier sistema de protección debe integrar ambas dimensiones cuando se trata de reconocer el valor estratégico de los CT: la dimensión de lo ya identificado que está en el dominio público y el de la exploración científica de nuevas oportunidades tal como se presentan hoy mismo en los países ricos en diversidad biológica y diversidad cultural.

VI.3. Tener claro el objetivo de la protección: compensar, reconocer un derecho de exclusión y asegurar el mantenimiento de los CT.

Un aspecto fundamental – que a veces se pasa por alto en los procesos normativos – es determinar claramente el objetivo que se persigue con el régimen de protección. Dependiendo de este objetivo, será posible diseñar el mecanismo o aplicar el instrumento adecuado que responda al mismo. Si se trata de compensar a las comunidades por sus aportes intelectuales, los contratos de licencia y las alianzas estratégicas con los centros de investigación - incluyendo los fondos fiduciarios indígenas creados con los recursos provenientes del acceso legal a los CT- podrían cumplir con esta finalidad. Si se pretende mantener los conocimientos en el tiempo, los registros o las bases de datos pueden también cumplir un papel importante. Si la idea es conceder algún tipo de derecho de exclusiva (similar al que opera en instrumentos clásicos de la propiedad intelectual) se tendrá que concebir y diseñar un instrumento ad hoc para estos propósitos. En la práctica, la labor de los profesionales de la economía, la biología y el derecho es poner a prueba y en funcionamiento el régimen de protección diseñado por las normas vigentes sabiendo que el reconocimiento de los CT aparece como una justa y racional reacción ante numerosos casos de biopiratería en una sociedad del conocimiento que no se detiene en su afán de copar espacios y mercados y que viene afectando la propia supervivencia de los pueblos indígenas. Se trata así de un proceso de aprendizaje donde se reconocen nuevos derechos y se crean nuevas obligaciones en beneficio de la humanidad y de su desarrollo sostenible y duradero.

VI.4. ¿Cómo evitar que se pierdan culturas y conocimientos como parte de un proceso de desintegración, penetración del mercado, entre otros?

Ciertamente, la propiedad intelectual no pretende ni puede responder adecuadamente a esta pregunta. Sin embargo, se trata de una preocupación válida que va más allá de un análisis jurídico y que requiere atención urgente. El proceso de globalización y de expan-

sión del mercado a nivel internacional, regional, nacional y local tiene consecuencias positivas y también negativas. Estas últimas tienen que ver con la pérdida de tradiciones, lenguas, prácticas, tecnologías, conocimientos y culturas en general. El desarrollo de mecanismos para la protección de los CT puede contribuir a establecer relaciones de mayor equilibrio y equidad con fuerzas exógenas muy poderosas. De allí que los conceptos de diversidad biológica y diversidad cultural como dos rasgos distintivos y esenciales de la Naturaleza (incluido en ella el ser humano) aparezcan cada día con más fuerza en la agenda del derecho internacional y de las tareas que la humanidad habrá de asumir si pretende garantizar la viabilidad de las futuras generaciones. El contrapunto entre globalización económica y globalización de los derechos sociales esenciales, incluyendo el derecho ambiental y el derecho de los pueblos indígenas es evidente y, lo es más, cuando se trata de poner límites al derecho de propiedad privada y de reconocer la existencia de una categoría diferente de derechos de propiedad: los derechos de propiedad colectivos.

Pese a estas vallas, es necesario reconocer que el sistema internacional de PI ha evolucionado a lo largo de muchos años (siglos en algunos casos) y que en sus inicios, enfrentó también considerables desafíos que fueron superados con creatividad y persistencia por sus propulsores. El Derecho logró crear instituciones, derechos, reglas y mecanismos que garantizaron los intereses intelectuales de artistas, autores, inventores y más recientemente fitomejoradores, entre otros. Se trata ahora de continuar este proceso pero con un enorme esfuerzo de humildad y de justicia pues una sociedad bien informada decidida a defender el derecho de propiedad como pilar de la iniciativa económica debe asimismo proveer los mecanismos para el respeto y la efectiva protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, especialmente por su carácter colectivo.

REFLEXIONES FINALES

Las tendencias en la negociación internacional llevan a pensar que, en un futuro no tan lejano, es posible que se inicie la construcción de un régimen internacional (*sui generis*) para la protección legal de los conocimientos tradicionales. Parece evidente que los instrumentos actuales de la propiedad intelectual tales como las patentes, derechos de obtentor, derechos de autor y otros, no resultan, al menos en su estado actual, los más adecuados para garantizar que los intereses y derechos indígenas sean adecuadamente representados y protegidos.

Lo anterior explica la necesidad de desarrollar y crear nuevas fórmulas jurídicas e institucionales que, ciertamente, podrían fundamentarse en principios e instrumentos ya existentes. La Ley 27811 del Perú por ejemplo, refleja cómo se pueden articular diferentes instrumentos de la propiedad intelectual (y otros) para elaborar un régimen *sui generis* de protección (cuando menos para el ámbito nacional). Varios otros países se encuentran también evaluando fórmulas para el establecimiento de sistemas legales para la protección de los conocimientos tradicionales. Cabe recordar que a nivel del derecho comunitario de la CAN constituye un mandato el establecimiento de un régimen común andino para la protección de los conocimientos tradicionales.

Otro frente en el que resulta necesario insistir política y legalmente es en el de la protección defensiva. Adecuar el régimen de propiedad intelectual (y las patentes en el campo biotecnológico en particular) a nuevas exigencias de divulgación de origen y de procedencia es una manera de establecer sinergias positivas entre los principios y las reglas del CDB y la propiedad intelectual. La tarea de construir un sistema de reconocimiento efectivo y protección de los CT no es solamente de los países originarios o países megadiversos: se trata de una obligación insoslayable de la comunidad internacional que afortunadamente se mantiene en agenda animando los debates en los distintos foros mundiales.



Mitos y verdades sobre la Biopiratería y la Propiedad Intelectual

BEGOÑA VENERO AGUIRRE

Sumario: I. ¿Qué es la biopiratería?. II. Normativa aplicable. III. Biopiratería y Propiedad Intelectual. IV. Efectos de la biopiratería en la propiedad intelectual. V. Sinergias posibles - La solución adoptada por la Decisión 486 - ¿Es suficiente?- La Ley N° 28216 - Algunas reflexiones finales.

El tema de la biopiratería ha saltado a la palestra en los últimos años y con él la percepción de la propiedad intelectual como una forma de validación o legitimación de la biopiratería. Pero, ¿qué se entiende por biopiratería? ¿cuál es su relación con la propiedad intelectual?

