

DERECHOS INTELECTUALES Y EL PATRIMONIO GENÉTICO DE LOS PAÍSES MEGADIVERSOS

Airton Guilherme Berger Filho¹

RESUMEN:

Los derechos relativos a la apropiación inmaterial de la diversidad biológica y de los conocimientos tradicionales asociados generan conflictos de intereses entre ambientalistas, poblaciones indígenas de los países megadiversos y empresas transnacionales. Ese escenario refleja en el debate en torno de la formación de instrumentos legales para regular el acceso y la distribución de beneficios de los recursos biológicos, así como, de la necesidad de modificación en el actual sistema mundial de propiedad intelectual. El presente texto hace un breve análisis de los principales focos de esa disputa internacional presentando las posiciones defendidas por los diferentes actores junto al Convenio sobre Diversidad Biológica y la Organización Mundial de Comercio.

PALABRAS CLAVE:

Diversidad biológica, conocimientos tradicionales, propiedad intelectual, distribución de beneficios.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, han sido divulgados en la prensa diversos casos de investigación, apropiación y comercialización por empresas multinacionales de fármacos, semillas agrícolas y otros productos derivados de la biodiversidad, sin el debido respeto a los derechos de las poblaciones indígenas y de las comunidades locales, sobre su territorio, sus bienes ambientales y culturales. Esa práctica conocida como biopiratería, se vuelca hacia la obtención de los derechos de propiedad intelectual, en especial, para la obtención de patente de productos y procesos derivados de las investigaciones y de las innovaciones sobre los usos de la diversidad biológica, muchas veces orientados por el estudio de los conocimientos tradicionales.

Esa realidad ha generado intensos debates en el Derecho y en las relaciones internacionales sobre el acceso y apropiación intelectual de la biodiversidad y de los conocimientos tradicionales asociados. Se trata de un embate geopolítico entre, por un lado, los países desarrollados, ricos en ciencia y tecnología, con abundancia de recursos financieros, pero pobres en diversidad genética y diversidad cultural y por el otro, los países en desarrollo, con escasos recursos financieros, científicos y tecnológicos, pero con la inmensa mayoría de los recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales asociados.¹

II. CONVENIO SOBRE DIVERSIDAD BIOLÓGICA

Actualmente, la diplomacia de los países conocidos como megadiversos, juntamente con las Organizaciones No Gubernamentales ambientalistas y representaciones de las comunidades locales y poblaciones indígenas, lideran los esfuerzos para la formación de un sistema de normas internacionales que comprometan los países con la adopción de medidas concretas de conservación y utilización sustentable de la biodiversidad (recursos

¹ *Airton Guilherme Berger Filho es profesor de Derecho Ambiental y Derecho Internacional de la Universidad de Caxias do Sul, Brasil.*

genéticos, especies y ecosistemas), bien como de preservación y respeto al patrimonio cultural y ambiental de los pueblos autóctonos.

El primer paso se dio con la entrada en vigor, en 1993, de la Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), abierto para la firma durante la Cumbre de la Tierra, realizada en Río de Janeiro en 1992. Un tratado internacional que inserta la conservación de la biodiversidad en el contexto de cuestiones sociales y económicas, más allá de las cuestiones ambientalesⁱⁱ. A partir de la ratificación de los términos de la CDB, gobiernos nacionales se comprometieron a establecer políticas nacionales y a cooperar en la implementación de medidas nacionales e internacionales con el propósito de alcanzar los objetivos explícitos en su Artículo 1:

