



EN BUSCA DE
UNA DISTRIBUCIÓN
EQUITATIVA
DE LOS BENEFICIOS
DE LA BIODIVERSIDAD
Y EL CONOCIMIENTO
INDÍGENA

GRETHEL AGUILAR ROJAS



EN BUSCA DE
UNA DISTRIBUCIÓN
EQUITATIVA
DE LOS BENEFICIOS
DE LA BIODIVERSIDAD
Y EL CONOCIMIENTO
INDÍGENA

GRETHEL AGUILAR ROJAS

344.046
A283e

Aguilar Rojas, Grethel En busca de una distribución equitativa de los beneficios de la biodiversidad y el conocimiento indígena.

-- 1a. ed. -- San José, C.R.: UICN/ Mesoamérica, 2005.

390 p. ; 14 x 21.6 cm

ISBN 9968-743-93-3

1. Derecho ambiental 2. Biodiversidad
3. Recursos genéticos 4. Conocimiento indígena
5. Distribución equitativa de beneficios .

Producción y Edición:

Aguilar Rojas, Grethel

Tel: (506) 241-0101

Fax: (506) 240-9934

Apdo postal: 146-2150 Moravia, Costa Rica.

www.iucn.org/places/orma

Diseño y Diagramación:

IntergraphicDESIGNS S.A

Foto de portada:

Cortesía del Instituto Guatemalteco de Turismo (INGUAT). Guatemala.

*A Gabriel
fuente de vida y de inspiración
de un futuro prometedor.*

Agradecimientos

El presente documento se basa en la tesis que optó al grado de Doctor en Derecho Ambiental en la Universidad de Alicante, España. Fue presentada el 26 de junio del 2001, obteniendo la calificación Sobresaliente “cum laude”.

Mis agradecimientos a los amigos en Talamanca y en especial a las comunidades indígenas Kéköldi, Cabécar y Bribri; a A. Swaby, Juanita, Gloria y Demetrio quienes me enseñaran a valorar la riqueza inmersa en los pueblos indígenas.

A Alicia, mi madre y Eduardo, mi padre ejemplo constante en mi vida. A quienes me apoyaron a lo largo del proceso de construir esta investigación con sus valiosos documentos y sobre todo con su positivismo y devoción a este tema: I. Martínez; V. Gallo; A. Iza; A. L. Guevara; P. Giro; M. V. Araya; E. Lahmann; J. Caillaux; M. Ruiz; E. Quintanilla; J. J. Diez, G. Real, M. Cedeño; V. Solís. A Mauricio, firme creyente de la importancia de los pueblos indígenas centroamericanos, quién me motivara y apoyara en el reto de poder presentar esta publicación.

Agradezco el valioso esfuerzo de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental en particular I. Lapeña y M. Ruiz por poner en una publicación compilatoria al alcance de todos, en castellano, la legislación más relevante en acceso a recursos genéticos.

A instituciones y proyectos sin los que esta investigación no hubiese sido posible, entre ellos, el Centro de Derecho Ambiental de la UICN, a su personal, quienes en todo momento me tendieron una mano amiga. A la UICN-Mesoamérica y su equipo de trabajo. Al personal amigo del Centro Internacional de Comercio y Desarrollo Sostenible, por su excelente producción de materiales y conferencias que se ponen al alcance de la comunidad Latinoamericana.

A la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo y Proarca-Capas quienes me apoyaron en una investigación poco frecuente en la Región, creyeron en su necesidad y en su valor para los pueblos indígenas y ciudadanos centroamericanos. Al Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, en particular R. Sánchez y K. Toepfer quienes me dieran la oportunidad, laboral, de ahondar en el conocimiento del tema.

Al Dr. Ramón Martín Mateo, quien creyó, amparó y valoró esta investigación desde sus inicios, a quien admiro y tuve el privilegio de tenerlo como Director de Tesis, y como compañero de esperanzas para que los derechos de los pueblos indígenas de América Latina sean reconocidos. A todos mi mayor gratitud.

Prólogo

Por Ramón Martín Mateo.

La tesis que introduzco constituye la más importante línea de investigación que he respaldado y dirigido “longa manu”. Ello ha supuesto una carga enervante y agobiante que la investigadora ha asumido estoicamente. Grethel Aguilar, gracias a sus genes teutónicos ha remontado felizmente todos estos obstáculos, lo que recuerda un chascarrillo ibérico, que versaba sobre un joven que heroicamente había salvado de las encrespadas olas a un niño que había caído al mar y al que se recompensó con una medalla, entregada en un acto solemne tras un discurso elogioso, al que este contestó brevemente, manifestando que todo ello estaba muy bien pero que le gustaría saber quien era el maldito que le había empujado.

Si prescindimos de los minerales áureos y otros materiales preciosos, constataremos que desde que nuestra especie se organiza para la explotación, o explotación, de las riquezas naturales, incluyendo los situados en la órbita de comunidades ajenas, se produce históricamente una sensible asimilación de sus rendimientos.

Aquí se inscribe la explotación de materias primas que van desde los cereales y las lanas, hasta, ya prácticamente en nuestros días, la patata que hizo posible la Revolución Industrial o el cacao mesoamericano, que recibió el nombre científico de teobroma, alimento de los dioses, que fue uno de los productos de la naturaleza más apreciados por los conquistadores españoles.

Los minerales preciosos, que no se incluyen en la órbita de la investigación que introduzco, han sido los más apreciados, pero también ciertos productos biológicos, caso por ejemplo de los marfiles y las sedas.

En estos momentos hay extracciones particularmente atractivas, que son las obtenidas en medios que hoy se califican como megadiversos, que tienen virtualidades sanitarias, recetados tradicionalmente por los “chamanes” o equivalentes, encabezados históricamente por la quinina, que las multinacionales del ramo farmacéutico, buscan hoy afanosamente en las selvas.

Durante siglos esta problemática específica, simplemente no se había recibido jurídicamente como tal, y no existía más salida que trasladarla a la perspectiva de la conservación de la naturaleza, enfoque que desde luego sigue siendo válido.

En estos momentos existe al respecto una mayor sensibilidad científica, sobre la importancia de la biodiversidad, que anteriormente iba a la zaga de la tutela de otros sectores que se consideraban abrumadoramente más relevantes.

Aunque la jerarquización de las conductas negativamente influyentes en el medio, tiene considerables componentes de subjetividad, progresivamente va adquiriendo más relevancia el enfoque asumido en la investigación que introduzco, ya que como yo mismo anticipé hace tiempo, sin mayor base, la preservación de la biodiversidad es hoy uno de los factores relevantes para el mantenimiento del equilibrio de la biosfera. Más allá de la tutela de la atmósfera y el suelo o con la misma importancia al menos, la biodiversidad ha dejado de ser el muro de las lamentaciones al que desde hace unos pocos años se había recurrido.

En la Cumbre de Río a la que asistí con la Delegación española, pude constatar que entonces era imposible prosperar a este respecto. El Presidente Norteamericano allí presente, se obstinaba en proteger por encima de todo a la industria farmacéutica, que respaldaba financieramente su campaña, entonces en marcha, en la que postulaba su reelección como primer mandatario de EEUU.

Es evidente que hay que prescindir de maximalismos románticos, para conseguir un acuerdo internacional asimilable por las grandes potencias mundiales que trascienda al régimen internacional de la Propiedad Intelectual, y exija que para patentar nuevos medicamentos y otros productos equiparables que impliquen la utilización de materiales procedentes del acervo de los conocimientos indígenas tradicionales, se aporte previamente un certificado de las autoridades de la Nación origen, relevante desde la perspectiva de la biodiversidad, que acredite su licencia para explorar la zona implicada y extraer los vegetales cuyas moléculas van a ser empleadas en la investigación correspondiente, siguiendo así y mejorando, la experiencia de Costa Rica y de otras Naciones que han adoptado estas pautas.

Obviamente se precisará que la OMPI asuma, por imperativos éticos, en lo que podría apoyar en su ámbito jurídico estos requerimientos, trasladándolos al ordenamiento internacional. Hay precedentes de que innovaciones equiparables, han encontrado a la postre, con el apoyo de las organizaciones

ecologistas, el respaldo necesario. La autora de la investigación que presento es testigo acreditado de estas posibilidades.

La regulación de los intereses que aquí se concitan impedirá que las autoridades de países en desarrollo constaten, fatalmente, como sus escasos bienes son trasladados gratuitamente a naciones prósperas, lo que para impedirlo justificará la innovación del Ordenamiento Internacional sobre bases éticas.

Pero más importantes aún es implantar una específica regulación por motivaciones ambientales, de la explotación biológica de la naturaleza.

Es hoy científicamente acreditable que para la continuidad de la vida en el Planeta es imprescindible controlar severamente la conservación de la biodiversidad, lo que tiene como mínimo la misma importancia que la tutela de la atmósfera o del agua, según las conclusiones recientemente asumidas por los expertos en Ciencias de la Naturaleza. Es por tanto irresponsable una política permisiva al respecto.

Si lo que debe primar es la habitabilidad de nuestro planeta por generaciones sucesivas, no es admisible, como sabemos, mantener una actitud pasiva, basada en el egoísmo individual como sucedía en materia de contaminación de las aguas, de la atmósfera lo que ahora debe ampliarse a la biodiversidad.

Me parece particularmente relevante la información contenida en el periódico español “El País” de 30 de Enero de 2005 titulada “Urge la inteligencia” que afirmaba: “Siguiendo como hasta ahora, causaremos pronto la extinción no de una, sino de 16.000 especies animales y 60.000 vegetales”.

En apoyo de una nueva política se afirma que “la propuesta del Presidente Chirac al respecto es sensata y merece todo el apoyo. Consiste en crear una red mundial de políticos y expertos en biodiversidad, integrada en la ONU y similar a la que ya existe para el cambio climático, para evaluar la magnitud de los riesgos y desarrollar instrumentos racionales para hacerles frente.

La Convención sobre la Biodiversidad que se aborda de nuevo en la primavera de 2006 será la prueba de fuego para los Gobiernos de todo el mundo. Sólo la inteligencia política puede evitar una catástrofe natural irreversible”.

Introducción

El conocimiento de la diversidad biológica es la llave para salvarla, usarla y beneficiar a las presentes y futuras generaciones. Parte de este conocimiento está guardado en cerca de 4000¹ pueblos indígenas del mundo. Se ha revelado que el 80% de la población mundial depende de conocimientos indígenas para atender sus necesidades médicas y, al menos 50% de los habitantes del planeta dependen del conocimiento indígena para su subsistencia y alimentación².

La visión romántica de los bosques tropicales de América Latina como selva virgen tropical, no tocada por la mano del ser humano ha de ser superada si tenemos presente que hay pueblos indígenas que habitan estas selvas. Es claro que la mayoría de las zonas escogidas para áreas de conservación son o eran el hogar de los pueblos indígenas.

Según la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, cerca de 300 millones de personas pueden ser consideradas indígenas³, y están distribuidos en 70 países alrededor del mundo⁴. Sobre la tierra existe más de un cuarto de millón de plantas superiores, tal vez cerca del medio millón, la mayoría de las cuales no se han probado médicamente, dos cuartos de las cuales son especies tropicales⁵. Cada planta, a su vez, puede tener muchos principios activos; se estima que el 95% de los recursos genéticos están concentrados en los países en desarrollo⁶.

Según un estudio realizado por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente en 1992⁷, alrededor de 119 sustancias químicas en estado

¹ Cálculos de las Naciones Unidas, citados por el Parlamento Europeo en su Resolución sobre medidas internacionales necesarias para una efectiva protección de los pueblos indígenas. 9 de febrero de 1994.

² Datos del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Citado por De Azqueta. Pág. 1.

³ Según la definición dada por el Convenio 169 de la OIT.

⁴ Citado por J. McNeely, The interaction between biological and cultural diversity. Documento UICN. Pág. 27.

⁵ Sukhwani Asha. El Convenio de Biodiversidad y las patentes de material biológico. España, 1996. Pág. 7.

⁶ Friends of the Earth. Intellectual Property Rights and the Biodiversity Convention: the impact of GATT, 1995. Pág. 4.

⁷ Citado por SPDA y UICN/CDA. Reporte técnico-legal para la Junta del Acuerdo de Cartagena. 1994.

puro, extraídas de aproximadamente 90 especies de plantas, se utilizan en productos farmacéuticos, y 21.000 nombres de plantas han sido identificados para usos medicinales alrededor del mundo. Se calcula además que en todo el mundo hay unas 35.000 especies de plantas que se usan para fines medicinales, lo cual constituye el mayor espectro de biodiversidad utilizado por los seres humanos⁸. Estados Unidos importa cerca de 20 millones de dólares en plantas provenientes del bosque lluvioso para fines medicinales.

La naturaleza ha sido y siempre será una fuente extraordinaria de diversidad molecular. Se estima que un 30% de las ventas de productos farmacéuticos se derivan de algún compuesto de origen microbiano animal o vegetal⁹.

El valor estimado de las medicinas que tienen su origen en países del Sur podrían variar entre 35.000 y 47.000 millones de dólares para el año 2000. Las estimaciones del total de ventas mundiales de productos derivados de medicinas tradicionales llegan a 4.300 millones de dólares¹⁰. También se afirma que el mercado mundial combinado de farmacéuticos, agroquímicos y semillas supera los \$400 mil millones anuales, y los recursos genéticos proveen el material inicial para una porción de este mercado¹¹. Entre las principales empresas farmacéuticas que están seleccionando actualmente especies de plantas figuran Merck & Co; Smithkline Beecham, Monsanto, Sterling y Bristol Meyers¹². Por otro lado, según los datos de la Organización Mundial de la Salud, en los países industrializados, el 25%

⁸ CITES en el Mundo. Boletín Oficial de las Partes. Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres. Número 10, diciembre del 2002.