I. ¿QUÉ ES LA BIOPIRATERÍA?

Mucho se ha escrito acerca de las ventajas de utilizar recursos genéticos y conocimientos tradicionales para el desarrollo de nuevos productos y de cómo aumentan las probabilidades de éxito de las investigaciones realizadas a partir de ellos¹. Ello explica el interés de terceros por tener acceso a esos recursos y conocimientos. Cuando acceden a estos recursos o conocimientos sin respetar los derechos de los países de origen de los recursos o de los pueblos indígenas titulares de los conocimientos, se habla de biopiratería.

En realidad, no existe un consenso o una definición generalmente aceptada de biopiratería.

1. Ver: TEN KATE, Kerry y LAIRD, Sarah A. *The commercial use of biodiversity: Access to genetic resources and benefit-sharing*, Earthscan Publications Ltd., Londres, 1999. 398 pp.

En su página web www.etcgroup.org, el Grupo ETC² define la biopiratería de la siguiente manera:

«Biopiracy refers to the appropriation of the knowledge and genetic resources of farming and indigenous communities by individuals or institutions who seek exclusive monopoly control (patents or intellectual property) over these resources and knowledge. ETC group believes that intellectual property is predatory on the rights and knowledge of farming communities and indigenous peoples.»

Annie Oehlerich de Zurita define la biopiratería en estos términos:

«El uso de la propiedad intelectual para legitimar la propiedad y control exclusivo de los recursos biológicos y del conocimiento, sin reconocer, recompensar o proteger a los innovadores informales.»³

En ambas definiciones, se establece una relación directa y necesaria con la propiedad intelectual. La biopiratería, según estas definiciones, necesariamente se materializa o se consume a través de la propiedad intelectual.

Pero eso no es necesariamente así. Muchos actos de biopiratería buscan proteger sus resultados a través de la propiedad intelectual, en particular, a través de las patentes de invención. Sin embargo, pueden presentarse casos en los cuales no se pretenda obtener derechos exclusivos pero se trate de actos de biopiratería puesto que:

- a) se ha accedido o utilizado recursos genéticos sin el consentimiento informado previo del país de origen y sin prever compensación alguna para el país de origen o;
- b) se ha accedido o utilizado conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas sin su consentimiento informado previo y sin prever compensación alguna para el pueblo o pueblos indígenas titulares de estos conocimientos.

En esencia, hablar de biopiratería es hablar del acceso o del uso no autorizado y no compensado de recursos genéticos o de conocimientos tradicionales.

II. NORMATIVA APLICABLE

Uno de los hitos que marcó el Convenio sobre Diversidad Biológica⁴ fue el establecimiento de ciertos requisitos mínimos, que deben cumplirse para acceder a un recurso genético o a un conocimiento tradicional:

- i) el consentimiento informado previo, y
- ii) la distribución justa y equitativa de los beneficios que se deriven de su utilización.

2. Grupo de acción sobre Erosión, *Tecnología y Concentración*.

3. OEHLERICH DE ZURITA, Annie. *Ni robo ni limosna: Los pueblos indígenas y la propiedad intelectual*, Santa Cruz, Bolivia, 1999. 183 pp.

4. Fue ratificado por el Perú el 7 de junio de 1993 y entró en vigencia el 29 de diciembre de 1993.

Así, el artículo 15 numerales 5 y 7 del Convenio sobre Diversidad Biológica establece lo siguiente:

«Artículo 15.- Acceso a los recursos genéticos

(...)

5. El acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona los recursos, a menos que esa Parte decida otra cosa.

(...)

7. Cada Parte Contratante tomará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, (...) para compartir en forma justa y equitativa los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos con la parte contratante que aporta estos recursos. Esta participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas.»

Por su parte, el artículo 8 literal j) del Convenio sobre Diversidad Biológica señala lo siguiente:

«Artículo 8 .- *Conservación in situ*

Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda:

(...)

j) Con 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; (...)

En tal sentido, de conformidad con los principios establecidos en el Convenio sobre Diversidad Biológica, para poder acceder y utilizar un recurso genético o un conocimiento tradicional, es necesario contar con el consentimiento informado previo del país de origen del recurso o del pueblo indígena titular del conocimiento, y prever la distribución justa y equitativa de los beneficios que se deriven de su uso.

El Convenio sobre Diversidad Biológica sirvió de fuente de inspiración a desarrollos legislativos posteriores.

Filipinas fue el primer país que adoptó una ley en materia de acceso a los recursos genéticos. La Comunidad Andina fue la primera subregión que adoptó una norma comunitaria en materia de acceso a los recursos genéticos.

Perú fue el primer país en adoptar una ley para la protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a la biodiversidad.

Así, la legislación vigente en materia de acceso a recursos genéticos y protección de conocimientos tradicionales en el Perú está constituida por:

- La Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena⁵, que establece un Régimen común sobre acceso a los recursos genéticos para Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela⁶.

- La Ley N° 27811⁷, Ley que establece el Régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos⁸.

En tal sentido, en el caso del Perú, un acto de biopiratería implica una contravención no sólo a los principios establecidos por el Convenio sobre Diversidad Biológica, sino también a la Decisión 391, así como a la Ley N° 27811.

III. BIOPIRATERÍA Y PROPIEDAD INTELECTUAL

Como se señaló anteriormente, en algunos casos, ese uso no autorizado y no compensado es acompañado del patentamiento de invenciones obtenidas o desarrolladas a partir de dicho uso. Puede tratarse de invenciones que han sido simplemente obtenidas del recurso genético o conocimiento tradicional, que no implican un desarrollo ni un aporte real al estado de la técnica. También puede tratarse de invenciones que implican un desarrollo con relación al recurso genético o conocimiento tradicional, que puede ser considerado como un aporte real al estado de la técnica.

Aplicando estrictamente el Derecho de patentes ...

En el primer caso descrito en el párrafo anterior (invenciones *obtenidas* a partir de un recurso o un conocimiento), no se justifica el otorgamiento de derechos de exclusiva a través del otorgamiento de patentes de invención. En efecto, en la medida en que se trata de una invención simplemente obtenida a partir de un recurso o un conocimiento, ya existente, dicha invención no cumplirá con los clásicos requisitos de patentabilidad (novedad o nivel inventivo) y, por lo tanto, no merecerá una patente de invención. Otor-

5. La Decisión 391 fue adoptada el 2 de julio de 1996 y entró en vigencia el 17 de julio de 1996.

6. Para información acerca de los principales elementos de la Decisión 391, ver:

Propuesta de Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas y Acceso a los Recursos Genéticos, Documento de trabajo publicado en el Diario Oficial El Peruano el 21 de octubre de 1999, pp. 179505 y 179506.

7. Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 10 de agosto de 2002.

8. Para información acerca de los principales elementos de la Ley, ver:

- VENERO AGUIRRE, BEGOÑA. *La ley peruana sobre protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos*; Abril 2004, 16 pp.; documento disponible en la página web de la AAAML - Asociación de Antiguos Alumnos del Magister Lvcentinvs (www.ml.ua.es/aaaml); o

- VENERO AGUIRRE, BEGOÑA. *The peruvian law on protection of the collective knowledge of indigenous peoples related to biological resources*; 2003. En: *Trading in knowledge, Development perspectives on TRIPS, Trade and Sustainability*; editado por Christophe Bellmann, Graham Dutfield y Ricardo Meléndez-Ortiz.

gar una patente a una invención de estas características implicaría una contravención al propio Derecho de patentes.