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

La CDB reconoce derechos y obligaciones que vinculan los Estados partes, entre ellos: la afirmación de la soberanía de los países sobre sus recursos biológicos y el reconocimiento del papel fundamental de las comunidades indígenas y locales en la conservación y uso sustentable de la biodiversidad. Al afirmar textualmente la soberanía de los países sobre sus recursos naturales, inclusive los recursos biológicos, la CDB reconoce el derecho soberano de los Estados de explotar sus propios recursos según sus políticas ambientales, pero también impone la responsabilidad de conservarlos. Así, la autoridad para determinar el acceso a los recursos genéticos pertenece a los gobiernos nacionales y está sujeta a la legislación nacional (artículo 15. 1). En ese sentido, la CDB señala una serie de elementos que deben ser considerados por los Estados Partes en sus regímenes de acceso a los recursos genéticos, extensivos al acceso a los conocimientos tradicionales asociados, con destaque para: a) la necesidad del “consentimiento previo fundamentado” de la comunidad portadora del conocimiento tradicional o del territorio donde se encuentra el recurso genético, como medida indispensable para la autorización del acceso por las autoridades nacionales; b) la importancia de la celebración de contratos que vinculen las partes involucradas en el acceso a los recursos genéticos; c) la imposición de normas relativas a la distribución justa y equitativa de los resultados de la investigación y del desarrollo de recursos genéticos y de los demás beneficios derivados de su utilización comercial. En lo que respecta a los derechos de los pueblos el artículo 8,j. que trata de la conservación “in situ” hace referencia a la necesidad de cada uno de los Estados partes del Convenio, en la medida de lo posible, en conformidad con su legislación nacional: a) respetar, preservar y mantener el conocimiento, innovaciones y prácticas de las comunidades locales y poblaciones indígenas con estilos de vida tradicionales relevantes a la conservación y a la utilización sustentable de la diversidad biológica; b) incentivar su más amplia aplicación con la aprobación y la participación de los portadores de ese conocimiento, innovaciones y prácticas y c) alentar la distribución equitativa de los beneficios oriundos de la utilización de ese conocimiento, innovaciones y prácticas.

Entre los más destacados esfuerzos de los países megadiversos presentados durante la 8ª Conferencia de las Partes de la Convenio sobre Diversidad Biológica, la COP-8, realizada en 2006, en la ciudad de Curitiba, Brasil, está la propuesta de formación de un régimen internacional para imponer reglas para el acceso y distribución de beneficios, que tome en consideración los derechos de las comunidades locales y poblaciones indígenas sobre sus conocimientos y sobre los recursos genéticos de sus territorios. La discusión coloca por un lado a los representantes de los países megadiversos, dispuestos a acelerar el proceso de

creación de un régimen de acceso y distribución de beneficios, a partir de un protocolo vinculante que determine obligaciones a los países signatarios a la CDB y, también, sanciones aplicables al no cumplimiento de las mismas. Por otro lado, están las delegaciones de los países desarrollados, EEUU, Unión Europea (con excepción de España), Japón, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, dispuestos a posponer cualquier decisión en ese sentido. Como no hubo un consenso sobre ese tema, la decisión fue postergada para las próximas Conferencia de las Partes. Aún cuando sea aprobado el referido protocolo durante las Conferencia de las Partes (COP), resta aún la incertidumbre de su cumplimiento por los países signatarios, pues muchas de las decisiones de la CDB han alcanzado poca efectividad, a diferencia de los acuerdos bilaterales y tratados multilaterales sobre comercio, que prevalecen en cuestiones como nuevas tecnologías agrícolas y derechos de propiedad intelectual.

III. ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO (ADPIC) X CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA (CDB): PRINCIPALES CONTRADICCIONES

Además de los debates trabados en el ámbito de la CDB, gran parte de la divergencia relativa a los usos de la biodiversidad y conocimientos tradicionales asociados está concentrada en su relación con los derechos de propiedad intelectual. Actualmente, los debates se concentran en las contradicciones entre los términos del ADPIC, el principal acuerdo de la OMC relativos a la propiedad intelectual y los objetivos y principios establecidos en la CDB. En esos casos, se percibe la prevalecía de las decisiones adoptadas en el ámbito de la Organización Mundial de Comercio (OMC) sobre las decisiones adoptadas en el ámbito de las Conferencias de las Partes de la CDB. También son importantes foros de discusión multilateral en las cuestiones involucrando la apropiación inmaterial de los recursos genéticos la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y Alimentación (FAO), la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV).

Las mayores objeciones al ADPIC, relativas a la diversidad genética y a los conocimientos tradicionales asociados, dicen relación con el párrafo 3 b. del artículo 27, relativo a las patentes vinculadas a recursos biológicos. El referido artículo define los tipos de invención que los gobiernos deben considerar susceptibles de protección mediante patentes y los que pueden ser excluidos del sistema de patentes. Las invenciones patentables, según el ADPIC incluyen tanto productos como procedimientos y, salvo excepciones, deben abarcar todos los campos de la tecnología. El párrafo 3 b. del artículo 27 permite a los gobiernos excluir de la posibilidad de otorgar las patentes a algunos tipos de invención, tales como plantas, animales y los procedimientos esencialmente biológicos. Sin embargo, impone que sean objeto de patentes, en las leyes nacionales, microorganismos y procedimientos no biológicos y microbiológicos. Las obtenciones vegetales deben ser susceptibles de patente u otro sistema “sui generis”, o ambos.