⁹ Por medio de una serie de entrevistas a empresas biotecnológicas y farmacéuticas que realizó el Instituto Nacional de Biodiversidad de Costa Rica durante el 2001, se pudo identificar el mercado potencial de compuestos procesados (semi-puros) que pudieran ser utilizados por estas compañías para desarrollar nuevos productos. Ver Fundacion CRUSA. <http://www.cr-usa.org/Aproba02.htm>

¹⁰ La preservación de la medicina tradicional es uno de los objetivos principales de la protección del conocimiento tradicional. Las técnicas de curación son transmitidas oralmente, por medio de un proceso de iniciación que puede empezar a temprana edad. Ese conocimiento no supone ser revelado o transmitido por intercambio de dinero. Mucho de ese conocimiento es transmitido empíricamente razón por la cuál las medicinas tradicionales no son reconocidas por el sistema de salud nacional y los pueblos indígenas conocen muy poco de los sistemas de propiedad intelectual. Los curanderos domésticos están preocupados porque curanderos indisciplinados gradúen nuevos curanderos a cambio de dinero sin respetar los procesos de iniciación. También enfrentan el problema de extranjeros "nacionales o no" en busca de información; expediciones de etnobotánicos y científicos comienzan a verse sospechosos cuando miembros de la comunidad no están informados o relacionados con las investigaciones. OMPI. Informe de misión a Centroamérica. Enero de 1999. Pág. 6.

¹¹ Ver A.M Thayer. Living and loving life sciences. Chemical & Engineering News 76 (47). Pág 17-24. K. Ten Biopiracy or green petroleum? Expectations and Best Practice in Bioprospecting. Overseas Development and Administration (ODA), London, 1995.

¹² Ver Daes E. Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas. Naciones Unidas. 1993. Pág. 28.

de las medicinas vendidas en las farmacias son de origen vegetal, mientras que otro 25% contienen principios vegetales modificados químicamente. Otra cifra relevante es que la industria farmacéutica de Estados Unidos que es considerada una de las industrias más competitivas del mundo, estima en 32 mil millones de dólares anuales las ventas basadas en medicinas tradicionales¹³. También el 40% de la economía mundial de mercado está basado en productos biológicos¹⁴.

Por otro lado junto con las ganancias también se debe tener presente que el costo de la investigación y el desarrollo de un nuevo medicamento es, en general, extremadamente alto, -un promedio de US\$231 millones por cada droga exitosa en los Estados Unidos- y las nuevas medicinas requieren alrededor de 10 años para progresar desde la fuente de procedencia hasta el mercado¹⁵. Un dato más reciente estima¹⁶ que las casas farmacéuticas invierten en el desarrollo de cada producto nuevo \$800 millones y que el tiempo de las pruebas clínicas por lo general se prolonga hasta 15 años. El interés de las compañías farmacéuticas ha sido creciente, sobre todo en los últimos años, porque con los nuevos métodos analíticos, que permiten aislar sustancias químicas que demuestran una actividad específica, se pueden llevar a cabo un gran número de pruebas bioquímicas de cientos y miles de muestras biológicas por año, muy superior al que se podía hacer apenas hace unos pocos años. Este y otros avances de la tecnología han alterado la economía del desarrollo de los fármacos y ha aumentado el interés por investigar productos naturales¹⁷.

Es preciso también tener en cuenta que la bioprospección ha encontrado dos fuertes contrarios en las nuevas posibilidades desarrolladas por la química combinatoria y la terapia génica. Sobre este tema, las opiniones están divididas, mientras que para unos la química combinatoria o modelo racional de fármacos será la actividad del futuro para la obtención de medicamentos sin la necesidad de bioprospección del bosque tropical; otros aseguran que todavía falta un gran camino para que la ciencia logre sintetizar todos los fármacos derivados de productos naturales y que, por lo

¹³ Mugabe John citado por R.Lettington y otros en Trade related aspects of intellectual property rights and the Convention on Biological Diversity: Synergies and conflicts. Documento UNEP/CBD/ISOC/Inf.3. 1999. Pág. 43.

¹⁴ Shelton. Fair Play, Fair Play: Preserving Traditional Knowledge and Biological Resources. Yearbook of International Environmental Law. Volumen 5. Clarendon Press. Oxford. 1995. Pág. 78.

¹⁵ W. Reid y Otros. Prospección de la Biodiversidad. Pág. 87.

¹⁶ Periódico La República. Costa Rica. CAFTA revivió conflicto por genéricos. Miércoles 28 de enero del 2004.

¹⁷ Kate Kerryten. Biopiracy or green petroleum? Expectations and Best Practice in Bioprospecting. Overseas Development Administration, 1995. Citado por Asha Sukhwani, op. cit., 10.

tanto, al menos por algunos años, los productos innovadores se espera que vengan de la naturaleza. Empresas farmacéuticas transnacionales tales como Affymax/Glaxo, Selectide/Mario Merrel Dow, Sphinx Pharmaceuticals/Eli Lilly, han empezado a orientar su atención hacia compañías biotecnológicas especializadas en química combinatoria¹⁸.

No cabe duda que una importante parte de la industria farmacéutica moderna se desarrolla a partir de las plantas medicinales¹⁹ descubiertas por pueblos indígenas y comunidades locales; sin embargo, los beneficios económicos que dan estos medicamentos quedan en las empresas, sin ningún tipo de reconocimiento o retribución para los generadores de este conocimiento. Aunque la gran mayoría de los recursos biológicos y el conocimiento tradicional asociados están en países en desarrollo, los beneficios se quedan en los países desarrollados.

El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CBD) se basa en tres objetivos o pilares fundamentales: la conservación de la diversidad biológica, el uso sostenible de sus componentes y la distribución justa y equitativa de los beneficios que se obtengan con la utilización de los recursos genéticos. También señala, con arreglo a la legislación nacional el deber de respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas. Una de las formas propuestas para alcanzar estos objetivos es el desarrollo de legislación nacional.

Si unimos los intereses de las compañías farmacéuticas, los intereses de los Estados y pueblos indígenas con los postulados de la CDB, entonces entraremos al, por ahora, inmenso espacio de la protección de los derechos sobre acceso a los recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado, que deambula nada menos que en la esfera del comercio internacional y los derechos de propiedad intelectual.

No entraremos a desarrollar un tema romántico ni poco real, como algunos creen cuando se llama la atención sobre los derechos de los pueblos indígenas; por el contrario, el tema es tan real que se pueden presentar casos concretos,

¹⁸ S. Rodríguez y A. Camacho La bioprospección frente a las Nuevas Dimensiones de la Responsabilidad. Ponencia presentada en taller internacional: Responsabilidad de los negocios para la protección ambiental en los países subdesarrollados. Universidad Nacional de Costa Rica. Programa Cambios, 1997.

¹⁹ Según Farnsworth N. The Napralert database as an information source for application to traditional medicine. OMS Ginebra Suiza. 1993, Pág. 184: "Se estima que existen entre 25.000 y 75.000 especies vegetales empleadas en las medicinales tradicionales del mundo de las cuales sólo el 1% se consideran aceptablemente conocidas por estudios científicos con demostración de su valor terapéutico cuando sean administradas a seres humanos".

con impactos concretos. Por ejemplo, la compañía Sharman Pharmaceutical, con sede en los Estados Unidos de América, recolecta plantas hablando con los curanderos, “awas”, chamanes indígenas o los observa trabajar; con ello consiguen mejorar la relación de descubrir un (1) producto farmacéutico por cada 10.000 análisis, ya que cerca de la mitad de las plantas que recolectaron arrojaron resultados positivos en las evaluaciones preliminares.

Este proceso se conoce con el nombre de “proceso de descubrimiento etnobotánico”. Los costos de los descubrimientos de Sharman representan un décimo de lo que hubieran gastado con muestreos al azar; con ello la eficacia en la selección de plantas con propiedades medicinales ha aumentado un 400%. Sharman ha desarrollado contratos con algunas comunidades indígenas en Latinoamérica, y la investigación ya ha conducido a solicitudes de patentes. La empresa ha anunciado su intención de devolver un porcentaje de los beneficios²⁰ a todos los países y comunidades con los que ha trabajado²¹.

Cuando se utiliza el conocimiento de los pueblos indígenas, las posibilidades de éxitos con beneficios para humanidad aumentan considerablemente. Esta riqueza existente en los pueblos indígenas del planeta no puede ni debe ser desperdiciada u objeto de codicia o robo. Por el contrario, debemos unir los esfuerzos de los Estados, de las industrias farmacéuticas con tecnología, de los que tienen los recursos genéticos y el conocimiento tradicional y trabajar en la búsqueda de medicamentos que ayuden a la especie humana. Es decir, el objetivo debe estar más alto que la simple distribución de beneficios económicos de los productos que se derivan de esta combinación de elementos. De hecho, los pueblos indígenas no están proclamando el no uso de sus conocimientos, sino que ha sido su costumbre trasladarlo de una generación a otra, y parte del dilema es que lo han dado libremente a científicos y compañías, sin ningún interés económico de por medio. Sin embargo, la “amenaza” precisamente de que no se puedan seguir usando libremente, de que se patenten sus “conocimientos” y que no se puedan producir sus propios medicamentos es lo que ha llamado la atención. Lo que se reclama son los derechos de estos pueblos a utilizar libremente sus conocimientos y sus recursos biológicos y a que se reconozca su valor.

Para algunos de nosotros, impera también el hecho de que, en aras de que los derechos correspondan a todos los seres vivos de un mismo planeta

²⁰ En diciembre de 1992 la empresa Sharman firmó un contrato con el Consejo Aguaruna y Huambisa del Perú. También ha organizado una fundación especial llamada “The Healing Forest Conservancy”.

²¹ Citado por Asha Sukhwani. Informe sobre Bioprospección. Reunión sobre Propiedad Intelectual y Pueblos Indígenas. Rural Advancement Foundation International. (RAFI) 1994.

no se puede sacar provecho de los unos en detrimento de los otros, y por eso las negociaciones para llegar a descubrir estos productos deben pasar obligatoriamente por la distribución justa y equitativa de beneficios.

En la actualidad, es aceptado que las formas de vida de los pueblos indígenas del mundo están desapareciendo²² debido a los cambios económicos sociales, ambientales y legales que están sufriendo como parte de la lucha de los países por alcanzar niveles más altos de desarrollo. Como resultado de ello, el conocimiento tradicional se está perdiendo aceleradamente²³, al igual que la diversidad cultural, y con ello los posibles beneficios²⁴ que este conocimiento podría aportar a la especie humana²⁵.

Ha sido apuntado también que el mayor problema de los países ricos en biodiversidad es que se conoce relativamente poco sobre la extensión de los recursos, cómo pueden ser utilizados y cuál es su valor en términos económicos o de otros beneficios²⁶. Adicionalmente, con la pérdida de

22 Los pueblos indígenas del mundo saben que sus sistemas de conocimiento tradicional se están perdiendo y están profundamente preocupados. En el Cuarto Congreso de etnobiología, realizado en India en noviembre de 1994, se consideró que este problema se da como un resultado del fracaso de los gobiernos, agencias y desarrollo y otras instituciones en entender los conocimientos de los pueblos indígenas, respetar sus bases científicas y reconocer los derechos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas. En todo caso, los pueblos indígenas son víctimas pasivas. Muchos de ellos están políticamente atentos y su habilidad para montar campañas efectivas esta creciendo. Ver, Erosion and destruction of indigenous knowledge. Indigenous peoples and sustainability. IUCN, 1997.

23 Los poseedores del conocimiento tradicional se enfrentan con una serie de dificultades: las generaciones de jóvenes a menudo no quieren aprender las formas tradicionales y buscan estilos de vida modernos. Existe una falta de respeto y apreciación por el conocimiento tradicional por parte de otras comunidades o grupos de profesionales. Se da una explotación comercial de sus conocimientos que conlleva a un asunto de protección legal inexistente. Ver: OMPI, Borrador de reporte sobre conocimiento tradicional. Op. cit., Pág. 7

24 Los pueblos indígenas tienen un papel vital en diferentes aspectos: 1) son los guardianes de hábitats críticos para las sociedades modernas, ayudando al mantenimiento de los ciclos de agua; su conocimiento ecológico es de incalculable valor, se podría hacer un mapa de la diversidad biológica de la que la vida depende. Podrían ser un modelo para las ciudades más contaminadas por medio de sus principios básicos de ética ambiental, conservación y resguardo para las futuras generaciones. ; muchas comunidades indígenas no solo conservan pero fomentan la diversidad biológica y genética para futuras generaciones. Ver, Indigenous Peoples and Sustainability. What is The Role of Indigenous Peoples in Sustainability? IUCN, 1997.

25 Se estima que el 85% de los grupos indígenas de Brasil se extinguieron en la primera mitad del siglo veinte y un porcentaje de un grupo indígena por año desapareció en la región de la Amazonía desde 1900. Más de dos tercios de las tribus restantes tienen menos de 1.000 miembros. Estos factores llaman a una serie de consideraciones de derechos humanos y significan que cerca de 15.000 culturas existentes han desaparecido antes de que estas culturas puedan transmitir su conocimiento a nuevas generaciones. Shelton. Op. cit., pág. 78.

26 Ver, B.Aylward; E.Barbier. What is biodiversity worth to a development country? Capturing the pharmaceutical value of species information. London Environmental Economics Centre. November, 1992.

la biodiversidad²⁷ por la depredación²⁸ del ser humano, muchas plantas medicinales utilizadas tradicionalmente desaparecen sin que puedan ser usadas por quienes las descubrieron o por el resto de la humanidad.

El dilema es tal que ya hay quienes²⁹ proponen una moratoria para no hacer más contratos con pueblos indígenas sobre su conocimiento o su diversidad biológica hasta que estas comunidades sean capaces de dar un seguimiento y colaborar en la investigación de manera que se aseguren sus derechos. Otros abogan por que no se comercialicen más plantas medicinales en territorios indígenas hasta que existan mecanismos para la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Mientras tanto, algunos están en la carrera de seguir proponiendo mecanismos para modificar sistemas de propiedad intelectual o encontrar instrumentos efectivos para la distribución justa y equitativa de los beneficios que se obtienen mediante la utilización de la diversidad biológica y del conocimiento tradicional. Todo esto sumado a las presiones de quienes quieren aprovechar lo más rápido y al menor costo posible los recursos.