En el segundo caso (invenciones *desarrolladas* a partir de un recurso o un conocimiento), sí se justifica el otorgamiento de patentes de invención, si se toma en cuenta únicamente el cumplimiento de los requisitos establecidos en la mayoría de legislaciones vigentes en materia de patentes de invención. En este caso, a diferencia del anterior, sí hay un aporte al estado de la técnica que merecería una patente de invención, en la medida en que cumpla con los requisitos de patentabilidad.

Pero más allá del Derecho de patentes ...

Se deben tomar en cuenta otras consideraciones. No basta tomar en cuenta las reglas propias del Derecho de patentes para determinar si se debe o no otorgar una patente.

Recordemos que el Derecho de patentes no es necesariamente ajeno a otro tipo de consideraciones. Una prueba de ello la encontramos en las llamadas excepciones a la patentabilidad. Estas excepciones recogen consideraciones ajenas al Derecho de patentes que éste ha optado por adoptar, consideraciones tales como el orden público y la moral⁹.

Algunos ejemplos ...

He aquí algunos ejemplos para ilustrar qué constituye un acto de biopiratería.

Ejemplo 1:

Patentes US 6,267,995 (Extract of *lepidium meyenii* roots for pharmaceutical applications), 6,428,824 (Treatment of sexual dysfunction with an extract of *lepidium meyenii* roots) y 6,552,206 (Compositions and methods for their preparation from *lepidium*).

Estas patentes fueron concedidas en el año 2001, en el año 2002 y en el año 2003, respectivamente, por la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos a Pure World Botanicals, Inc.

Este caso resulta particularmente interesante. Fue objeto de un informe que fue presentado al Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Gené-

9. Ver los literales a), b) y c) del artículo 20 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.

«Artículo 20 .- No serán 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. (...);

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. (...);

c) las plantas, los animales y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos;

(...).».

ticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) por la Delegación del Perú en mayo del 2003¹⁰, con el fin de demostrar cómo se materializa la biopiratería aprovechando ciertas debilidades que presenta la aplicación del sistema de patentes¹¹.

La maca (*lepidium meyenii*) es una planta nativa de la sierra central del Perú, donde se le cultiva desde hace siglos por sus raíces que son comestibles. Los efectos de la maca sobre la fertilidad son conocidos desde el siglo XVI. También se le ha atribuido la calidad de afrodisíaco, y ha sido utilizado para curar la frigidez en mujeres y la impotencia en hombres. Más recientemente, se le han atribuido efectos anticancerígenos.

En 1998, aquéllos que figurarían más tarde como inventores en las patentes antes mencionadas tomaron raíces secas de maca del Herbario del Museo de Historia Natural «Javier Prado», Un. H.S., Lima, según lo declaran ellos mismos en un artículo escrito en la revista *Urology*¹². Utilizando un extracto purificado de raíces de maca, hicieron pruebas con ratones para confirmar el uso tradicional de la maca como afrodisíaco. Más tarde, presentaron las solicitudes de patente que dieron lugar a las patentes antes mencionadas y otras más no sólo en Estados Unidos sino también en otros países utilizando la vía PCT (Tratado de Cooperación en materia de Patentes).

En junio del 2002, el INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual) tomó conocimiento de la existencia de las patentes US 6,267,995 y 6,428,824. Un mes más tarde, convocó a personas de diferentes instituciones gubernamentales y organizaciones no gubernamentales, a fin de conformar un Grupo de trabajo con el objeto de analizar las patentes concedidas y solicitudes en trámite referidas al *lepidium meyenii* (maca) y sus consecuencias, así como la estrategia a adoptar al respecto.

El Grupo reunió una importante cantidad de información sobre la maca, con miras a identificar los antecedentes más cercanos a estas patentes y solicitudes de patentes. Tomando en cuenta estos antecedentes, el Grupo examinó la patentabilidad de las invenciones objeto de las patentes US 6,267,995 y 6,428,824, y de la solicitud PCT/US00/05607¹³, y concluyó que estas patentes no cumplen con el requisito de nivel inventivo, entre otros, y que la solicitud internacional no cumple con los requisitos de novedad y

10. Documento WIPO/GRTKF/IC/5/13, Patentes referidas al *Lepidium Meyenii* (Maca): Respuestas del Perú, presentado por la Delegación de Perú en la Quinta sesión del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore.

11. Para un resumen de la Declaración que presentó la Delegación del Perú ante la Quinta sesión del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la OMPI, ver el documento WIPO/GRTKF/IC/5/15, numeral 113.

12. Ver ZHENG, B., HE, K., KIM, C., ROGERS, L., SHAO, Y, HUANG, Z., LU, Y., YAN, S., QIEN, L. y ZHENG, Q. *Effect of a lipidic extract from lepidium meyenii on sexual behavior in mice and rats*, en: *Urology* 55 (4), pp. 598-602.

nivel inventivo, entre otros. En otras palabras, concluyó que hacer un extracto de raíces de maca y utilizarlo para tratar la disfunción sexual resultaba evidente, y que las composiciones y métodos para su preparación utilizando maca eran ya conocidas y evidentes.

El Grupo también tomó en cuenta que el material que se utilizó para desarrollar estas invenciones fue tomado del Perú, tal como señalamos anteriormente, y que no existe ninguna evidencia de que dicho material haya sido obtenido legalmente, ni que se hubiera previsto compartir equitativamente con el Perú los beneficios que se generen a partir de estas patentes.

Este caso ha servido para generar una toma de conciencia sobre la necesidad de responder como país ante actos de biopiratería como el antes descrito. En base a su experiencia, el Grupo recomendó crear una Comisión Nacional para la prevención de actos de biopiratería. Tal como será explicado más adelante, recientemente se ha aprobado una Ley que crea una Comisión que se encargará de prevenir actos de biopiratería tales como el que se acaba de describir, la Ley N° 28216.

Este caso también ha servido para demostrar lo difícil que es impugnar o cuestionar patentes de esta naturaleza. A pesar del tiempo transcurrido y a pesar de sus esfuerzos y del apoyo recibido por parte de terceros¹⁴, el Grupo aún no ha concluido su labor. Le corresponderá a la recientemente creada Comisión continuar con este caso.

Las patentes US 6,267,995 y 6,428,824 parecen tener por objeto invenciones obtenidas a partir de un recurso. En tal sentido, en estos casos, no se justifica el otorgamiento de patentes, aplicando estrictamente el Derecho de patentes, incluso sin necesidad de recurrir a otras consideraciones.