Para muchos, el artículo antes citado, aún conteniendo algunas exclusiones para las patentes, no es lo suficientemente claro en relación a las prohibiciones y posibilidades de apropiación inmaterial de seres vivos, pues entre los procedimientos no biológicos está la transgenia, lo que hace posible obtener patentes sobre procesos de creación de organismos genéticamente modificados animales y vegetales. No está claro cual y cómo debe ser el sistema “sui generis” de propiedad intelectual sobre vegetales. Unos entienden que sería aplicable simplemente el sistema de cultivares de los tratados UPOV de 1978 y 1991. Otros defienden la posibilidad de elaboración de sistemas nacionales diferenciados, incluyendo nuevas formas de protección sobre los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad.

Las normas de derechos de propiedad intelectual, establecidas por el ADPIC, son omitidas en relación a la protección de los conocimientos tradicionales y el respeto a la soberanía sobre los recursos genéticos. El ADPIC posibilita la apropiación inmaterial sobre productos y procesos derivados de los usos de la diversidad genética y de los conocimientos tradicionales asociados, sin exigir la comprobación de su origen, sin determinar la anuencia y la participación en los resultados de las poblaciones locales e indígenas, directa o indirectamente involucradas en la obtención de nuevas tecnologías. De esa manera, se estimula la biopiratería, pues no hay ninguna prohibición contundente contra esta práctica en el plano jurídico internacional.ⁱⁱⁱ

IV. LA PROPUESTA DE LOS MAGADIVERSIOS Y LA OPOSICIÓN DE LOS EEUU

En la búsqueda de cambiar esa realidad, el grupo de países megadiversos, liderados por Brasil e India, integrado por otros países como Bolivia, Colombia, Cuba, Ecuador, Perú, República Dominicana y Tailandia, apoyados por el Grupo Africano y por otros países en desarrollo, presentaron una propuesta al OMC, visualizando la modificación del ADPIC (Art.27. 3. b) para vincular la concesión de patentes, relativas a productos o procesos derivados del uso de materiales biológicos y conocimientos tradicionales, a los siguientes requisitos:

“1) la divulgación de la fuente y el país de origen del recurso biológico y de los conocimientos tradicionales utilizados en la invención; 2) pruebas del consentimiento fundamentado previo mediante la aprobación de las autoridades en el marco de los regímenes nacionales pertinentes; y 3) pruebas del reparto justo y equitativo de los beneficios conforme al régimen nacional del país de origen.”^{iv}

Según sus defensores, tales propuestas traerían una serie de ventajas para la aplicación de los objetivos de la CDB. La incorporación de esas obligaciones en el ADPIC haría obligatoria la internalización de los requisitos de acceso, consentimiento y distribución de beneficios en las leyes nacionales de propiedad intelectual de los países miembros de la OMC.

Aprobadas las referidas modificaciones, los países que permanecieran con sus legislaciones internas en desacuerdo con las nuevas reglas de la OMC estarán sujetos a las sanciones impuestas por su órgano de soluciones de controversias. Otro argumento importante desde el punto de vista práctico es que a través de la revisión del artículo 27.3 (b) existieron mecanismos más eficaces para impedir la biopiratería, antes de ser concedido el registro de patente, evitando la necesidad de la promoción de costosos y, muchas veces, demorados procesos judiciales para la revocación de patentes. Vale destacar que las comunidades locales y poblaciones indígenas, inmensa mayoría de los expropiados por la biopiratería, no disponen de los recursos necesarios para combatir, en otros países cada patente que viole sus derechos.

En una posición opuesta, a favor de mantener el actual sistema de propiedad intelectual, contrarios a cualquier modificación que disminuya los derechos de las grandes transnacionales, muchos países desarrollados se oponen a las modificaciones en el ADPIC pretendidas por los países megadiversos. Entre los más radicales, Estados Unidos de Norteamérica (EEUU), hasta el presente, no ratificaron la Convenio sobre Diversidad Biológica y no reconocen los derechos soberanos de los países sobre los recursos genéticos. El gobierno estadounidense se opone a cualquier iniciativa que visualice vincular la concesión de patentes a requisitos de consentimiento de las comunidades locales e indígenas, distribución de beneficios y divulgación del origen de los recursos biológicos.