Este trabajo parte de la premisa, desde la perspectiva legal, de que los instrumentos jurídicos existentes no son suficiente ni idóneos³⁰ en la actualidad para proteger los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado de las comunidades indígenas. También que, a causa de un vacío en la legislación internacional y en la de los países en el ámbito nacional, se han

²⁷ Lamentablemente, la experiencia nos muestra cómo el ser humano está perdiendo esta diversidad biológica sin aún conocerla, reduciendo las oportunidades que esta podría ofrecer. Ya en 1992, la Agenda 21 expresaba esta preocupación al citar “el actual empobrecimiento de la biodiversidad es en gran parte resultado de la actividad humana y constituye una grave amenaza para el desarrollo humano”. UNEP. Report of Panel I. *Priorities of Action for Conservation and Sustainable Use of Biological Diversity*. 1993.

²⁸ Simultáneamente, cada día se pierden 100 especies diferentes de flora y fauna debido a los sistemas de monocultivo intensivo, los insecticidas, la erosión, la contaminación, la deforestación masiva, la pesca indiscriminada y otras formas de agresión de nuestra civilización humana contra la naturaleza. De Azqueta. *Op. cit.*, pág. 2.

²⁹ Ver Declaración de Mataatua de los Derechos Intelectuales y Culturales de los Pueblos Indígenas de 1993 y Reporte Especial Sra. Erica Daes. Comisión de Derechos Humanos. Reporte final de la Protección del Patrimonio Cultural de las Poblaciones Indígenas. Anexo. Principios y Lineamientos para la Protección del Patrimonio Cultural de las Poblaciones Indígenas. Artículo 41. Borrador 1995.

³⁰ Desafortunadamente muchas de las interacciones comerciales entre comunidades y corporaciones privadas pueden resultar en acuerdos con incerteza legal y sus consecuentes imperfecciones y pérdidas de derechos para ambas partes. La falta de experiencia con sistemas formales existentes, la dependencia económica, la falta de una voz unificada y en muchos casos la falta de una política nacional clara en relación con la utilización del conocimiento tradicional, da como resultado que las comunidades se encuentren en una posición de clara desventaja. En la otra mano la falta de reglas claras para proteger el conocimiento tradicional crea riesgos para los intereses de los comerciantes, que prefieren establecer negocios bajo reglas bien establecidas y confiables. OMPI. Borrador de reporte sobre conocimiento tradicional. *Op. cit.*, pág. 8.

dado abusos sobre la utilización de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional de los pueblos indígenas.

Se enfoca únicamente al caso de los recursos genéticos y su conocimiento tradicional asociado con potencial farmacéutico en condiciones *in situ*, que requieren actividades de bioprospección y exportación de material biológico y conocimiento tradicional. Hago esta aclaración porque el tema podría ser tan amplio como se quisiera en el caso de enfocar recursos *ex situ*, o si se tratara el tema de recursos para la alimentación - agricultura -. Por otro lado, no pretende abordar los aspectos de protección del acceso a los recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado antes de la entrega en vigor de la CDB en 1993³¹.

Desde la perspectiva de la ética o de la moral, se parte de que todos los esfuerzos intelectuales, “conocimiento tradicional”, merecen protección jurídica. Tiene como fin presentar la situación jurídica que envuelve esta discusión y los posibles instrumentos jurídicos que faciliten a los pueblos indígenas una adecuada protección jurídica cuando se tiene acceso a los recursos genéticos y al conocimiento tradicional asociado dentro de sus territorios.

Busca el marco jurídico que apoye la distribución justa y equitativa de los beneficios que se obtienen de la utilización de estos bienes con fines comerciales. Se analiza el tema desde la perspectiva de que, para proteger los derechos de los pueblos indígenas, estos tienen que ser vistos de una forma integral: derechos sobre la tierra, los recursos naturales, intelectuales, culturales, y humanos y no solo como protección de conocimiento. Se abordan los derechos de propiedad a la tierra-territorios, a los recursos genéticos y al conocimiento tradicional; aspectos estrechamente ligados a los acuerdos asumidos dentro de la esfera del Comercio Internacional, los derechos de propiedad intelectual y en el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

Ciertamente y como afirma M. Ruiz, el tema de cuáles son los mecanismos legales adecuados para la protección del conocimiento tradicional de los pueblos indígenas, pasando por los derechos de propiedad intelectual se

³¹ El principio consuetudinario del Derecho Internacional indica que los efectos de los convenios internacionales no son retroactivos. Esto quiere decir que los recursos genéticos provistos por el país de origen o por aquellos cuyos recursos han sido transferidos por los países de origen, antes de su entrada en vigencia, no están bajo la autoridad de la CDB. Este asunto se puede complicar en la medida en que la CDB entra en vigor en diferentes momentos por diferentes partes contratantes. Esto se aplica, sobre todo, a colecciones *ex situ*, tema que no es objeto de esta tesis.

ha convertido, desde la puesta en vigor del Convenio sobre la Diversidad Biológica, en 1993, en uno de los debates más importantes en el mundo de la conservación y manejo sostenible de los recursos naturales.

El enfoque que los países adopten para establecer un régimen jurídico de protección de los recursos genéticos y del conocimiento tradicional asociado, reflejará la realidad cultural y socioeconómica del país, así como sus propias necesidades y condiciones legales. Según J Mugabe³², no hay un proyecto modelo de ley ni de política en esta área; cada país deberá desarrollar sus propias medidas.

Recientemente los países, sobre todo los que tienen recursos genéticos y pueblos indígenas que guardan conocimiento tradicional asociado a estos recursos, se están dando a la tarea de crear instrumentos jurídicos. Son pocos los ejemplos, sin embargo de gran relevancia para un proceso que se inicia y que tendrá que aprenderse haciendo.

³² Lettington y otros, pág 14

Capítulo I

Antecedentes

1. Historia del Estado, los indígenas y los recursos naturales

1.1 Los primeros viajeros en busca de plantas

La necesidad de encontrar una ruta segura y rápida para traer a Europa especias y plantas medicinales de Asia a su entorno, dan como resultado el descubrimiento del Nuevo Mundo. Los indígenas de este continente tenían grandes conocimientos de las plantas con fines alimenticios y medicinales³³ lo que supuso un importante aporte³⁴ a la época.

En América Latina la construcción de los estados en los siglos XIX y principios del XX fue lenta y dificultosa. Los españoles y portugueses dejaron fundados muchos de los elementos que hoy marcan a estos estados, como, por ejemplo, una lengua, una religión, instituciones legitimadas y la pertenencia de algunos territorios. Ha tomado siglos para que los estados reconozcan, por ejemplo, la diversidad de lengua, respetando que no solo se habla castellano sino también las lenguas indígenas.

Los españoles fueron creando centros de población que, con el tiempo, dieron paso al mestizaje pero sobre la base de la cultura europea. Este rasgo

³³ Entre las plantas medicinales que ha aportado el indígena americano a la farmacopea universal se destacan la quina (*Cinchona* sp.), la coca (*Erythroxylon coca*), el ipecacuana (*Cephaelis ipecacuana*), la zarzaparrilla (*Smilax medica*) y el bálsamo de copaiba (diversas especies del género *Copaifera*). Entre las plantas estimulantes aportadas, nadie desconoce el impacto del tabaco (*Nicotiana tabacum*); también cabe destacar la yerba mate (*Ilex paraquariensis*) y la vainilla (*Vanilla fragans*) entre muchas otras.

³⁴ Se sabe con certeza que en 1638 la Virreina de Perú, Condesa de Chinchon, atacada de fiebres intermitentes se alivió de ellas mediante el empleo de polvos de corteza de quino. Por encargo del virrey, un corregidor de Loja, a quien los indios administrados suyos habían descubierto las virtudes de este antídoto, le llevó a Lima y lo administró con buen éxito a la ilustre enferma. La condesa, ya de regreso en España, distribuyó entre sus amistades y conocidos la provisión de quina que había hecho antes de abandonar a América. El árbol en honor de la Condesa de Chinchón se denominó *cinchona officinalis* conocido como quinina.

prevalece en casi toda América Latina, ya que la mayoría de los pueblos indígenas no deculturados no ocupan los principales centros de población, aun en la actualidad.

La introducción a Europa a partir del siglo XIV de las medicinas, drogas y alimentos vegetales del nuevo mundo es un proceso de extraordinario relieve, no solamente por la evolución de la medicina, la farmacia y la ciencia, sino para la historia económica, social y cultural³⁵. Las primeras noticias sobre productos curativos y alimenticios procedentes de América Latina estaban contenidas en los textos colombinos³⁶ y en otros directamente relacionados con el descubrimiento de América³⁷.

Entre 1492-1553 se descubrieron tres grupos principales de remedios medicinales: las resinas medicinales, los purgantes y los bálsamos. El interés económico sobre estos productos hacía que los viajeros dieran, en la mayoría de los casos, referencias detalladas de los productos encontrados, las formas de utilización de estos productos por parte de los indígenas, así como los efectos observados en la población indígena que los consumía con fines medicinales.

El interés económico por tales productos queda reflejado en obras como las que Oviedo dejó escritas sobre Antón Villasanta y su fórmula “patentada” de elaboración del bálsamo a partir del “goaconax”³⁸. Los remedios medicinales más conocidos de la época fueron el guayaco, la coca, el tabaco y los hongos alucinógenos³⁹.

En el siglo XVIII se enviaron muchas expediciones al Amazonas⁴⁰, pero quizá la más importante fue la realizada por la “Académie des Sciences”,

35 J.M López y otros, Medicinas, drogas y alimentos vegetales del nuevo mundo. Textos e imágenes españolas que los introdujeron en Europa. Editorial Ministerio de Sanidad y Consumo de España. 1992. Pág. 13.

36 Todos aquellos textos coetáneos, fueran publicados o no en la época que narran los cuatro viajes realizados por Cristóbal Colón a tierras americanas, que abarcan de 1492 a 1504. M. López op. cit., Pág. 19.

37 Al respecto aporta M. López las primeras noticias y descripciones sobre plantas americanas, que aparecieron en obras españolas de muy distinto carácter, cuyo principal objetivo no era precisamente la descripción de la naturaleza americana. Pág. 35

38 Op. cit., Pág. 44.

39 Sobre el detalle de las plantas medicinales y alimenticias llevadas de América a Europa entre 1492 y 1580 debe verse la obra de J. López, J. Fresquet, M. López y J. Pardo, denominada Medicinas, drogas y alimentos vegetales del Nuevo Mundo: textos e imágenes españolas que las introdujeron en Europa. El detalle de los textos y de la investigación da plena evidencia de que las plantas medicinales y el conocimiento asociado sobre estas fue transmitido de indígenas a españoles por diferentes métodos.

40 Ver, J. Acosta. Historia natural y moral de las Indias, Hispaniae Scientia, 1977.

cuyo grupo de científicos realizó descripciones detalladas de las plantas y sus usos medicinales. En esta misma época el naturalista Alexander von Humboldt viajó a España con el beneplácito del rey Carlos IV de España, y sus hazañas llamaron la atención a nuevos viajeros que comenzaron a realizar colecciones botánicas en los herbarios europeos⁴¹.

Luego de que indígenas y negros sufrieran los embates del período de Conquista con un modelo de explotación del cual no nos referiremos, pero está perfectamente documentado a través de la historia de América Latina, llegó la época del siglo XIX, en donde los nuevos gobiernos impulsaron la idea de los misioneros que solo trajeron consecuencias igual de nefastas que las del período de colonización. En 1875, en los territorios de la Amazonia, hubo una penetración masiva de blancos atraída por la quinina y el caucho.

Dentro de los viajeros científicos del siglo XIX destaca, en 1820, el botánico bávaro Carlos Federico Martius, quien realizó viajes por el Amazonas, y en el libro escrito junto al zoólogo Juan Bautista Spix, titulado *Viajes al Brasil*, da valiosos informes sobre los aspectos bióticos de estas selvas. Augustín Codazi, en 1856, ya visitaba los indios guaquas o guaguas en Colombia para intercambiar espejos, machetes y cuchillos por cera⁴².

En el siglo XX se realizaron investigaciones, entre otras, sobre el conocimiento botánico de los kayapó en Brasil⁴³ considerándolo como algo extraordinario; ya que, además de la gran diversidad de plantas cultivadas, llegaron a manipular un número bastante amplio de especies semidomesticadas. Antiguamente, los kayapó realizaban grandes cacerías por el bosque, las cuales podían durar varios meses y en ellas recolectaban plantas silvestres que además de consumir y de utilizar para fines medicinales y otros, las sembraban en los campamentos que establecían temporalmente⁴⁴.

1977. E. Alvarez. *Las plantas de América en la botánica europea del siglo XVI*. Revista de Indias. No.6. España 1945. B. Cobo. *Historias del nuevo mundo*. Biblioteca de autores españoles. Tomo XCI. Ediciones Atlas. Madrid, España. 1964.

41 Hecht Susana, Cockburn Alexander. La suerte de la selva. Colonizadores, destructores y defensores del Amazonas. Págs. 2 y 3.

42 Con respecto a este tema, puede consultarse el libro titulado Nación y Etnias. Los conflictos territoriales en la Amazonia. Editorial Disloque, Colombia. 1994, pág. 47 a 57.

43 A. Hurtado, E. Sánchez. *Derechos territoriales indígenas y ecología. Situación de propiedad, aprovechamiento y manejo de los recursos naturales en los territorios indígenas en áreas bajas de la selva tropical*. Fundación Editorial Presencia Colombia. 1992, pág. 8.