Ejemplo 2:

Patente US 4,844,901 (Oxindole alkaloids having properties stimulating the immunologic system)

Esta patente fue concedida el 4 de julio de 1989 por la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos a Klaus Keplinger de Austria.

Según la memoria descriptiva, la invención se refiere a una preparación que contiene alcaloides oxindólicos de un extracto de raíces de *Uncaria Tomentosa* (WILLD.) DC. Las reivindicaciones tienen por objeto un método para estimular el sistema inmunológico¹⁵:

-
13. Publicada como WO 00/51548 y que lleva por título *Compositions and methods for their preparation from lepidium*.
 14. Es de destacar el apoyo que ha prestado la Public Interest Intellectual Property Advisors, Inc. (PIIPA) al Grupo.
 15. A diferencia de la legislación vigente en los Estados Unidos de América en materia de patentes de invención, la legislación andina considera no patentables los métodos terapéuticos o quirúrgicos para el tratamiento humano o animal, así como los métodos de diagnóstico aplicados a los

«1. A method for stimulating the immunological system comprising: providing oxindole alkaloids from the extract of the root of *Uncaria tomentosa* (WILLD.), administering the extract to a subject, and measuring the rate of increase in the phagocytosis activation in the subject.

2. The method according to claim 1 wherein the rate of increase in the phagocytosis activation in the subject is between 30-40% as a result of administering the extract.»

Resulta particularmente interesante lo señalado por Obregón:

«La población nativa del grupo étnico Campa-Ashaninca utilizaba la corteza para dolencias inflamatorias y tumores, circunstancialmente se dio a conocer su posible acción curativa contra el cáncer, siendo Keplinger el que inició las investigaciones en el uso medicinal en la década del 60.»¹⁶

Keplinger construyó a partir de lo ya construido por otros, lo que le permitió subir un peldaño más y descubrir un nuevo uso de la uña de gato: estimular el sistema inmunológico. Sin lugar a dudas, el aporte de Keplinger nos beneficia a todos y merece ser reconocido y compensado.

No obstante lo anterior, todo parece indicar que este caso tiene por objeto una invención *desarrollada* a partir de un conocimiento tradicional de un grupo étnico peruano, al cual se llegó gracias al estrecho contacto de dicho pueblo indígena con la naturaleza, y que probablemente fue transmitido y enriquecido de generación en generación. ¿No debería merecer este pueblo indígena algún tipo de reconocimiento y compensación por su aporte?

A la base de esta invención se encuentra, además, un recurso biológico de origen peruano aunque no parece haberse demostrado que el material que fue utilizado para desarrollar esta investigación se extrajo del Perú. De comprobarse que dicho material se extrajo del Perú, ¿no debería merecer el Perú algún tipo de reconocimiento y compensación por ser el país proveedor del material que dio lugar a esta invención?

Este caso fue denunciado por la prensa hace alrededor de 9 años y sirvió para crear conciencia de que, si bien, aplicando estrictamente el Derecho de patentes, se justificaba el otorgamiento de la patente antes mencionada, había un desequilibrio en la balanza, en

seres humanos o a animales (artículo 20 literal d) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina).

16. Cita de: OBREGÓN, L. *Uña de gato Género Uncaria, Estudios botánicos, químicos y farmacológicos de Uncaria tomentosa y Uncaria guianensis*, 3ª edición, Instituto de Fitoterapia Americano, Lima, 1995. 169 pp.

Recogida en:

DOMÍNGUEZ TORREJÓN, Gilberto. *Uña de gato y producción sostenible*, Universidad Nacional Agraria La Molina, Lima, 1997, p. 15.

la medida en que el sistema estaba diseñado para compensar el aporte de Keplinger a través de una patente de invención pero no para reconocer ni compensar el aporte del pueblo indígena que desarrolló conocimientos sin los cuales Keplinger probablemente no hubiera podido inventar lo que luego patentó, ni para reconocer ni compensar el aporte del país proveedor del recurso genético¹⁷.

Otros ejemplos:

Estos casos no son los únicos. Ya en 1994, el Grupo Crucible hacía mención de un caso de biopiratería, aunque sin usar ese término: El del algodón de colores. En este caso, se trataba de certificados de obtentor de variedad vegetal concedidos a dos variedades de algodón de colores. Según el Grupo Crucible, organizaciones campesinas de países andinos creían que estas variedades eran una extensión obvia de los algodones de color originales desarrollados en Sudamérica y Centroamérica por comunidades campesinas y el propio obtentor confirmó que las semillas originales fueron colectadas en México y Guatemala. A estas organizaciones campesinas les preocupaba que las leyes vigentes no reconocieran su contribución a la generación de un nuevo producto y consideraban que esto llevaba a una gran injusticia.¹⁸

En el informe de la *Commission on Intellectual Property Rights* establecida por el Gobierno Británico, podemos encontrar otros ejemplos de biopiratería, tales como el de la cúrcuma y el neem¹⁹:

- La cúrcuma es una planta usada tradicionalmente en la India para curar heridas y erupciones cutáneas. En 1995 una patente estadounidense (patente US 5,401,504) fue concedida sobre «el uso de la cúrcuma en la cicatrización de heridas» a dos ciudadanos indios que trabajaban en el Centro Médico de la Universidad de Mississippi. La Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos volvió a examinar esa patente a solicitud del Consejo de Investigación Científica e Industrial de la India (CSIR). El CSIR alegó falta de novedad y sustentó sus alegaciones con pruebas documentales. La Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos revocó la patente²⁰.

- El neem es un árbol de la India y otras partes de Asia del sur y del sudeste. En 1994 la Oficina Europea de Patentes concedió una patente europea (patente europea 0436257) a la corporación estadounidense W.R. Grace y al USDA por «un método para

17. Este fue uno de los motivos que llevaron al INDECOPI, en 1996, a constituirse en la primera oficina de propiedad intelectual que se involucró en temas de acceso a los recursos genéticos y protección de conocimientos tradicionales.

18. CRUCIBLE GROUP. *People, plants and patents: The impact of intellectual property on biodiversity, conservation, trade and rural society*, Ottawa, ON, IDRC, 1994. 118 pp.

19. Commission on Intellectual Property Rights. *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy*, Report of the Commission on Intellectual Property Rights, Londres, febrero 2003 (tercera edición), cuadro 4.2, pp. 76 a 78.

20. La Commission on Intellectual Property Rights considera este caso como un hito histórico porque fue la primera vez que se recusó con éxito una patente basada en los conocimientos tradicionales de un país en desarrollo.

el control de los hongos en las plantas mediante el uso de un aceite hidrófobo extraído del neem». En 1995 un grupo de ONGs internacionales y representantes de agricultores indios se opusieron a esta patente alegando falta de novedad y demostraron que durante siglos se han conocido y usado los efectos fungicidas de los extractos de las semillas del neem en la agricultura india para proteger los cultivos. La Oficina Europea de Patentes revocó la patente en el año 2000.