Los EEUU sustentan su oposición a las modificaciones del párrafo 3 b. del artículo 27 del ADPIC, con el argumento de que serían más fácilmente alcanzables los objetivos de la CDB mediante leyes nacionales y disposiciones contractuales basadas en la legislación, que

podrían incluir compromiso sobre la divulgación de cualquier aplicación comercial de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados. La retórica estadounidense provoca una serie de cuestionamientos: a) ¿Tal propuesta legitimaría la biopiratería, disfrazada en contratos ampliamente favorables a las empresas? b) ¿Estarían protegidos los derechos de las comunidades solamente por contratos entre partes totalmente desiguales en poder económico, político y en capacitación técnica y jurídica como son las comunidades indígenas y las grandes corporaciones de investigación y desarrollo de productos farmacéuticos? c) ¿Estarían preparados los gobiernos y órganos locales para imponer términos justos en los contratos ante empresas con facturación anual mayor que su producto interno bruto (PIB)? d) ¿Cuál sería el límite legal para las pretensiones de las empresas multinacionales? ¿Leyes nacionales que no son efectivas ni siquiera entre sus nacionales, en su territorio? ¿Órganos gubernamentales con poca capacidad técnica, infraestructura y administradores públicos corruptibles y fácilmente influenciables?

En el sistema adoptado por la mayoría de los países, el conocimiento indígena relativo a las sustancias, remedios, alimentos, semillas, o formas de cultivo solamente tendrán validez son registrados como propiedad industrial, a través, por ejemplo, de patentes. Para ello, tales conocimientos o técnicas deben llenar los requisitos de novedad, actividad inventiva y aplicación industrial y suficiencia descriptiva, incompatibles con sus características. En la mayoría de las veces, los conocimientos tradicionales son difundidos entre diversos grupos de la sociedad, están bajo dominio público (conocimientos ampliamente difundidos) y se encuentran “en el estado de la técnica”, por eso las formas de aplicación de esos conocimientos pueden no ser reconocidas como nuevas.

Las formas de crear y transformar la naturaleza de los pueblos indígenas y comunidades locales son desarrolladas colectiva e informalmente, difieren mucho de los criterios adoptados en la ciencia y tecnología modernas. Los conocimientos tradicionales en su inmensa mayoría, no están descriptos, sino que pasan oralmente de generación en generación, por eso pueden no satisfacer las exigencias en relación a la actividad inventiva y a la suficiencia descriptiva. En la convivencia de las comunidades locales e indígenas las tecnologías para la utilización de la naturaleza no presentan la llamada aplicación industrial exigida por las patentes; tales conocimientos sirven para una aplicación artesanal, muy diferente a la producción en escala de las industrias.

Entre otras inadecuaciones de las patentes como medio hábil para proteger los derechos de los pueblos sobre sus conocimientos tradicionales, se destacan: a) los altos costos y la exigencia de capacitación técnica para registro de la propiedad industrial, inaccesibles para gran parte de los pueblos indígenas y poblaciones locales; b) el hecho de que tales derechos no toman en consideración leyes consuetudinarias ya existentes con relación a los derechos de propiedad colectiva de los pueblos autóctonos; c) el tiempo reducido de protección. Los derechos concedidos a los titulares de una patente conceden un determinado plazo de monopolio, donde la propiedad intelectual puede ser explotada económicamente, finalizado ese plazo cesan los derechos de su titular, volviéndose esos conocimientos de dominio público. Eso hace que las poblaciones tradicionales que opten por registrar su propiedad industrial tengan la “protección” de sus conocimientos por un período muy corto, afectando los derechos de las poblaciones futuras de obtener beneficios.

La obtención de patentes sobre productos y procesos derivados de conocimientos tradicionales hace negociable un patrimonio cultural inmaterial, fruto de la adaptación al medio ambiente, de la formación de valores, creencias y prácticas desarrolladas a lo largo de diversas generaciones. Más que una simple forma de obtener nuevos productos para explotarlos en el mercado, los conocimientos tradicionales asociados deben ser interpretados como un bien no disponible, vinculado a los derechos de identidad colectiva y de autodeterminación de los pueblos, por lo tanto no apropiables por la iniciativa privada.