44 *Ibíd.* Citado por A. Hurtado, E Sánchez. Según D. Posey, 1989, se determinó que más de 54 especies diferentes de plantas semidomesticadas son utilizadas por los kayapó. Reconocen 54 especies de abejas, cuatro de las cuales crían en sus casas, dos en sembríos y seis son utilizadas silvestremente. Pág. 18.

Los bora en Perú hacen uso de 22 variedades de yuca dulce y amarga, las cuales cultivan entremezcladas con piña, árboles frutales y cultivos anuales menores. Además en sus chagras abandonadas se han identificado hasta 133 especies útiles de plantas comestibles, medicinales, ceremoniales, maderables y otras que proveen pintura para el cuerpo, leña, alquitrán o brea, sal, etc.⁴⁵

La Organización Mundial de la Salud preparó una lista con 21.000 nombres de plantas medicinales, 5.000 de las cuales se investigaron a fondo sus propiedades medicinales⁴⁶. Por otro lado, se estima que solamente las ventas de productos farmacéuticos derivados de medicinas tradicionales suman, como mínimo, 32 mil millones de dólares por año⁴⁷.

La utilidad y el valor económico de los recursos biológicos y del conocimiento - como se puede ver - no es algo nuevo⁴⁸. Tampoco es nuevo que las comunidades indígenas (que proveen los recursos) han recibido, por lo general, poco o ningún beneficio. La realidad es que el material genético y el conocimiento tradicional asociado a este ha sido estudiado, intercambiado, transferido, robado y perfeccionado desde siglos atrás y sigue dándosele ese tratamiento en la actualidad con pocas excepciones. Afortunadamente, desde la puesta en marcha en 1993 del CDB se ha generado una mayor conciencia por establecer un régimen que regule el acceso a los recursos biológicos, al conocimiento tradicional asociado y proporcione la distribución justa y equitativa de los beneficios que surgen de su uso.

1.2 Territorios indígenas y áreas protegidas

El Convenio sobre la Diversidad Biológica define “área protegida” como un área definida geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación. La Unión Mundial para la Naturaleza (UICN) define a las áreas protegidas como una área de tierra o mar especialmente dedicada a la protección de la diversidad biológica y de los recursos naturales y culturales asociados y

45 Idíbem. Citado por A. Hurtado, E. Sánchez según Denevan, 1984. Pág.19.

46 Ver Biodiversidad en Breve# 7, Salud y Biodiversidad.

47 RAFI, 1994.

48 Ver, A. Argueta. Pueblos indios y recursos naturales. En: Nuevos enfoques para el estudio de las etnias indígenas en México. Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Humanidades. México.D.F. 1991. J.Arellano. El conocimiento etnoecológico en comunidades indígenas del sur de México. Tesis de licenciatura en biología. Facultad de Ciencias de la UNAM. México. 1985.

49 World Conservation Union. Guidelines for Protected Area Management Categories. 1994.

manejada por medio de un mecanismo legal u otro medio efectivo⁴⁹. Las definiciones llevan a pensar que nos referimos a áreas que tienen un fin específico de conservación de los recursos que en ellas se encuentran.

La declaración de áreas protegidas ha generado diversas reacciones a lo largo de su historia que van desde su negación total por ir en contra de los derechos de los pueblos indígenas hasta su aceptación promoviendo bienestar a quienes las habitan.

Los hechos son claros: 86% de las áreas protegidas de América Latina están habitadas permanente o temporalmente⁵⁰. Muchas de estas áreas protegidas fueron creadas sobre los territorios indígenas sin consulta de las comunidades⁵¹. Irónicamente, estas tierras se encontraban conservadas con la permanencia de estas comunidades en ellas en forma milenaria⁵². Según una investigación de UICN⁵³, dos características marcan a las áreas protegidas: 1) la extracción de recursos naturales, 2) la falta de personal calificado y de recursos para atender el problema. La pregunta es ¿cómo llegaron los pueblos indígenas a conservar sus territorios durante todos estos años? ¿Por qué no pueden los indígenas seguir siendo los custodios del recurso?

En algunas partes de la región amazónica de Ecuador, comunidades indígenas ocupan tierras que han sido declaradas áreas protegidas o reservas

50 Stephen Amend and Thora Amend. Human Occupation in the National Parks of South America: A fundamental Problem. IUCN Gland Switzerland, 1992, pág. 4.

51 En 1872, cuando la revolución industrial comenzaba a difundirse por el mundo, se estableció el primer parque nacional moderno: Yellowstone, en Estados Unidos. Las decisiones acerca de cómo y dónde crear áreas protegidas, o de qué porcentaje del presupuesto nacional debe dedicárseles, pertenecen al dominio de los políticos. La vida política depende del apoyo público, lo que afecta sus decisiones, particularmente cuando se trata de adoptar una posición poco popular sobre un asunto crucial relacionado con áreas protegidas. Se necesita un público bien informado y elocuente para abogar por la conservación. Ver, Banco Interamericano de Desarrollo y UICN. IV Congreso Mundial de Parques y Áreas Protegidas. 1993.

52 Los modelos no tradicionales de conservación se han atrevido a sacar de sus tierras a los pueblos indígenas precisamente para preservar las tierras que ellos han manejado en forma sostenible por siglos. En nombre de la conservación de la biodiversidad una organización no gubernamental con base en Estados Unidos, negoció con el gobierno Boliviano un canje de deuda por naturaleza para legalizar y apoyar a la Reserva Biosfera de la Beni. En esa época 1987, el gobierno nacional no reconoció una decisión del gobierno regional, permitiendo la actividad maderera en los bosques en los bosques habitados por los indígenas. Como consecuencia los indios Chimanes, Moxeños, Yuracarés y Movimas se vieron obligados a abandonar su territorio tradicional. No fue sino hasta 1990 que el gobierno devolvió a los indígenas las tierras y sus derechos sobre una tercera parte de la reserva Beni. Ver, L. Campos. Beni: surviving the crosswinds of conservation. Américas, junio de 1990. Citado por Banco Interamericano de Desarrollo y UICN. Reporte del IV Congreso Mundial de Parques y Áreas Protegidas. 1993.

53 Stephen Amend and Thora Amend, pág. 8.

naturales del estado, clasificadas así por su gran diversidad biológica⁵⁴. Los siona están en la Reserva Faunística Cuyabeno, los huaorani y quichua en el Parque Nacional Yasuní; los quichua y los cofanes en la Reserva Biológica Cayambe Coca y los quichua en la Reserva Biológica Limoncocha.

Generalmente, la legislación ambiental no es clara en relación con los derechos de las comunidades indígenas a utilizar sus territorios para caza, pesca y recolección de productos del bosque, tales como plantas útiles y medicinales. Al respecto, debo ilustrar con lo que ha sido mi experiencia en la defensa de derechos de los pueblos indígenas bribri y cabecar en la Cordillera de Talamanca, Costa Rica. Muchos de los casos por corta de árboles, caza o pesca ilegal son contra los mismos indígenas.

Por extraño que suene, no siempre la defensa de los derechos indígenas se da cuando se acciona en contra terceros que invaden sus territorios o acceden a los recursos naturales. Hay un número importante de casos en que la acción legal va encaminada a tratar de sacar a los propios indígenas de problemas con la justicia a raíz de sus actuaciones.

Con esto no se quiere decir que los indígenas actúen mal, sino que, debido a la camisa de fuerza a que están sujetos con las leyes ambientales que no han tomado en consideración las normas consuetudinarias propias de sus pueblos indígenas, estos se encuentran en una posición de cometer actos ilegales por el simple hecho de hacer dentro de sus territorios lo que siempre han hecho para su sobrevivencia⁵⁵. Es necesario comprender que los esfuerzos de conservación tienen que ir de la mano con objetivos culturales, sociales y económicos de los pueblos que habitan las áreas protegidas. La legislación ambiental como parte de un quehacer multidisciplinario debe responder a este reto.

En muchas ocasiones las restricciones de la legislación ambiental son percibidas por los indígenas como una limitación a sus formas de vida,

⁵⁴ Muchos gobiernos han ignorado los derechos de los indígenas y han diezmado sus culturas y sus pueblos natales. Los pueblos nativos a pesar de ser una minoría numérica en el mundo, representan entre el 90 y 95% de la diversidad global cultural y son los guardianes del 99% de los recursos genéticos silvestres conocidos en el mundo. Se crea así un lazo inextricable entre diversidad cultural y diversidad biológica. Panos Institute. Briefing document No.1. Cultural and Biological Diversity: towards the edge of the cliff. Enero, 1992.

⁵⁵ Ver, G. Aguilar. Propuesta de capacitación en legislación indígena y ambiental a las comunidades indígenas Bribri y Cabecar de Talamanca, Costa Rica. Corredor Biológico Talamanca Caribe, 1997. Asociación de desarrollo integral del territorio Bribri. (ADITIBRI), Demandas varias contra explotación forestal. Archivos, Proyecto Corredor Biológico Talamanca, 1998.

sobre todo si se considera que son estos espacios (“bosques tropicales”) los que constituyen el espacio vital y la base alimentaria que garantiza la reproducción biológica y cultural de sus etnias⁵⁶.

En algunos casos, como en la reserva Cuyabeno, en Ecuador, los planes de manejo del área protegida incorporan derechos y obligaciones especiales para los indígenas, pero estos planes han sido elaborados sin participación activa de las comunidades⁵⁷ que viven dentro de la reserva o colindan con ella⁵⁸.

Durante el seminario “Derechos territoriales indígenas y ecología”, 1991, se debatió la contradicción que se presenta entre las normas que garantizan el acceso a un territorio y las normas que regulan el aprovechamiento, la administración y la conservación de los recursos naturales. Los indígenas asistentes mostraron, como representa para sus pueblos, una severa restricción el tener territorios legalmente reconocidos y adjudicados y tener, al mismo tiempo, limitaciones para el uso y el aprovechamiento de los recursos naturales en ellos existentes.

Esta contradicción entre las normas de conservación con las normas de reconocimiento de territorios indígenas y la superposición de las áreas protegidas sobre los territorios indígenas ha generado situaciones de conflicto⁵⁹. Se están buscando formas de enfrentar esta situación; por ejemplo, en los últimos años se habla de un comanejo o manejo compartido de recursos naturales entre el Estado y la población indígena; otros hablan de la coexistencia de áreas protegidas e indígenas por medio de planes de

⁵⁶ Ver, J. McNeely; W. Keeton. The interaction between biological and cultural diversity. Cultural landscapes of universal value: components of a global strategy. New York, 1995. J. McNeely. The role of protected areas for conservation and sustainable use of plant genetic resources for food and agriculture. IUCN, Germany. Mayo, 1995.

⁵⁷ La participación de los pueblos indígenas en la conservación lejos de entorpecer es una de las formas de asegurar el desarrollo sostenible. Por ejemplo en el Golfo de Fonseca - Centroamérica - los pueblos indígenas están luchando por proteger los últimos manglares existentes. En el páramo de los Andes -Colombia- un proyecto que pretendía utilizar las aguas para generación eléctrica y cambiar el curso de las aguas hacia el Pacífico fue detenido en parte por la presión de los grupos indígenas. El conocimiento tradicional de los pueblos indígenas sobre los humedales ha sido acumulado por siglos y no solo mantiene la vida de estos ecosistemas, sino que tienen un valor para su manejo futuro. Informe del XIII. Foro Global de Biodiversidad. Taller sobre la participación de los pueblos indígenas y comunidades locales en el manejo de los humedales. San José, Costa Rica, 1999.

⁵⁸ Derechos territoriales indígenas y ecología. Artículo. J. Urquillas, S Davis La cuestión territorial y ecológica entre los pueblos indígenas de la selva baja del Ecuador. Pág. 101.

⁵⁹ Ver, C. Zerner. Justice and Conservation. Insights from people, plants and justice. The politics of nature conservation. The Rainforest Alliance, New York. 1999.

manejo; incluso algunos se han atrevido a proponer que se saque a los indígenas de los parques nacionales⁶⁰.

Esta situación se suma a que, a pesar de todas estas medidas, los estados no han sido capaces de proteger sus recursos naturales. Pareciera entonces, que no se trata únicamente de consagrar restricciones mediante cuerpos legales, sino también de que se reconozcan los modelos valiosos de desarrollo de los pueblos indígenas y la forma en que estos manejan sus recursos⁶¹.

Las Reservas de la Biosfera⁶² creadas por UNESCO⁶³ han dado resultados positivos para algunas comunidades indígenas. En Panamá la Comarca Indígena Kuna Yala⁶⁴, localizadas en el distrito de San Blas se vió amenazada cuando en 1970 una propuesta para construir la carretera Panamericana hacia la costa donde habitan los kunas fue discutida. También, al inicio

60 El número de áreas protegidas y sus regulaciones ha crecido, pero también han aumentado la variedad de actores envueltos en el manejo. El crecimiento en número de las áreas protegidas no ha crecido en igual manera con la capacidad de manejo de estos sitios. Bajo estas condiciones muchas de las áreas protegidas son manejadas en condiciones no aceptables y otros son parques de papel. Es ahora claro, que el manejo de las áreas protegidas debe de incorporar a las comunidades locales y la toma de decisiones y actividades que se planeen. Muchas de las amenazas que hoy enfrentan estas áreas obedecen al conflicto con personas y comunidades. El "manejo colaborativo" de las áreas protegidas está creciendo y está siendo retomado por comunidades de base. Sobre diversas formas de manejo de las áreas protegidas ver, C.Poff. Protected area management options for the next century. Yale University, 1996. C.Lewis. Managing Conflicts in Protected Areas. IUCN, 1996. Ver, Ramsar Convention Bureau. Involving local communities and indigenous people in wetland management, 1999.

61 Al respecto ver Fundación GAIA. CEREC Derechos territoriales indígenas y ecología. Editorial Presencia 1992, Colombia. Pág. 359 a 367.