IV. EFECTOS DE LA BIOPIRATERÍA EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Casos como éstos llevan a una percepción negativa del sistema de propiedad intelectual y, en particular, del sistema de patentes de invención. Se percibe la propiedad intelectual como injusta y se percibe además un desequilibrio en la balanza, en la medida en que las invenciones que se obtienen o desarrollan a partir de estos recursos genéticos o conocimientos tradicionales son protegidas a través de patentes de invención, en tanto que no se reconoce ni compensa el aporte del conocimiento o recurso que se utilizó para obtener o desarrollar estas invenciones.

Encontramos un ejemplo de esta percepción negativa en la definición de la biopiratería del Grupo ETC, que recogimos anteriormente:

«ETC group believes that intellectual property is predatory on the rights and knowledge of farming communities and indigenous peoples.»

Otro claro ejemplo de esta percepción negativa se encuentra en las conclusiones de la Reunión regional sobre los derechos de la propiedad intelectual y la biodiversidad, organizada por la Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA), que tuvo lugar en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, del 28 al 30 de setiembre de 1994:

«2. For indigenous peoples, the intellectual property system means legitimization of the misappropriation of our peoples' knowledge and resources for commercial purposes.»

«8. Prevailing intellectual property systems reflect a conception and practice that is:

- Colonialist, in that the instruments of the developed countries are imposed in order to appropriate the resources of indigenous peoples;*
- Racist, in that it belittles and minimizes the value of our knowledge systems, and*
- Usurpatory, in that it is essentially a practice of theft.»*

«13. The prevailing intellectual property systems must be prevented from robbing us, through monopoly rights, of resources and knowledge in order to enrich themselves and build up power opposed to our own.»²¹

21. Citas recogidas de POSEY, Darrel A. y DUTFIELD, Graham. *Beyond Intellectual Property: toward traditional resource rights for indigenous peoples and local communities*, publicado por el International Development Research Centre, Ottawa, Canadá, 1996, pp. 215-216.

La influencia que puede tener la cobertura de casos de biopiratería por parte de la prensa en la generación y consolidación de esta percepción negativa de la propiedad intelectual no debe ser minimizada. A título de ejemplo, recogemos el título y parte del texto de un informe especial publicado en el Diario Oficial «El Peruano»:

«La biopiratería y el robo de recursos genéticos

Los corsarios buscan nuevos puertos

La piratería es muy conocida en nuestro vocabulario cotidiano: discos compactos y libros de literatura son algunas muestras de ello. Pero ¿qué pasaría si hablamos de usufructuar, sin permiso los conocimientos ancestrales para producir medicinas y comercializarlas en el mundo con la idea de haber hecho un gran descubrimiento?»²²

Tenemos, por un lado, que hay una tendencia a incrementar la protección que se otorga a la propiedad intelectual a nivel mundial y, por otro lado, regímenes de acceso a los recursos genéticos y de protección de los conocimientos tradicionales inexistentes en la mayoría de países del mundo, pese a los principios establecidos por el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

Una aplicación correcta de los principios que rigen el Derecho de patentes permitiría reducir esa percepción negativa. Las patentes de invención tienen un sentido y una justificación que no debería ser cuestionada por las razones equivocadas.

En el primer caso descrito (invenciones *obtenidas* a partir de un recurso o un conocimiento: el caso de la maca), no deberían otorgarse patentes a menos que realmente se trate de invenciones que cumplan los requisitos de patentabilidad (en particular, con los requisitos de novedad y nivel inventivo).

En el segundo caso descrito (invenciones *desarrolladas* a partir de un recurso o un conocimiento: el caso de la uña de gato), si bien sí se justifica otorgar una patente, en la medida en que sí hay un desarrollo que cuenta con novedad y nivel inventivo, habría que preguntarse qué se podría hacer con el sistema de propiedad intelectual (y en particular con el sistema de patentes y de protección de variedades vegetales) para hacerlo más justo.

¿Qué sistema de propiedad intelectual se quiere? ¿Qué tipo de patentes de invención se quiere promover? ¿Se quiere promover patentes que son el fruto de un robo?

Algunos arguyen que la propiedad intelectual no tiene por objeto cautelar los derechos de los países de origen de recursos genéticos ni de los pueblos indígenas titulares de derechos sobre conocimientos tradicionales.

En efecto, el objeto del sistema de propiedad intelectual es otro. Sin embargo, como se desprende de lo antes expuesto, de alguna manera, la legitimidad del sistema de propiedad intelectual está siendo cuestionada y se verá afectada a menos que se haga un esfuerzo por introducir cambios que permitan evitar situaciones injustas tales como las antes descritas.

22. Diario Oficial El Peruano, 19 de setiembre de 2003, Informe Especial, pp. 12 y 13.

Se debe tomar en cuenta que si bien el sistema de patentes tiene la posibilidad de reaccionar ante solicitudes de patente y patentes que tienen por objeto invenciones *obtenidas* a partir de un recurso o un conocimiento tradicional, sea denegando dichas solicitudes o anulando dichas patentes por falta de novedad o nivel inventivo, ello no basta para afirmar que el sistema funciona a la perfección. Se pueden introducir cambios que faciliten la detección de este tipo de casos antes de que se concedan patentes. Ello evitaría que los titulares de derechos (países de origen de los recursos o pueblos indígenas titulares de los conocimientos) enfrenten dificultades prácticas tales como las descritas anteriormente, que se multiplican exponencialmente si se trata de solicitudes internacionales presentadas por la vía PCT (Tratado de Cooperación en materia de Patentes).

En el caso de las solicitudes de patente y patentes que tienen por objeto invenciones *desarrolladas* a partir de un recurso o un conocimiento tradicional, la situación es más difícil. En este caso, el sistema de patentes no tiene la posibilidad de reaccionar, en la medida en que las invenciones en cuestión cumplan los requisitos de patentabilidad. Pero, ¿qué tipo de patentes de invención se quiere promover?

Uno de los objetivos del sistema de patentes es promover la investigación. Pero, ¿se quiere promover cualquier tipo de investigación? El sistema de patentes no debe servir para validar situaciones injustas. Se debe buscar la manera de introducir cambios en el sistema de patentes a fin de hacerlo más justo. Ello beneficiará al propio sistema de patentes, en la medida en que lo legitimará y lo hará más sólido.

Tal como señala la *Commission on Intellectual Property Rights* establecida por el Gobierno Británico:

«Indeed we would go further in supporting the objectives of the CBD by arguing that no person should be able to benefit from any IP rights consisting of, or based on, genetic resources or associated knowledge obtained in an illegal manner, or used in an unauthorised way.»²³

Cabe precisar que no se trata de impedir que se utilicen recursos genéticos o conocimientos tradicionales para el desarrollo de invenciones nuevas e inventivas. Como se vio en el caso de la uña de gato, ello beneficia a todos. De lo que se trata es de promover el uso de estos recursos y conocimientos para el desarrollo de invenciones nuevas e inventivas, siempre que se respeten los derechos y se compensen los aportes de los países de origen de los recursos y de los pueblos indígenas titulares de los conocimientos²⁴.