Es más, por el actual sistema de propiedad intelectual internacional, las comunidades locales e indígenas no han asegurado el derecho de impedir el uso indebido de su patrimonio genético y cultural. Salvo la existencia de algunas legislaciones nacionales sobre acceso a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados, en la mayoría de los países no hay impedimento a la apropiación indebida de los tradicionales que pueden ser apropiados por el primero que deleve sus “misterios”, que sepa traducirlo como invención moderna y patentarlo. Por ejemplo, los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados encontrados en Brasil solamente podrán ser patentados en el país si siguen los requisitos establecidos por la Medida Provisoria n.º.186-16, de 2001.4 Sin embargo, los mismos productos y procesos pueden ser libremente patentados en los EEUU, en Japón o en cualquier otro país que no exija para la concesión de patentes los requisitos vinculados al acceso, consentimiento y distribución de beneficios.

V. CONCLUSIÓN

Después de más de una década de la apertura para la ratificación del Convenio sobre Diversidad Biológica, se observan pocos adelantos en la creación de una estrategia global de conservación, distribución de beneficios del uso sustentable de la biodiversidad.

Menos ha sido hecho para la protección de la soberanía de los países sobre sus recursos biológicos y la aprobación de normas que garanticen los derechos de las poblaciones indígenas y comunidades locales. Además de eso, ya han pasado muchos años desde la puesta en vigencia del ADPIC sin que haya habido la necesaria modificación en su párrafo 3.b. del artículo 27, pretendida por los países megadiversos, como medio de armonizarlo con el Convenio sobre Diversidad Biológica, debido a la oposición de los países desarrollados, en especial de los EEUU.

En un breve análisis sobre el actual sistema jurídico internacional, se percibe que están mejor protegidos los derechos de propiedad industrial que los derechos relativos a la conservación de la diversidad biológica y la protección de los conocimientos tradicionales.

De eso resulta una situación desfavorable a las pretensiones instituidas en el ámbito de la CDB, en especial: a) la protección jurídica y valorización del acceso a los recursos genéticos, como forma de generar recursos para conservación de la biodiversidad e incentivar el uso sustentable y la distribución de beneficios derivados de las nuevas tecnologías; b) la protección cultural de las poblaciones indígenas y comunidades locales, reconocidos como importantes actores en la formación de alternativas globales y locales de sustentabilidad económica, ecológica y social.

BIBLIOGRAFÍA:

- ALBAGLI, Sarita: *Geopolítica da Biodiversidade*, Brasília: IBAMA, 1998.
- ARNT, Ricardo: “2001.Tesouro Verde”, *Revista Exame*, ano 35, núm. 9, 2001.
- AGUILAR, Grethel: “Acceso a los recursos genéticos y el conocimiento tradicional de los pueblos indígenas”, en LEFF, Enrique y BASTIDA, Mindahi (coords.), *Comercio, Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable: Perspectivas de América Latina y el Caribe*, Serie Foros y Debates Ambientales, PNUMA/UNAM, México, 2001.
- BERGER FILHO, Airton Gilherme: “O conflito entre as normas de repartição de benefícios do acesso aos recursos genéticos e o sistema internacional de propriedade intelectual”, *Diritto & Diritti*, visto en <http://www.diritto.it/archivio/1/27352.pdf>.
- GROSS, Tony, Jonston, Barber, Charles Victor: *A Convenção sobre Diversidade Biológica: Entendendo e Influenciando o Processo*, Instituto de Estudos Avançados as nações Unidas, 2005.

OMC: *Relación entre el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) y el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la protección de los conocimientos tradicionales*, Organización Mundial del Comercio, IP/C/W/356 24 de junio de 2002.

SHIVA, Vandana: *Biopiracy: the plunder of nature and knowledge*, Boston: South End Press, 1997.

ⁱ ALBAGLI, Sarita. Geopolítica da Biodiversidade. Brasília: IBAMA. 1998.

ⁱⁱ GROSS, Tony, JONSTON, BARBER, Charles Victor. A Convenção sobre Diversidade Biológica: Entendendo e Influenciando o Processo. Instituto de Estudos Avançados as nações Unidas, 2005. p. 3.

ⁱⁱⁱ BERGER FILHO, Airton Guilherme. O conflito entre as normas de repartição de benefícios do acesso aos recursos genéticos e o sistema internacional de propriedade intelectual. In: *Diritto & Diritti*. <<http://www.diritto.it/archivio/1/27352.pdf>> p.9

^{iv}OMC. *Relación entre el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) y el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la protección de los conocimientos tradicionales*. Organización Mundial del Comercio. IP/C/W/356 24 de junio de 2002. p.10