62 Según el estudio realizado por S. Dompke. De 108 reservas de la biosfera examinadas en países en desarrollo, 34 tienen pueblos indígenas habitando dentro de ellas, casi una tercera parte de las reservas se encuentra habitada por pueblos indígenas. Un amplio estudio sobre Reservas de la biosfera y pueblos indígenas puede ser consultado en: Stephan Dompke. Analysis of Concepts for the participation of indigenous peoples in biosphere reserves on the basics of a document evaluation. Naturschutzbund Deutschland; German Society for Technical Cooperation. Berlin, 1996.

63 El programa El Hombre y la Biosfera, puesto en marcha en 1970, se concibió en una conferencia de la UNESCO sobre el uso racional y la conservación de los recursos de la biosfera. Su objetivo principal es "proporcionar los conocimientos científicos y personal capacitado que se requiere para el manejo sabio y sostenible de los recursos de la tierra" El concepto de biosfera nació en 1974 como respuesta para reforzar la conservación de los recursos genéticos, los ecosistemas y el manejo de la diversidad biológica, para el intercambio de información y seguimiento, para asociar concretamente la protección ambiental con el desarrollo de la tierra como una directriz dirigida a las actividades de capacitación y educación del programa. Una red de reservas de la Biosfera fue creada en 1976, existiendo en 1996, 328 reservas en 82 países. Peter Poole. ,Pág.13. Ver, Man and the Biosphere Program. The Seville Strategy for Biosphere Reserves. UNESCO, 1995. UNESCO. The Statutory Framework of the world network of biosphere reserves.1976.

64 Reconocida por el gobierno panameño, en 1953, como territorio autónomo.

de los años 70 se devela un proyecto apoyado por Instituto Panameño de Turismo para instaurar un complejo para 688 habitaciones y un aeropuerto. Pasaron varios años de disputas hasta que el Gobierno abandonó el proyecto, sin embargo las presiones por colonización de tierra “no usada” continúan.

En 1983 con el proyecto PEMASKY⁶⁵, se forma un grupo de expertos kuna para investigar y hacer un plan para el manejo de las áreas forestales de los kuna yala. Con su recomendación el área se quiso convertir a Reserva de la Biosfera⁶⁶, dividida en cinco zonas de manejo⁶⁷, además de estar manejada por los indígenas kunas bajo este concepto. Sin embargo, aunque el área se maneja bajo los lineamientos expuestos nunca fue oficializada como biosfera. Señala H. López, que lo que existe es un documento de estudio de la parte técnica que se presentó a UNESCO, quién lo aceptó, sin embargo, el Gobierno, “INRENARE”⁶⁸ en esa época, no le dió su aprobación. De hecho, la comunidad kuna luego indica que no era necesaria la biosfera porque ya tienen áreas protegidas dentro de su comarca⁶⁹.

Uno de los elementos principales de este estudio fue que la propia comunidad definió las zonas de manejo respetando las formas de vida de sus habitantes. Lamentablemente, los kunas hoy en día enfrentan serios problemas, entre ellos, crecimiento de la población, grandes olas de turismo poco controlado, mucha de la gente joven se va en busca de mejores oportunidades a ciudad Panamá, algunos nunca retornan y los abrumantes cambios sociales han llevado a un tipo de economía no tradicional, además de que hay una necesidad de dinero para comprar alimentos y otros bienes de mercado.

Otro caso que se da en Panamá es el del Parque Nacional Darién, conformado por 575.000 hectáreas, fundado en 1980, reconocido como sitio de patrimonio mundial en 1981 y como Reserva de la Biosfera en 1983. La Comarca Emberá-Durá de 300.000 hectáreas también fue reconocida en 1983 como dos áreas separadas, Cémaco y Sambú parte de las cuales coinciden con el Parque.

65 Proyecto de estudio para el manejo de áreas silvestres de kuna yala.

66 El concepto “Reserva de la biosfera” indica las áreas terrestres y ecosistemas costeros marinos o la combinación de ambos, que son internacionalmente reconocidos en el marco de UNESCO, “Programa de hombre y la biosfera” y el Estatuto de la red de reservas de la biosfera. Las Reservas son nominadas por el gobierno y deben de cumplir con serie de criterios mínimos. Cada Biosfera debe cumplir con tres funciones mínimas: Conservación, desarrollo, y soporte logístico. Algunos países han establecido estas reservas por medio de decretos legales. UNESCO. The Biosphere Reserve Concept. 1995.

67 Zona natural, zona de recuperación, zona cultural, zona especial, zona de amortiguamiento.

68 Quién ahora es la Autoridad Nacional del Ambiente conocida como ANAM.

69 Entrevista. Heraclio López Henández, Fundación Dobbo-yala. Panamá. Realizada en Guatemala, 12 de julio del 2000.

En Honduras la Reserva de la Biosfera del Río Plátano fue fundada en 1979 y llegó a ser sitio de patrimonio mundial en 1980. Cuando se creó habían 4450 habitantes, la mayoría, indígenas misquitos. Se dividió en dos áreas principales: un área núcleo dedicada a capacitación, investigación y turismo limitado; y un área de amortiguamiento dedicada a experimentación sobre uso sostenible. Esta reserva entre otros, sufre los embates del precarismo, tala de árboles, minería de oro clandestina, y problemas de turismo⁷⁰ poco planificado.

En Costa Rica la reserva de la biosfera fue designada en 1982; incluye 14 áreas protegidas establecidas; su principal componente es el parque internacional (Costa Rica-Panamá) La Amistad⁷¹, creado en 1979 y declarado patrimonio mundial en 1983. Del lado costarricense existen cinco reservas indígenas, y, dentro del plan de manejo, se les ha dado a los territorios que habitan la categoría de zona de uso tradicional. Unos 30.000 naso teribes⁷² y guaymies viven del lado panameño. La reserva enfrenta problemas de tenencia de la tierra, intereses privados por desarrollar el área y amenazas de construcción de represas hidroeléctricas, ya que se estima que el 50% del potencial hidroeléctrico del país se encuentra en esta zona.

Las áreas protegidas pueden ayudar a los pueblos indígenas a mantener sus recursos y su conocimiento tradicional⁷³. No se puede negar que estamos

⁷⁰ Veinte años atrás, muy pocos turistas visitaban la zona (entre 15 y 20 por año). Después de 1980, cuando se creó la Reserva de la Biosfera del Río Plátano, se inició la creciente llegada de visitantes eco turísticos en Las Marías, sobre todo extranjeros. Esto ha sido algo nuevo para nosotros y que no estábamos listos para manejarlo. Posiblemente, contribuyó la publicidad nacional e internacional sobre la creación de Biosfera. Toda la comunidad quería guiar a los turistas para recibir beneficios, lo que ocasionaba peleas, tensiones e información variable. Con la ayuda de algunas organizaciones internacionales, constituimos el Comité de Ecoturismo de Las Marías, que ha solventado algunos de los problemas. CADEHA, Tierras Nativas y Mopawi. Bonifacio Mejía y Martín Herrera. Comité de Ecoturismo Las Marías. Pág. 63.

⁷¹ El Parque Internacional la Amistad (PILA) está rodeado por varias reservas indígenas. En este sentido se determinó que el Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC) no mantiene debidamente demarcados los linderos del PILA. Ver, Contraloría General de la República de Costa Rica y Contraloría General de la República de Panamá. Informe Binacional sobre la Evaluación de la Gestión de las Autoridades Ambientales de Costa Rica y Panamá en el Manejo Integral del Parque Internacional la Amistad. Enero del 2004.

⁷² El 60% de las tierras que se encuentran dentro del parque internacional del lado panameño, corresponden a los naso teribe. Entrevista Heraclio López. Fundación Dobbo Yala, Panamá. Guatemala 22 de julio del 2000.

⁷³ La UNESCO publicó una estrategia que contiene recomendaciones para el desarrollo efectivo de las biosferas de países en desarrollo, dentro de sus metas se establece el uso de las reservas de biosferas para conservar la diversidad natural y cultural. Se recomienda que las reservas se conviertan en un medio para implementar el Convenio sobre la diversidad biológica. UNESCO. The Seville Strategy. 1996.

viviendo tiempos de grandes cambios culturales como resultado del desarrollo descontrolado y la falta de planificación. Los pueblos indígenas no son ajenos a esta realidad que ya los está afectando. Será necesario unir fuerzas entre los estados y los pueblos indígenas, entre ambientalistas e indígenas⁷⁴; sin embargo, esta unión se debe dar bajo la sombrilla del respeto mutuo, abriendo espacios para el diálogo y la participación. Será necesario desechar los modelos impositivos, permitiendo así que los pueblos indígenas decidan sobre sus territorios y formas de vida.

Una de las pocas legislaciones en el mundo que regulan la relación de áreas protegidas, territorios indígenas y acceso a los recursos genéticos reconociendo que existen traslapes entre territorios indígenas y áreas protegidas es el Reglamento de la Decisión 391 sobre un Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos de Bolivia -1997- en donde su artículo 32 establece claramente:

“Cuando el área protegida involucrada constituya además Tierra Comunitaria de Origen, y siempre que el recurso genético al que se quiera acceder se encuentre en el espacio geográfico ocupado por alguna población indígena de la región, el solicitante, sin perjuicio de lo suscrito en el artículo 30 del presente Reglamento⁷⁵, deberá suscribir con la Organización representativa de la comunidad o comunidades involucradas, un contrato Accesorio...”

Se entiende entonces que cuando existan pueblos indígenas cuyos territorios traslapen con áreas protegidas, el Estado antes de autorizar un acceso a los recursos genéticos comprobará que exista un contrato entre el solicitante de acceso a los recursos genéticos y el pueblo indígena. En este contrato se determinarán las obligaciones y derechos entre ambas partes contratantes. Aunque la suscripción de este tipo de contratos tiene efectos solo entre el solicitante y el pueblo indígena en cuyo territorio se pretende acceder a los recursos genéticos, los acuerdos que se tomen tienen fuerza de ley y su modificación, rescisión, resolución o nulidad puede tener los mismos efectos para el contrato principal de acceso a recursos genéticos establecido entre el Estado y el solicitante.

⁷⁴ En relación con este punto, pueden consultarse varios casos alrededor del mundo sobre áreas protegidas y territorios indígenas en Elizabeth Kemp Forework by Sir Edmund Hillary. *The Law of The Mother. Protecting Indigenous Peoples in Protected Areas*. Sierra Club, 1993. CAHDEA. *Primera Jornada Indígena Centroamericana sobre tierra, medio ambiente y cultura*. Honduras 1996.

⁷⁵ Artículo 30: “el acceso a recursos genéticos en Áreas Protegidas, sólo podrá realizarse previa suscripción de un Contrato Accesorio con la Dirección del Área Protegida involucrada, de conformidad con su plan de manejo, la categorización y zonificación de la misma y las normas legales vigentes sobre Áreas Protegidas”.

Es indispensable que en la nueva legislación sobre biodiversidad y acceso a los recursos genéticos que está aflorando se tomen en consideración medidas claras sobre cuál es la relación entre el Estado, el solicitante de acceso a los recursos genéticos y los pueblos indígenas. Como ya se documentó, es una realidad que los pueblos indígenas cohabitan en su gran mayoría con las áreas protegidas y no podemos negar que las áreas protegidas son uno de los principales sitios de acceso a los recursos genéticos. Algunas legislaciones regulan el acceso a los recursos genéticos en áreas protegidas en forma específica, sin embargo no dejan clara la relación entre estas y los territorios indígenas. Estos son solo algunos casos que se ha preferido mantener en Centroamérica⁷⁶, pero en Suramérica existen varios ejemplos de este tipo de intentos con mayores y menores indicadores de éxito⁷⁷.

El tema de gobernanza de las áreas protegidas identificando claramente cómo se ejerce el poder, cómo se toman las decisiones y cómo se da seguimiento y se rinden cuentas de las actuaciones será clave⁷⁸. Una nueva forma de entender las áreas protegidas es la tarea actual. Ya durante el V Congreso Mundial de Parques⁷⁹ se identificó que el alivio a la pobreza, la buena gobernanza y el manejo participativo son temas primordiales para la permanencia de las áreas protegidas. La necesidad de tener sinergia entre las metas de conservación y los intereses de los pueblos fue su tema principal.

Es preciso además, hacer una revisión de la legislación sobre áreas protegidas y adaptarlas a los conocimientos y reglas consuetudinarias que estos pueblos mantienen. En algunos casos será necesario considerar la posibilidad de devolver las tierras y reconocer el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras⁸⁰.

⁷⁶ Los grupos étnicos constituyen una proporción importante de las poblaciones rurales de Centroamérica. Su población total supera los 6,7 millones de habitantes de los cuales 5,3 millones viven sólo en Guatemala. Representa una quinta parte de la población centroamericana, y la mitad de la población de Guatemala. La coexistencia de los pueblos indígenas, y el bosque tropical en Centroamérica ha sido claramente cartografiada por Mac Chapin (1992). La mayoría de los pueblos originarios de Mesoamérica constituyen los custodios de una proporción considerable de los bosques tropicales lluviosos, pre-montano y montano. P.Girot. Pág.34.

⁷⁷ Con respecto a los ejemplos presentados y otros en Suramérica, se puede ver P. Poole. Op. cit., pág. 21 a 78.

⁷⁸ Según P.Madrigal el tema de gobernanza permite una categorización basada en las partes facultadas para la gestión de un área protegida, quienes tienen responsabilidad de sobre su manejo, pudiendo tener su origen entre otros en derechos consuetudinarios, jurídicos o legítimos. Al particular se identifican cuatro grandes categorías: áreas protegidas gubernamentales, áreas protegidas comanejadas, áreas protegidas privadas, áreas de conservación comunitarias. P. Madrigal, V. Solís. Comanejo. Págs 26,27.

⁷⁹ Ver recomendaciones 5.29, 5.24, 5.25, 5.16, 5.17 del Congreso Mundial de Parques. Durban, Sur África, 2003.