23. Commission on Intellectual Property Rights. *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy, Report of the Commission on Intellectual Property Rights*, Londres, febrero 2003 (tercera edición), p. 87.

24. VENERO AGUIRRE, BEGOÑA. *Les connaissances traditionnelles et les brevets relatifs au Lepidium meyenii: un exemple à ne pas suivre*; 2003. En: Le Courrier ACP-UE, N° 201, noviembre-diciembre 2003, pp. 37-38.

V. SINERGIAS POSIBLES

El sistema de propiedad intelectual puede fomentar el cumplimiento de los regímenes de acceso a los recursos genéticos y de protección de conocimientos tradicionales, y colaborar en la cautela de los derechos de los países de origen de recursos genéticos y de los pueblos indígenas titulares de derechos sobre conocimientos tradicionales de diferentes maneras.

Se ha propuesto modificar el sistema de tal manera que se introduzca entre los requisitos a exigir a una solicitud de patente:

- La divulgación de que se ha usado un recurso genético o un conocimiento tradicional para obtener o desarrollar una invención y en qué medida (disclosure of origin)
- La acreditación del origen legal de dicho recurso genético o conocimiento tradicional (evidence of prior informed consent).

Esta propuesta tiene dos niveles que son necesarios y se complementan. La sola divulgación sería útil para identificar estos casos más no suficiente.

Estos requisitos deberían ser incorporados en las legislaciones nacionales de patentes o en algún instrumento internacional, a fin de tener eficacia.

Las sanciones que se han propuesto varían. Algunos proponen que no hayan sanciones o que las sanciones se apliquen fuera del sistema de patentes. Otros proponen sanciones que llegan hasta la denegatoria de solicitudes de patente presentadas o incluso nulidad de patentes concedidas sin divulgación y acreditación del origen legal.

Se debe tomar en cuenta que la nulidad de una patente implica una loose-loose situation y debería de evitarse en la medida de lo posible. En efecto, de anularse una patente, se reducirían las posibilidades de generar beneficios que luego puedan ser compartidos equitativamente. La nulidad de una patente es, además, irreversible, en la medida en que no es posible volver a presentar una solicitud de patente de invención para la misma invención, puesto que ésta habría perdido novedad por efecto de la publicación de la primera patente concedida y anulada.

La solución encontrada en el caso del cactus Hoodia, recogido por la *Commission on Intellectual Property Rights* establecida por el Gobierno Británico, no hubiera sido posible de haberse anulado la patente en cuestión. En dicho caso, se llegó a un acuerdo entre el titular de la patente y el pueblo San, por el que los San, reconocidos como las personas que habían custodiado los conocimientos tradicionales asociados con la planta del cactus Hoodia, recibirían una parte de las regalías futuras²⁵.

Tanto la *Commission on Intellectual Property Rights* establecida por el Gobierno Británico como el Grupo Crucible II recogen algunas de las críticas que se hacen a la

25. COMMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS. *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy, Report of the Commission on Intellectual Property Rights*, Londres, febrero 2003 (tercera edición), cuadro 4.2, pp. 77 y 78.

propuesta de requerir la divulgación y la prueba del origen legal de los recursos o conocimientos, así como algunas respuestas a dichas críticas²⁶.

Una de las principales objeciones que se plantean a la propuesta antes mencionada es que es incompatible con el Acuerdo sobre los ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, conocido también como TRIPS, por sus siglas en inglés) de la OMC.

Al respecto, vale la pena mencionar el Informe elaborado por la Glushko-Samuelson Intellectual Property Law Clinic, Washington College of Law, American University, a solicitud de la Public Interest Intellectual Property Advisors, Inc. (PIIPA), que concluye lo siguiente:

*«Contrary to the suggestions by some countries and some of the conclusions of the legal analyses performed for or by intergovernmental organizations, national requirements for CBD disclosures in patent applications are fully consistent with existing international patent law treaties».*²⁷

La solución adoptada por la Decisión 486

Mención especial merecen los artículos 3, 26 literales h) e i) y 75 literales g) y h) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, así como sus antecedentes.

El artículo 15 del D.S. N° 008-96-ITINCI del 3 de mayo de 1996 (Reglamento peruano de la Decisión 345, que establece un Régimen Común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales)²⁸, que establece qué debe contener o adjuntar una solicitud para el otorgamiento de un certificado de obtentor, fue la primera norma que requirió la divulgación y acreditación del origen legal del material vegetal utilizado para desarrollar la nueva variedad a proteger.

«Artículo 15º.- La solicitud para el otorgamiento de un Certificado de Obtentor deberá presentarse ante la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías y contener o adjuntar según corresponda:
(...)

26. Ver: Commission on Intellectual Property Rights. *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy, Report of the Commission on Intellectual Property Rights*, Londres, febrero 2003 (tercera edición), pp. 85 a 87.

Grupo Crucible II. *Siembra de soluciones. Tomo 2. Opciones para leyes nacionales de control sobre recursos genéticos e innovaciones biológicas*, copublicación del Centro Internacional de Investigación para el Desarrollo, el Instituto Internacional de Recursos Fitogenéticos y la Fundación Dag Hammarskjöld, 2001, pp. 221 y 222.

27. Sarnoff, Joshua. *Compatibility with existing international intellectual property agreements of requirements for patent applicants to disclose origins of genetic resources and traditional knowledge and evidence of legal access and benefit sharing*, disponible en la página web de la PIIPA (www.piipa.org), p. 3.

28. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 6 de mayo de 1996.

e) Origen geográfico del material vegetal materia prima de la nueva variedad a proteger, incluyendo, de ser el caso, el documento que acredite la procedencia legal de los recursos genéticos, emitido por la Autoridad Nacional Competente, en materia de acceso a recursos genéticos;

f) Origen y contenido genético de la variedad, donde debe incluir todo detalle conocido relativo a la fuente de los recursos genéticos utilizados en ésta o para su obtención, así como toda información sobre cualquier conocimiento relativo a la variedad, de ser el caso;

(...)»

Según lo previsto en el artículo 16 del Decreto Supremo antes mencionado, en caso no se adjuntaran a la solicitud los documentos señalados en los literales e) y f) del artículo 16 (entiéndase 15), se notificará al solicitante para que complemente la solicitud en un plazo de 30 días hábiles, prorrogables por una sola vez y por igual periodo a solicitud del solicitante. En caso de incumplimiento, la sanción prevista es la de considerar abandonada la solicitud.