⁸⁰ Ver, Naciones Unidas. Consejo Económico. Informe del seminario de expertos sobre las

1.3 Territorios Indígenas y Áreas Protegidas desde la perspectiva de Latinoamérica

Durante la Primera Jornada Indígena Centroamericana se llegó a la conclusión de que el territorio es la base para el desarrollo de los pueblos indígenas, por lo que se exige su reconocimiento y legalización. El manejo de los recursos naturales, su aprovechamiento y conservación deben estar en manos de los pueblos indígenas, porque son quienes históricamente han demostrado su capacidad para convivir en armonía con ellos. Esto implica, además, que los proyectos en territorios indígenas que a su vez son áreas protegidas deben ser consultados y consensuados⁸¹ con los pueblos indígenas, y estos deben recibir la parte que les corresponde de los beneficios⁸².

Durante el Foro Latinoamericano de Biodiversidad, en 1996⁸³, se propone “que los estados, al definir políticas y al planificar el manejo de áreas naturales protegidas, reconozcan y den participación efectiva (incluida la asignación de recursos económicos para tal fin) a los pueblos indígenas y comunidades locales en la toma de decisiones durante las etapas iniciales y en las posteriores de implementación, ejecución y monitoreo. Esta acción incluye establecer sistemas de administración conjunta o de fideicomiso en esas áreas, a través de acuerdos, convenios u otro tipo de instrumentos definidos por los pueblos indígenas, comunidades locales y los gobiernos.

En este foro se recomendaron también tres aspectos que merecen la atención en relación con el tema tratado.

1. Que se reconozca a los pueblos indígenas el derecho de uso, incluida la restitución de sus territorios⁸⁴, de los sitios, áreas y territorios sagrados

experiencias prácticas en materia de derechos y reivindicaciones sobre tierras indígenas. Comisión de Derechos Humanos. Marzo de 1996.

81 Una de las conclusiones del “Foro Global de Biodiversidad” en 1993 fue que: se necesita un mayor esfuerzo para que se respete a los pueblos indígenas y que estos participen en los procesos de toma de decisiones, además se deben resolver las cuestiones de tenencia de la tierra de manera que se asegure una participación equitativa en el uso de los recursos y el reconocimiento de sus derechos. IUCN. Informe Foro Global de Biodiversidad. 1994.

82 CAHDEA. *op. cit.*, pág. 115-118.

83 Ver IUCN, Instituto de Recursos Mundiales, Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Fundación Pro Sierra Nevada de Santa Marta. Resumen de Memorias. Foro Latinoamericano de Biodiversidad. Colombia, 1996.

84 Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados. Los derechos de los pueblos a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de

o con especial significado espiritual existentes dentro de las áreas protegidas.

2. Que los pueblos indígenas, dentro del marco de autonomía, puedan establecer sus propias áreas de conservación y manejo diferentes de las del Estado y que los gobiernos deben proveer fondos para ello.
3. Que en procesos de negociación entre pueblos indígenas y gobiernos, en materia de restitución de territorios ancestrales o el establecimiento de áreas protegidas en áreas de reclamación territorial, se asigne prioridad a los derechos indígenas sobre el territorio.

Del análisis de las dos actividades citadas y sus conclusiones, se rescata que los indígenas en Centroamérica reclaman el manejo de los recursos naturales por haber demostrado capacidad para utilizarlos sosteniblemente y por estar estos dentro de sus territorios. El Foro de Biodiversidad, con una composición de participantes más mixta y amplia (Latinoamérica), propone, entre otros sistemas, el de administración conjunta, y da paso a áreas protegidas determinadas por los indígenas, además de indicar que el gobierno asignará fondos para fortalecer sus capacidades y entidades de investigación. Aquí se puede notar la diferencia de requerimientos sin implicar que los unos sean exclusivos de los otros. Ambos indican el derecho de participar en la toma de decisiones políticas y en proyectos, así como la restitución de tierras y territorios como elemento fundamental.

No es la función de esta investigación definir qué debe hacerse, eso es tarea de los pueblos indígenas con la voluntad de los gobiernos y del sector ambientalista. Hay algunas discusiones que se deben dar, como, por ejemplo, el comanejar en donde la autoridad, responsabilidad del área protegida - aunque sea territorio indígena- es compartida entre diversos actores o la de manejo comunitario en donde la responsabilidad y autoridad descansa sobre los representantes del pueblo indígena. Por otro lado, hay temas que no necesitan más discusión, el reconocimiento y la restitución de tierras es una cuestión más de voluntad política que de necesidad de más talleres y seminarios; el tema de inclusión de los pueblos indígenas en la toma de decisiones políticas y de proyectos tampoco requiere seguir llamando a reuniones sin fin, lo que se requiere es una estrategia para implementación de estos conceptos.

esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. Ver, artículos 13, 14, 15 y 16 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes. 1989.

Lo que se necesita es voluntad política, y esto solo se logra cuando los temas se ponen en la agenda política de los países, algunas veces con presión de la sociedad. Si el sector conservacionista y los pueblos indígenas se unen con objetivos mutuos, pueden llegar a formar una fuerza motora que beneficie a ambos. Las luchas indígenas no deben y no pueden quedar solo entre indígenas; se necesita de la fuerza motora de una sociedad para hacer cambios.

El prerrequisito de reconocimiento de tierras parece ser una condición para poder hablar de áreas protegidas dentro de territorios indígenas con el consentimiento de los pueblos indígenas⁸⁵. En caso contrario, los pueblos indígenas siempre sentirán una amenaza y una limitación cuando estas áreas son impuestas de “arriba hacia abajo”.

1.4 Territorios indígenas perspectiva legal

La tarea de reconocer el valor de las formas de vida de los pueblos indígenas y crear mecanismos para que en las áreas de conservación se respeten el derecho de estos pueblos todavía está en marcha. Desde inicios de los años noventa se han hecho esfuerzos más concertados para desarrollar principios y pautas tendientes a conciliar los derechos indígenas con las iniciativas de conservación.

Ahora es posible remitirse a documentos y tratados internacionales de derechos humanos, y a la jurisprudencia de las comisiones de derechos humanos de las Naciones Unidas que los interpretan, y afirmar que la legislación internacional actualmente reconoce los derechos de los pueblos indígenas a⁸⁶:

- a) autodeterminación;
- b) disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales y no ser privados en ningún caso de sus medios de subsistencia;

85 Para lograr que los pueblos indígenas puedan seguir viviendo armónicamente con la naturaleza, implica un reconocimiento a: 1) sus conocimientos de la naturaleza y del medio ambiente; 2) a las formas de uso del suelo; 3) a sus concepciones con respecto al espacio y a su modelo de ocupación y manejo del territorio. Los pueblos indígenas solo podrán ser protagonistas del manejo de los recursos naturales si se cumplen las siguientes condiciones: 1) seguridad legal sobre sus territorios, lo bastante amplia para manejar sus recursos. 2) Protección legal y oficial para los territorios. 3) poder para tomar sus propias decisiones con relación al manejo y uso racional de los recursos. 4) asistencia técnica y capacitación adecuada para adaptar sus sistemas tradicionales a las condiciones económicas del contexto. Ver, Davis, Shelton . Indigenous Land Tenure and tropical forest management in Latin America. D. Shelton, W. Partridge. Promoting the Development of Indigenous people in Latin America. Banco Mundial. Washington. D.C.

86 Al respecto ver Movimiento Mundial por los Bosques. Áreas Protegidas y Pueblos Indígenas por el movimiento mundial por los bosques. 29 de agosto, 2003.
Correo electrónico: wrm@wrm.org.uy Página web: <http://www.wrm.org.uy>

- c) poseer, desarrollar, controlar y usar sus tierras, territorios y recursos comunales, que tradicionalmente han poseído u ocupado de alguna otra forma;
- d) disfrutar libremente de su propia cultura y mantener sus formas de vida tradicionales;
- e) otorgar su consentimiento libre e informado previamente a que se realicen actividades en sus tierras;
- f) ser representados por sus propias instituciones y ejercer su propia ley consuetudinaria;

Sin embargo la ausencia de reformas legales y políticas con relación a los pueblos indígenas y sobre todo con respecto al reconocimiento de sus territorios y al derecho a su titularidad han dejado ver que los esfuerzos internacionales todavía no alcanzan el impacto esperado. Paralelamente pocas son las leyes ambientales que promueven un modelo de conservación en consonancia con los derechos indígenas. El análisis legal resultará diferente dependiendo del país al que hagamos referencia. Por ser el que más conozco me referiré al caso de Costa Rica en relación con los territorios indígenas. Se debe partir de la realidad de que, para tener derecho sobre la propiedad, hay que tener título legal válido sobre ella o un derecho posesorio que pueda ser reconocido mediante un juicio de información posesoria, cuyo fin es obtener el título de propiedad.

También hay que hacer una diferencia entre “*reconocer la propiedad*”, que es lo que hacen algunas constituciones y leyes de América Latina mediante enunciados como “se reconocen los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios”, y efectivamente otorgar un “*título de propiedad*” que acredite ese derecho para todo efecto legal⁸⁷. En pocas palabras, pasar del discurso a la práctica. ¿Cómo se puede reconocer un territorio que no está demarcado, del que no se conocen a ciencia cierta, sus linderos, o del cual no aparece ninguna referencia registral? Algunos dirán que estas son convicciones occidentales, y es cierto; pero también es cierto que son las válidas en nuestros sistemas de derecho, y guste o no, son las reglas que los

⁸⁷ En realidad el proceso de demarcar, titular y regularizar la tenencia de los territorios indígenas sigue siendo un proceso muy lento, porque los intereses económicos y las presiones sociales sobre la tierra siguen pesando fuertemente en el ámbito político, a pesar de que existen los instrumentos legales para ello. Por ejemplo en Brasil solamente el 13% de los 79 millones de hectáreas de territorios indígenas identificadas por la FUNAI han finalizado el procedimiento de titulación, mientras que un 41% de las 518 áreas indígenas relevadas por un estudio del CEDI/PETI en 1987, padecían el impacto de alguna actividad económica. Para los demás países, en lo que concierne a la población indígena amazónica y del Orinoco, no tenían títulos de propiedad el 91.5% de la población indígena de Bolivia, 29.8% en Ecuador, 19.7% en Colombia, 92.8% en Perú, 89.1% en Venezuela. Mertins, 1996. Citado por Chris van Dam. *La tenencia de la tierra en América Latina. El estado del arte de la discusión en la región*. UICN, Agosto de 1999.

pueblos indígenas, en la actualidad y hasta que se reconozca otra serie de derechos, necesitan aplicar.

Ante estas palabras me remito a los hechos, de 1994: personeros del pueblo indígena cabecar llegaron a consultar sobre un caso, para ellos, fuera de toda su comprensión. Un hombre no indígena y extranjero, al cual no conocían estaba reclamando, por vía legal, una importante porción de sus territorios porque alegaba que él tenía títulos sobre estas tierras antes de la declaración de Reserva Indígena. Lo único con que contaban los indígenas era con la notificación y con su palabra de que estos territorios eran suyos aun antes de que ninguna reserva fuera declarada.

Los Tribunales de Justicia de Costa Rica⁸⁸ han determinado con relación al reclamo por parte de no indígenas de tierras indígenas, en forma recurrente, que, de acuerdo con los presupuestos del ordenamiento jurídico, el derecho de indemnización del valor de un terreno declarado reserva indígena (territorio indígena) que podrían tener los particulares, lo tendrían sí, en su caso hubieran demostrado la posesión continua, nacida desde tiempo anterior al decreto que declaró dichos terrenos indígenas para fines agrícolas o de habitación, ejercida originalmente y transmitida sucesivamente desde esa fecha por personas no indígenas y entre ellas. Si las tierras bajo título legítimo estuvieren en dominio privado, el Estado debe indemnizar a su propietario en razón de que los territorios indígenas han sido declarados inalienables, imprescriptibles y no susceptibles de venta.

El caso más ejemplar sucedió con la Reserva Indígena Bribri de Cocles (Kekoldi), la cual fue delimitada en 1977 y que, según la Ley Indígena es inalienable e imprescriptible. En 1996⁸⁹ se modificaron los límites de la reserva indígena de Kekoldi, indicando que desde el primer decreto con que se estableció la reserva quedaron terrenos de parceleros no indígenas afectados por la delimitación, terrenos que de acuerdo a la Ley Indígena 6172 deben ser indemnizados. Con esta adecuación la reserva es reducida quitándole los terrenos que dan a la costa caribe, siendo estos de gran valor económico.

Al reducirse la cabida de la reserva en 1997 se les traspasa a los indígenas otros terrenos al oeste y sur de la reserva⁹⁰ (no con el mismo valor económico).

⁸⁸ Voto N. 591-35 y 592-35 Tribunal Superior Contencioso Administrativo. 6 de abril de 1983, Voto 589-35 Juzgado Segundo de los Contencioso Civil y Hacienda. 1990.

⁸⁹ Decreto N. 25296-G. Presidente de la República y el Ministerio de Gobernación y Policía. 24 de junio de 1996.

⁹⁰ Afirman que el Decreto Ejecutivo 7736 de 20 de setiembre de 1997, con base en el artículo 2º agregó a la jurisdicción de Cocles nuevas áreas.

En el 2001 mediante el decreto ejecutivo No. 29956-G se plantea una nueva reformulación a los linderos establecidos.

No es la intención de este trabajo entrar a detallar si los poseedores tenían o no derechos - este hecho todavía se discute en la zona -, ciertamente la costa estaba habitada por afrocaribeños que llegaron al Atlántico en tiempos de la construcción del ferrocarril y, aun antes, por mar, procedentes de islas del Caribe⁹¹. En el año que se hace la adecuación territorial de la reserva - 1996 - estas tierras ya estaban, en su mayoría, en manos de extranjeros y de nacionales que no eran indígenas o afrocaribeños. Se aduce también que los indígenas fueron consultados y que aceptaron, y que por esta razón no hay violación del Convenio 169, hecho sobre el cual todavía subsiste polémica dentro de la misma población indígena.

Es posible que en alguna medida se resolviera un viejo conflicto de límites. Sin embargo, la parte negativa de este caso es que se sienta un precedente para poder cambiar la medida y los linderos de las reservas indígenas, incluso para cambiar unas tierras por otras. Esto demuestra que la actual Ley Indígena tiene poco peso, y que el Convenio 169 no surte los efectos deseados cuando reina el caos y la confusión entre la misma población indígena. Esto se suma claramente a la falta de recursos para asistencia legal en tiempo.

Los pueblos indígenas tienen que seguir luchando por obtener títulos claros y demarcaciones efectivas de sus territorios. Es preciso también hacer mención a que estos títulos pueden ser comunales y no necesariamente individuales que en algunos casos han llevado a la pérdida de los territorios indígenas.

1.5 Áreas protegidas perspectiva legal

Se puede advertir que en los últimos años pareciera existir un consenso en que ciertos ecosistemas deben protegerse con fines científicos, turísticos o culturales y que le corresponde al estado la función de mantenerlos y cuidarlos. El Estado impone las áreas protegidas⁹² en razón del interés público⁹³; sin embargo, ya han dicho los Tribunales de Justicia de Costa

⁹¹ William Smith y su familia fueron los primeros Afrocaribeños de habla inglesa que se establecieron en la costa de Talamanca, Costa Rica en el año 1828. Paula Palmer. "Wa'apin man" La historia de la costa talamancaña de Costa Rica, según sus protagonistas. Costa Rica. 1986, Pág 23.

⁹² Sobre el marco legal internacional en relación con áreas protegidas, me remito a la ilustre obra de Cyrille de Klemm, en colaboración con Clare Shine, Biological diversity conservation and the law. Legal mechanisms for conserving species and ecosystems" UICN, 1993.

⁹³ Las limitaciones o límites que es posible imponer a la propiedad son las de interés social que autoriza el artículo 45 de la Constitución Política en beneficio de la sociedad. Son limitaciones y no despojos de su atributo primario de dominio, ni privación de propiedad.

Rica⁹⁴ que, si la limitación es de tal grado que detrae el bien de su valor económico y lo detrae del comercio de bienes inmuebles, el Estado debe indemnizar el perjuicio causado.

Esto quiere decir para el caso costarricense que el Estado puede poner áreas protegidas, pero, si, por ejemplo, estas son con la categoría de parques nacionales, y dentro de este terreno hay personas que tienen derechos de propiedad⁹⁵, el Estado tiene la obligación de indemnizar, porque está afectando el goce pleno de la cosa. Sin embargo, en otro tipo de áreas protegidas, como por ejemplo refugios de vida silvestre, que pide a los propietarios dentro de estos que soliciten permisos para ciertos actos, se considera que esta limitación no tiene tanta severidad, y, por lo tanto, el Estado no tiene que indemnizar. Debe indemnizar solamente cuando la afectación es tan grave que imposibilita el uso de la cosa en forma total.

Este criterio podría aplicarse a situaciones en donde se establezca un parque nacional dentro de territorio indígena. Sin embargo, se tendría que cumplir con el requisito de titularidad. Es necesario que todas las comunidades indígenas cuenten con su título de propiedad debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad de acuerdo al decreto que establece los límites de su territorio. ¿Cuánto, entonces costaría a un gobierno declarar un Parque Nacional dentro de un territorio indígena? Por supuesto, imponer un parque dentro de reserva indígena que limite el desarrollo de los pueblos indígenas no puede ser compensado con dinero, y creer que con esto termina la responsabilidad social. Pero aquí caemos nuevamente en el dilema de que si bien todos somos iguales antes la ley es necesario reconocer que hay diferencias culturales, y que, en el caso de pueblos indígenas, no es posible sin un consentimiento fundamentado previo poner parques nacionales u otras categorías de manejo dentro de sus territorios.

Por otro lado, las áreas protegidas han sido catalogadas como un sistema de tenencia de la tierra, que puede contener propiedad privada, pública o la combinación de ambas. En este sentido, una persona con propiedad "privada" puede pedir al estado que le declare su propiedad bajo alguna categoría de área protegida, sometiéndose voluntariamente a una serie de limitaciones a favor de la conservación. El viejo concepto de que las áreas protegidas son únicamente propiedad estatal cada vez es más superado, incluso recayendo la administración de estas tierras en organizaciones

⁹⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto No. 796-91, 26 de abril de 1991.

⁹⁵ Ver, J.McNeely; G.Ness. People, parks, and biodiversity: issues in populations environment dynamics. 1996.

no gubernamentales o en manos privadas⁹⁶. Es posible entonces que en los territorios indígenas en áreas protegidas entendidos como propiedad privada de sus propietarios con limitaciones de uso con fines culturales y de conservación pueda existir un manejo comunitario en donde la autoridad de administración resida en el mismo pueblo indígena.

1.6 La Acción de la UICN

La Unión Mundial para la Naturaleza -UICN- adoptó en 1996 por resolución 1.53 sobre pueblos indígenas y áreas protegidas⁹⁷ que se promueva una política basada en los siguientes principios:

1. Reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas para con sus tierras, territorios y recursos que se encuentran en el interior de áreas protegidas.
2. Reconocimiento de la necesidad de llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas antes de establecer áreas protegidas en sus tierras o territorios.
3. Reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas interesados en participar efectivamente en la gestión de las áreas protegidas establecidas en sus tierras o territorios, y de ser consultados antes de la adopción de cualquier decisión que afecte a sus derechos e intereses sobre esas tierras o territorios.

En el año 2001 la UICN y el WWF-internacional elaboraron Directrices sobre los Pueblos Indígenas y Tradicionales y las Áreas Protegidas⁹⁸ que en parte responden a la necesidad de dar seguimiento a las recomendaciones emanadas del IV Congreso Mundial de Parques realizado en Venezuela en 1992 en donde se hace un llamado a elaborar políticas que salvaguarden los intereses de los pueblos indígenas y se tomen en consideración sus prácticas consuetudinarias.

⁹⁶ Son refugios de vida silvestre, los que el Poder Ejecutivo declare o haya declarado como tales, para la protección e investigación de la flora y la fauna silvestres. Existen tres clases de refugios: A) refugios de propiedad estatal, refugios de propiedad mixta, refugios de propiedad privada. Los propietarios que reúnan las condiciones pueden solicitar al Ministerio del Ambiente su clasificación como tales. Ver, Ley de Conservación de la Vida Silvestre. Costa Rica 1992 y sus reformas. Ver, C.Chacón. Conservación privada en Costa Rica. Centro de Derecho Ambiental. Costa Rica, 1998. IUCN; World Resources Institute; Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo. Inversión Privada, como mecanismo para el desarrollo forestal sostenible en las Américas. 1996.

⁹⁷ Congreso Mundial de la Naturaleza. Montreal, Canadá. 1996

⁹⁸ J. Beltrán. Pueblos Indígenas y Tradicionales y Áreas Protegidas. Principios, Directrices y Casos de Estudio. Unión Mundial para la Naturaleza y WWF Internacional. 2001. Disponibles en sitio http://www.iucn.org/themes/wcpa/pubs/pdfs/Indig_people.pdf

Dando seguimiento a estas acciones durante el V Congreso Mundial de Parques, celebrado en Durban (Sudáfrica) del 8 al 17 de septiembre de 2003, se aprueba la Resolución 5.24 que recomienda, entre otros, que los gobiernos, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, las comunidades locales y la sociedad civil:

- Velen porque en las áreas protegidas existentes y futuras se respeten los derechos de los pueblos indígenas y porque el establecimiento de áreas protegidas se base en el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas⁹⁹, y porque se lleve a cabo una evaluación previa del impacto social, económico, cultural, y ambiental, con la plena participación de los pueblos indígenas;
- Establezcan y hagan cumplir leyes y políticas apropiadas para proteger los derechos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas con respecto a sus conocimientos tradicionales, sus sistemas de innovación y sus recursos culturales y biológicos, así como para penalizar todas las actividades de biopiratería; y que reconozcan y garanticen los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y aguas ancestrales; y apliquen mecanismos para reparar toda injusticia histórica provocada por la creación de áreas protegidas, prestando especial atención a los derechos de tenencia de la tierra y el agua, así como a los derechos históricos o tradicionales a acceder a los recursos naturales y a los lugares sagrados en las áreas protegidas;
- Establezcan mecanismos participativos para la restitución a los pueblos indígenas de las tierras, los territorios y los recursos que se les hubiera arrebatado al establecer áreas protegidas sin su consentimiento libre, previo e informado, y para proporcionarles compensaciones justas y rápidas sobre la base de acuerdos alcanzados de una manera plenamente transparente y apropiada desde el punto de vista cultural;
- Velen por el respeto de la autoridad de los pueblos indígenas en materia de toma de decisiones y presten apoyo a su gestión y conservación de los recursos naturales en las áreas protegidas, reconociendo, cuando proceda, la función central de las autoridades tradicionales, así como de las instituciones y organizaciones representativas; y que se integren los sistemas de conocimientos y de educación de los pueblos indígenas en las actividades de interpretación y educación sobre los valores naturales, culturales y espirituales de las áreas protegidas;

⁹⁹ Se hace también un llamado a que pongan término a todos los reasentamientos forzados y a todas las expulsiones de pueblos indígenas de sus tierras que guardan relación con las áreas protegidas, así como a la sedentarización forzada de los pueblos indígenas móviles.

- Creen y promuevan incentivos para apoyar a las áreas protegidas declaradas y administradas por los propios pueblos indígenas, así como otras iniciativas de conservación encaminadas a proteger las tierras, las aguas, los territorios y los recursos frente a las amenazas exteriores, incluidas las de explotación; y garanticen procesos de negociación abiertos y transparentes;
- Velen porque las áreas protegidas promuevan un alivio de la pobreza y una mejora del nivel de vida de las comunidades que viven en los parques y sus alrededores mediante mecanismos eficaces y acordados de distribución de los beneficios.

La tarea por hacer es grande; sin embargo, se está llegando al entendimiento que la existencia de las áreas protegidas solo será posible si los derechos de los pueblos son respetados. El reconocimiento de que los pueblos indígenas y las comunidades locales deben poder acceder a los beneficios asociados con las áreas protegidas que son también su hogar es un reto pendiente. El tiempo no ha pasado en vano, se ha avanzado en este entendimiento, sin embargo es necesario poner en práctica muchos de estos conceptos.

2. Historia de la diversidad biológica como recurso comercial

2.1 La Diversidad Biológica

La Diversidad Biológica se considera como una parte esencial para el alivio de la pobreza y para alcanzar el desarrollo sostenible. El reto que enfrentamos es cómo conservar, utilizar y distribuir equitativamente los beneficios de la biodiversidad.

Según la base de datos mundial de biodiversidad hay aproximadamente un millón setecientos mil especies vivas de todos los tipos de organismos que se conocen actualmente¹⁰⁰. Más de la mitad de las especies de plantas y animales viven en bosques tropicales ubicados en su mayoría en países en desarrollo. Sólo Brasil posee cerca del 22% del total de plantas existentes en el planeta. Apenas cuatro países Brasil, Congo, Indonesia y Madagascar poseen el 75% de especies de primates (macacos) del mundo. En Indonesia, Filipinas, Australia, Madagascar y Ecuador se pueden encontrar ecosistemas marinos únicos en el planeta¹⁰¹

¹⁰⁰ Expert Center for Taxonomic identification. En www.eti.uva.nl

¹⁰¹ Marcelo Szpilman. Agosto de 1998.

<http://www.uol.com.br/instagua/info23.htm>: Consultada en enero del 2002.

En Mesoamérica hay una representación del 7% al 10% de las formas de vida conocidas y un 17% de las especies terrestres conocidas. Tiene aproximadamente 24.000 especies de plantas vasculares de las cuales el 21% son endémicas. Posee 521 especies de mamíferos de las cuales el 40% son endémicas¹⁰². Costa Rica que se encuentra entre los países biológicamente diversos tiene cerca de quinientas mil especies que representan un 4% de la biodiversidad del mundo¹⁰³.

La capa de vida que cubre el planeta en términos de especies es importante ya que sus genes pueden proporcionar nuevos medicamentos y mejores cultivos. Lo que implica a su vez la necesidad de impulsar la investigación científica por la búsqueda de nuevas especies que puedan servir como una fuente de desarrollo sostenible.

Como indica R.Gámez “el poder conocer y utilizar la diversidad biológica de manera sustentable no es sencillo, requiere de la comprensión de aspectos científicos y tecnológicos a los que se suman consideraciones de carácter político y económico”¹⁰⁴.

2.2 La Diversidad Biológica en la esfera económica

El término “diversidad biológica” o “biodiversidad” ha cobrado relevancia no solo dentro de las ciencias naturales, sino también en la esfera económica y social¹⁰⁵. Los posibles usos prácticos y el valor de la diversidad biológica son, hasta el momento, mayoritariamente desconocidos.

La diversidad biológica siempre ha tenido un valor para los pueblos indígenas pero se dirige a los mercados locales, al trueque y al autoconsumo. Son economías de subsistencia que deben superar y satisfacer una serie de necesidades básicas para poder ser tratados de la misma manera que los usos comerciales¹⁰⁶.

¹⁰² Universidad de Costa Rica. *Mesoamérica en Cifras*. Observatorio del Desarrollo Sostenible. San José, Costa Rica. 2002.

¹⁰³ W.Reid y otros. *Prospección de la Biodiversidad*. Pág. 62

¹⁰⁴ *Ibidem*, pág. xi.

¹⁰⁵ Biodiversidad es más un término de carácter político creado para facilitar la conservación de la naturaleza a través de su aprovechamiento y para promover el interés focal en los aspectos de usos sostenibles de los recursos naturales renovables a nivel de tomadores de decisión. Dentro del Convenio de Diversidad Biológica se reconoce el valor económico intrínseco de los elementos que la componen. El término biodiversidad surge de la necesidad de conservar los componentes de la naturaleza para el bienestar de los seres humanos. V. Solís, P. Madrigal. *Uso sostenible de la biodiversidad en Mesoamérica: hacia la profundización de la democracia*. UICN, 1997. Pág. 13.