Por su parte, la Segunda y Tercera Disposición Transitoria de la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena fueron más allá al establecer como requisito previo para la concesión de un derecho de propiedad intelectual la acreditación del origen legal del recurso y, en particular, el *no reconocimiento de derechos*, en caso de incumplimiento:

«SEGUNDA.- Los Países Miembros no reconocerán derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre recursos genéticos, productos derivados o sintetizados y componentes intangibles asociados, obtenidos o desarrollados a partir de una actividad de acceso que no cumpla con las disposiciones de esta Decisión.

Adicionalmente, el País Miembro afectado podrá solicitar la nulidad e interponer las acciones que fueren del caso en los países que hubieren conferido derechos u otorgado títulos de protección.

TERCERA.- Las oficinas nacionales competentes en materia de Propiedad Intelectual exigirán al solicitante la indicación del número del registro del contrato de acceso y copia del mismo, como requisito previo para la concesión del respectivo derecho, cuando tengan certeza o indicios razonables de que los productos o procesos cuya protección 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.

La Autoridad Nacional Competente y las Oficinas Nacionales Competentes en Propiedad Intelectual establecerán sistemas de intercambio de información sobre los contratos de acceso autorizados y derechos de propiedad intelectual concedidos.»

Siguiendo la línea trazada por la Decisión 391, la Decisión 486 fue incluso más allá al recoger consideraciones relacionadas con el respeto del patrimonio biológico y genético y los conocimientos tradicionales en sus disposiciones generales:

«Artículo 3.- 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.

Los Países Miembros reconocen el derecho y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, sobre sus conocimientos colectivos.

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.»

Dando contenido práctico a lo establecido en el artículo 3, el artículo 26 incluye entre los documentos que deben acompañar a la solicitud de patente las pruebas de origen legal del recurso o conocimiento, según sea el caso:

«Artículo 26.- La solicitud para obtener una patente de invención se presentará ante la oficina nacional competente y deberá contener lo siguiente:

(...)

h) de ser el caso, 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;

i) de ser el caso, 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, de acuerdo a lo establecido en la Decisión 391 y sus modificaciones y reglamentaciones vigentes;

(...)»

De acuerdo a lo previsto en el artículo 39 de la Decisión 486, si del examen de forma resulta que la solicitud no contiene los requisitos establecidos en el artículo 26, la oficina nacional competente notificará al solicitante para que complete dichos requisitos dentro

del plazo de dos meses, prorrogable por una sola vez y por un periodo igual. En caso de incumplimiento, la sanción consiste en que la solicitud se considerará abandonada y perderá su prelación.

El artículo 38 de la Decisión antes mencionada señala que la oficina nacional competente examinará, dentro de los 30 días contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud, si ésta cumple con los requisitos de forma previstos en el artículo 26.

En la práctica, no es fácil que la oficina nacional competente detecte que se trata de una invención obtenida o desarrollada a partir de recursos genéticos (o de sus productos derivados) o a partir de conocimientos tradicionales dentro del plazo previsto en el artículo 38, en particular, si es que el solicitante no lo menciona en la descripción de la invención.

Si es que la oficina nacional competente detecta más tarde que se trata de una invención obtenida o desarrollada a partir de recursos genéticos (o de sus productos derivados) o a partir de conocimientos tradicionales, y no se ha cumplido con los requisitos establecidos en los literales h) e i) del artículo 26, no queda claro qué sucedería. ¿Podría denegar la solicitud? Se entiende que sí, a la luz de lo establecido en el artículo 3 de la Decisión 486.

Si es que la oficina nacional competente o un tercero detectan que se ha otorgado una patente a una invención obtenida o desarrollada a partir de recursos genéticos (o de sus productos derivados) o a partir de conocimientos tradicionales, y no se ha cumplido con los requisitos establecidos en los literales h) e i) del artículo 26, resulta de aplicación el artículo 75 de esta Decisión:

«Artículo 75.- La autoridad nacional competente decretará de oficio o a solicitud de cualquier persona y en cualquier momento, la nulidad absoluta de una patente, cuando:

(...)

g) 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;

h) 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; o,

(...)»

Llama la atención que se hayan incluido entre las causales de nulidad absoluta las antes mencionadas, puesto que son los únicos requisitos *de forma* cuyo incumplimiento merece la nulidad de la patente.

El haber incluido disposiciones tales como las antes mencionadas en la Decisión 486, en particular los artículos 3 y 75 literales g) y h), demuestra la importancia que otorgan los países andinos al reconocimiento de sus derechos como países de origen de recursos genéticos y al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos.

Finalmente, cabe mencionar la Segunda Disposición Complementaria de la Ley N° 27811, Ley que establece el Régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos:

«SEGUNDA.- Presentación del contrato de licencia como requisito para obtener una patente de invención. En caso de que se solicite una patente de invención relacionada con productos o procesos obtenidos o desarrollados a partir de un conocimiento colectivo, el solicitante estará obligado a presentar una copia del contrato de licencia, como requisito previo para la concesión del respectivo derecho, a menos de que se trate de un conocimiento colectivo que se encuentra en el dominio público. El incumplimiento de esta obligación será causal de denegación o, en su caso, de nulidad de la patente en cuestión.»²⁹

¿Es suficiente?

En la medida en que disposiciones tales como las incluidas en la Decisión 486 no sean recogidas en las legislaciones de patentes de los países en los cuales se consuman actos de biopiratería a través de la concesión de patentes que no deberían ser concedidas, o en algún instrumento internacional, sólo se evitará la concesión de este tipo de patentes en la Comunidad Andina.

Afortunadamente, algunos países han seguido el ejemplo de la Comunidad Andina y han adoptado disposiciones similares en sus legislaciones. Es el caso de la India y de Costa Rica, por ejemplo.

El Perú y otros países con preocupaciones similares han presentado propuestas en distintos foros internacionales con miras a incluir estos requisitos de divulgación y acreditación de origen legal en algún instrumento internacional. Entre los foros en los cuales se viene discutiendo propuestas de esta índole destacan:

- El Convenio sobre la Diversidad Biológica
 - Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica
 - Grupo de trabajo especial de composición abierta entre períodos de sesiones sobre el artículo 8 j) y disposiciones conexas del Convenio sobre la Diversidad Biológica.
 - Grupo de trabajo especial de composición abierta sobre acceso y participación en los beneficios

29. Se hace notar que, en este caso, la sanción prevista no es el abandono de la solicitud, como dispone el artículo 39 de la Decisión 486 sino la denegatoria de la misma.

- La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)
 - Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore
 - Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes
 - Grupo de trabajo sobre la reforma del PCT (Tratado de Cooperación en materia de Patentes)
- La Organización Mundial del Comercio
 - Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
- El ALCA (Area de Libre Comercio de las Américas)³⁰

Mención especial merecen los esfuerzos del Perú, Colombia y Ecuador por incluir disposiciones relativas a la protección de la diversidad biológica y de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas en el Capítulo correspondiente a los Derechos de Propiedad Intelectual en el Tratado de Libre Comercio que se encuentran negociando con los Estados Unidos.

La Ley N° 28216

El interés suscitado por un reciente caso de biopiratería ha llevado a la promulgación de una ley que crea una Comisión multisectorial con el fin de prevenir y evitar que se presenten otros casos como éste.

En efecto, el 1° de mayo del 2004 fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 28216, Ley de protección al acceso a la diversidad biológica peruana y los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas. El título de esta Ley, el objeto enunciado en su artículo 1³¹, así como el nombre de la Comisión que crea³², prestan a confusión. Pero, más allá de la extraña terminología utilizada en esta ley, del artículo 4³³, que enuncia las funcio-

30. Ver la subsección B.2.f. del capítulo XX, Derechos de Propiedad Intelectual, del Tercer Borrador de Acuerdo de fecha 21 de noviembre de 2003. Cabe mencionar que esta subsección fue introducida en el Borrador de Acuerdo a propuesta de los países andinos.

31. Artículo 1°.- Objeto de la Ley
El objeto de la presente Ley es otorgar protección al acceso a la diversidad biológica peruana y a los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas.

32. Artículo 2°.- De la creación de la Comisión nacional
Créase la Comisión nacional para la protección al acceso a la diversidad biológica peruana y a los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas relacionados con ella, adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros.

33. Artículo 4°.- Funciones de la Comisión
Son funciones de la Comisión las siguientes:

- a) Crear y mantener un Registro de los Recursos Biológicos y Conocimientos Colectivos de los pueblos Indígenas del Perú.
- b) Proteger de actos de biopiratería.

nes de la Comisión, se deduce que tiene por objeto prevenir y evitar actos de biopiratería bajo la forma de patentes de invención concedidas en el extranjero.

Esta Ley define el término biopiratería en su Tercera Disposición Complementaria y Final:

Para los efectos de la aplicación de la presente Ley se entiende por «Biopiratería, el acceso y uso no autorizado y no compensado de recursos biológicos o conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas por parte de terceros, sin la autorización correspondiente y en contravención de los principios establecidos en el Convenio sobre Diversidad Biológica y las normas vigentes sobre la materia. Esta apropiación puede darse a través del control físico, mediante derechos de propiedad sobre productos que incorporan estos elementos obtenidos ilegalmente o en algunos casos mediante la invocación de los mismos.»

Esta Comisión tendrá la difícil tarea de identificar y hacer seguimiento de las solicitudes de patentes de invención presentadas o patentes de invención concedidas en el extranjero relacionadas con recursos biológicos o con conocimientos colectivos de los pueblos indígenas del Perú, que constituyan potenciales casos de biopiratería que puedan afectar los intereses del Perú. Asimismo, deberá identificar los antecedentes más cercanos y evaluar técnicamente dichas solicitudes o patentes a la luz de esos antecedentes. De ser el caso, deberá interponer acciones contra dichas solicitudes o patentes. Su labor no será fácil.

Algunas reflexiones finales

Casos de biopiratería tales como los reseñados anteriormente hacen reflexionar acerca de qué sistema de propiedad intelectual se debe promover. ¿Se quiere incentivar investigaciones en las que se utilicen conocimientos tradicionales sin autorización de los pueblos indígenas titulares de derechos? ¿o investigaciones en las que se utilicen recur-

-
- c) Identificar y efectuar el seguimiento de las solicitudes de patentes de invención presentadas o patentes de invención concedidas en el extranjero relacionadas con recursos biológicos o con conocimientos colectivos de los pueblos indígenas del Perú.
 - d) Evaluar técnicamente las solicitudes presentadas y las patentes concedidas, precisadas en el literal anterior.
 - e) Emitir informes acerca de los casos estudiados, realizando recomendaciones a seguir en las instancias del Estado competentes.
 - f) Interponer acciones de oposición o acciones de nulidad contra las solicitudes de patentes de invención o contra patentes concedidas en el extranjero, que se relacionen con material biológico o genético del Perú o los conocimientos colectivos de sus pueblos indígenas y nativos.
 - g) Establecer canales permanentes de información y diálogo con las oficinas de propiedad industrial de otros países.
 - h) Promover vínculos con los organismos de participación regional del Estado y de la Sociedad Civil.
 - i) Elaborar propuestas con la finalidad de proteger en los diversos foros internacionales la posición del Estado y de los pueblos indígenas y nativos del Perú, con la finalidad de prevenir y evitar los actos de biopiratería.

sos genéticos sin que los países de origen de tales recursos reciban algún tipo de reconocimiento o compensación?

El sistema de propiedad intelectual y, en particular, el sistema de patentes ha sabido adaptarse para responder a necesidades nuevas e introducir mejoras. Lo ha hecho con relación a las invenciones biotecnológicas, por ejemplo. ¿Por qué no habría de adaptarse ahora?

El sistema de patentes ha sabido incorporar consideraciones ajenas al Derecho de patentes, tales como aquellas recogidas en las excepciones a la patentabilidad presentes en muchas legislaciones nacionales e incluso en el Acuerdo sobre los ADPIC. ¿Por qué no habría de incorporar consideraciones relacionadas con los derechos de los países de origen de recursos genéticos y de los pueblos indígenas titulares de derechos sobre conocimientos tradicionales?

Este tipo de casos perjudican enormemente la imagen pública del sistema de propiedad intelectual. Muchos perciben estos casos no como casos aislados sino como una muestra de las deficiencias del sistema de propiedad intelectual. Esto le resta credibilidad y legitimidad al sistema.

Casos como el de la maca le restan credibilidad al sistema de patentes, en la medida en que se trata de invenciones que no cumplían los requisitos de patentabilidad y, por lo tanto, no debieron ser patentadas ... pero lo fueron.

Casos como el de la ña de gato le restan legitimidad al sistema, en la medida en que hubo una aplicación correcta del Derecho de patentes pero se sigue percibiendo una injusticia. Se reconoce el aporte del inventor pero no se reconoce el aporte de los pueblos indígenas cuyos conocimientos guiaron las investigaciones que llevaron a la invención ni el aporte del país de origen del recurso, sin los cuales no hubiera sido posible desarrollar la invención. Hay un evidente desequilibrio en la balanza.

¿El sistema de propiedad intelectual debe buscar sólo legalidad o debe buscar además legitimidad? ¿No es acaso tan justo como exigir respeto por la propiedad intelectual el exigir respeto por los derechos de los países de origen de recursos genéticos y de los pueblos indígenas? ¿O debemos acaso taparnos los ojos ante casos como el de la maca o el de la ña de gato?

Se debe tomar en cuenta que de introducirse mejoras en el sistema de propiedad intelectual que tomen en cuenta los derechos de los países de origen de recursos genéticos y de los pueblos indígenas titulares de derechos sobre conocimientos tradicionales, se logrará un sistema de propiedad intelectual más justo y equitativo, con mayor legitimidad y solidez, lo que redundará en beneficio del propio sistema de propiedad intelectual.