¹⁰⁶ Siendo consecuentes con las ideas, se afirma que la biodiversidad ya tiene un valor para las comunidades indígenas. Necesitan agua potable, caminos, acceso al crédito, educación, salud. Ver, V. Solís; P. Madrigal. Pág. 20, 21, 22.

Según el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente¹⁰⁷, “los alimentos, fibras, plantas ornamentales y materia prima de origen biológico constituyen casi la mitad de la economía mundial”. Se entiende con esto que los recursos biológicos son un capital con un gran potencial económico.

Para que estos recursos tomen un valor comercial, en algunos casos es necesario asociarlos a la biotecnología, que es definida en la Agenda 21 como “conjunto de técnicas que permiten lograr cambios concretos introducidos por el hombre en el ácido desoxirribonucleico (ADN), es decir, material genético de plantas, animales y sistemas microbianos, hasta lograr productos y tecnologías útiles”¹⁰⁸. El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) define, en su artículo dos, la biotecnología como toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos. Con la aclaración que la tecnología incluye la biotecnología, reconoce lo que para algunos países es evidente.

La biotecnología ha sido comprendida por muchos únicamente como biotecnología moderna, que está, sobre todo, en las manos de los países desarrollados y que promete una contribución¹⁰⁹ al desarrollo humano¹¹⁰. Pero existe otro tipo de biotecnología: la “*biotecnología tradicional*”¹¹¹, que son

¹⁰⁷ UNEP. Report of Panel I. Priorities for Action for Conservation and Sustainable Use of Biological Diversity. 1993. Un Doc. UNEP/Bio.Div/N5-inc.3/3.

¹⁰⁸ Según L. Glowka, dentro de las nuevas técnicas se encuentran el cultivo de tejidos, la fusión celular, la transferencia de embriones, técnicas de ADN recombinante, nuevas técnicas de bioprocesamiento y almacenamiento de material genético. Para muchas personas la ingeniería genética es la biotecnología. Con las técnicas de la ingeniería genética se puede insertar un gen con un rasgo particular de un organismo a otro, este potencial ha capturado la imaginación de muchos y ha aumentado la preocupación en relación a la seguridad para salud, y el ambiente. Guía del Convenio sobre la Diversidad Biológica. UICN, 1996. La ingeniería genética es uno de los campos en los que más controversia existe, en relación a la posibilidad de patentar ciertas formas de vida, los derechos sobre los recursos genéticos y la participación en los beneficios que estas invenciones generen por parte de los propietarios de los recursos, que según el CDB, son los países de origen y las comunidades que se han encargado de conservar y desarrollar conocimientos a partir de la biodiversidad. Ver, International Centre for trade and sustainable development. Biodiversidad y propiedad intelectual: biodiversidad y Biotecnología. Revista Puentes. Vol.3, No.2 setiembre- octubre, 2000.

¹⁰⁹ Algunas técnicas modernas se utilizan actualmente para ayudar a conservar la diversidad biológica y utilizar sosteniblemente sus componentes, en particular, recursos genéticos. L.Glowka.

¹¹⁰ El desarrollo tecnológico basado en el desarrollo de capacidades para manejar tecnologías y evaluar implicaciones de sus aplicaciones permitiría un uso eficaz de la tecnología existente y del avance tecnológico en el futuro. Esta premisa es una característica central de la CDB y también uno de los temas que ha causado más discrepancia debido a las implicaciones económicas, políticas, de seguridad y a los potenciales cambios en el balance de poder norte y sur que implica el concepto. Informe del I. Foro Global de Biodiversidad. UICN, 1994. Pág. 72.

¹¹¹ Las técnicas tradicionales se diferencian de las técnicas modernas en cuanto a su sofisticación y

las técnicas convencionales¹¹² y los conocimientos transmitidos de generación en generación que ya han dado al mundo múltiples beneficios.

Los dueños de la biotecnología moderna, no habían sido requeridos para compartir los beneficios¹¹³ derivados de los recursos genéticos¹¹⁴ que provienen de países de origen o de comunidades o pueblos indígenas por medio del conocimiento tradicional. En este momento, el tema está siendo discutido principalmente por países en desarrollo que se encuentran estructurando legislación nacional¹¹⁵ como mecanismo para implementar el CDB¹¹⁶.

La distribución de beneficios no es equitativa, los países desarrollados tienen en su poder la tecnología¹¹⁷, y los países en desarrollo por lo general tienen

magnitud. Ejemplos de ellas son la producción de soya, pan, vinos, quesos, cerveza, compuestos medicinales, chicha.

112 Los nativos amazónicos han desarrollado complicadas y variadas tecnologías para preparar alucinógenos, venenos para cazar basándose en plantas o animales. Cerca de cien especies de plantas fueron domesticadas en la Amazonía y zonas tropicales inmediatas. La más importante de ellas la yuca o mandioca, de la que distinguen variedades dulces y amargas. De ella se cultivan 140 variedades; se preparan 14 formas de alimentos y 13 formas de bebidas. Comisión Amazónica de Desarrollo y Medio Ambiente. Amazonía sin Mitos. BID, PNUD. (sin fecha). Pág. 30.

113 El CDB al respecto, en su artículo 18 (4) indica, de conformidad con la legislación nacional, las políticas nacionales y como una forma de cumplir con los objetivos del Convenio llama a las Partes Contratantes a fomentar y desarrollar métodos de cooperación para el desarrollo y utilización de tecnologías, incluidas las tecnologías autóctonas y tradicionales. Este artículo hace un llamado precisamente a la cooperación entre estados, pero su rasgo más relevante es que reconoce dos tipos de tecnologías: las de los países desarrollados o modernas y las que son utilizadas por los pueblos indígenas, llamadas autóctonas o tradicionales.

114 Ver, K.Stones; J.Mugabe. Biotechnology, TRIPs and the Convention on Biological Diversity. UNEP, Marzo de 1999. Borrador sin editar.

115 Ver, M. Ruiz. La diversidad biológica y algunas consideraciones obre acceso a recursos genéticos, propiedad intelectual y transferencia de tecnologías. Documento preparado para el seminario "Tecnología y Financiamiento del Sector Agropecuario". Lima, Perú. Febrero 1996.

116 En un panel de discusión denominado "Biotecnología: retos y oportunidades" realizado por el Centro Internacional de Comercio y Desarrollo sostenible, UNTAC y el "South Centre". Los panelistas acordaron la importancia de hacer un balance entre los beneficios y los riesgos de la biotecnología en el proceso de decisión política. Mientras consideraciones de riesgo y medidas precautorias fueron vistas como elementos esenciales, igualmente importante fue el asegurar la evaluación de posibles beneficios en la biotecnología para la salud y el ambiente. Los países en desarrollo fueron urgidos a ser parte del Protocolo de Cartagena en orden de resguardar sus intereses y desarrollar este instrumento. Adicionalmente fue reconocida la necesidad de ayudar a los países a establecer capacidad investigativa, así como la creación, implementación y aplicación de políticas nacionales de biotecnología. BRIDGES Weekly Trade News Digest - Vol. 4, Number 47 12 December, 2000.

117 Una manera de obtener el desarrollo económico es la transferencia y adquisición de tecnología. La venta y transferencia de derechos exclusivos, toma forma a través de relaciones legales entre el dueño del derecho exclusivo y la persona o entidad que adquiere esos derechos. Esas relaciones son esencialmente contractuales. Dentro de los sistemas de derechos de propiedad intelectual hay dos métodos legales utilizados para la transferencia de tecnología: 1) el "assignment",

la materia prima en los recursos naturales que en ellos se encuentran¹¹⁸. Aunque a simple vista pareciera que ambos tienen en sus manos dos partes importantes y prometedoras, hay que analizar algunos otros elementos que se suman a esta realidad.

Si bien los países ricos en biodiversidad, combinados con tecnología apropiada¹¹⁹, pueden dar resultados prometedores, también es cierto que existen muy pocos controles o controles adecuados para el acceso directo a los mencionados recursos. Tampoco existen reglas claras en cuanto al valor económico de estos recursos.

Por otro lado, tener la materia prima sin tecnología al alcance de poco sirve. Este es lema que se ha vendido por años; sin embargo, en este momento también se comienza a cuestionar de qué sirve la tecnología sin materia prima. Los países con biodiversidad comienzan a salir de la resignación y recientemente experimentan cómo serían los cimientos de una nueva base de negociación.

Esta nueva perspectiva debe ser vista no como un confrontamiento, sino como una búsqueda justa con beneficios equitativos que mejoren la salud y la alimentación de los habitantes del mundo. Los países con biodiversidad no deben seguir recibiendo, a precios inalcanzables para la mayoría de las comunidades, medicamentos que han tenido como base alguna planta de sus selvas tropicales o en las que se ha utilizado el conocimiento tradicional asociado al recurso.

Todo esto se une, en el plano nacional e internacional, a la necesidad de promover una distribución justa y equitativa de beneficios; al deber de reconocer la fuente de origen cuando se tuvo acceso a estos recursos en primera instancia, por inducción del conocimiento tradicional de alguna población indígena o rural que ya usaba la planta naturalmente para curar alguna dolencia.

cuando todos los derechos son transferidos sin ninguna restricción. 2) la licencia: se otorga un permiso de uso para realizar uno o más actos y generalmente están sujetos a un espacio geográfico y tiempo. Ver, OMPI. Intellectual Property needs and expectations of traditional knowledge holders. Pág 51, assignment, licensing and technology transfer. Julio 3, 2000.

118 Ver, A.Yusuf. Technology and genetic resources: is mutually beneficial access still possible? 1993.

119 Ver, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Directrices técnicas internacionales del PNUMA sobre seguridad de la biotecnología. 1995.

Capítulo II

Definición de Conceptos

1. Definición de diversidad biológica

El CDB¹²⁰ define la diversidad biológica como “la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres, marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte, comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas”.

La diversidad biológica ha sido explicada¹²¹ como la variedad de formas de vida que ocupan determinada región, la función ecológica que llevan a cabo y las variedades genéticas que contienen. La diversidad genética está íntimamente relacionada, puesto que los genes¹²² son la fuente fundamental de la variedad biológica en todos los niveles biológicos. La diversidad de especies es la variedad de tipos de animales y plantas en un ecosistema. El ecosistema¹²³, a su vez, es el conjunto o sistema formado por una o más comunidades de seres vivos con el medio físico¹²⁴ que los rodea en una zona determinada.

Tanto la Ley de Biodiversidad de Costa Rica¹²⁵, como el borrador de Ley de Biodiversidad de Nicaragua, amplían la definición de diversidad biológica dada por el CDB agregando, como parte de ella, los elementos intangibles. En el caso de Nicaragua, define - artículo 2 - a la diversidad biológica dividiéndola en dos elementos: 1) tangibles: ecosistemas, especies y genes; 2) Intangibles: los conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas, comunidades étnicas y locales que entrañen estilos tradicionales

¹²⁰ Artículo 2.

¹²¹ Alfonso Mata, Franklin Quevedo. Diccionario Didáctico de Ecología. Universidad de Costa Rica, 1990.

¹²² La diversidad a escala de especie remite a la variedad de genes y genomas.

¹²³ Según el artículo 2 del CDB, el Ecosistema es “un complejo, dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional”.

¹²⁴ Incluyen el agua, el aire, los minerales y los nutrientes.

¹²⁵ Ley 7788 del 30 de abril de 1998.

de vida que contribuyan a la conservación y a la utilización sostenible de la diversidad biológica.

Costa Rica indica que se entenderán, para efectos de la Ley, como comprendidos en el término “biodiversidad” los elementos intangibles, como lo son el conocimiento, la innovación y la práctica tradicional, individual o colectiva con valor real o potencial asociado a recursos bioquímicos y genéticos, protegidos o no por los sistemas de propiedad intelectual o sistemas sui generis de registro.

Los países andinos en la Decisión 391 del Acuerdo de Cartagena¹²⁶, definen la biodiversidad afirmando que esta comprende la diversidad existente dentro de cada especie, entre las especies y ecosistemas, como resultado de procesos naturales y culturales¹²⁷.

Estas definiciones, aunque se salen del significado propiamente científico, marcan una importante diferencia en la forma en la que se tendrá que interpretar el texto de la ley para todos sus efectos. En Costa Rica y en la Propuesta de Nicaragua se incluye el elemento intangible “conocimiento”, la de los países de la Comunidad Andina de Naciones incluyen procesos culturales¹²⁸. En las Filipinas, la Orden Ejecutiva número 247¹²⁹, por el

126 Artículo 1: Diversidad biológica: variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otros, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos, así como los complejos ecológicos de los que forman parte. Comprende la diversidad existente dentro de cada especie, entre las especies y ecosistemas, como resultado de procesos naturales y culturales.

127 Concepto que es retomado por el borrador de Ley sobre la Conservación y Usos Sustentables de la Biodiversidad en el Ecuador, dentro de su definición de biodiversidad (artículo 2) indica “... la diversidad dentro de cada especie, entre especies y de los ecosistemas, como resultado de procesos naturales y culturales”. Aunque, no se incluye expresamente el componente intangible, deja referencia a que la “diversidad” puede ser producto de procesos culturales. Borrador final de discusión, 15 de mayo 2000.

128 El concepto de diversidad parte de un núcleo de características biológicas, para convertirse en una definición que abarca aspectos políticos, económicos, sociales, éticos y jurídicos. Incluye elementos tangibles, como lo son los genes, especies y ecosistemas; así como los elementos intangibles, compuestos por conocimientos, prácticas e innovaciones asociados que determinen su uso y valor. La Conservación de la diversidad biológica en su conjunto no puede ser alcanzada, deben establecerse prioridades, de acuerdo con los objetivos nacionales (locales) cuya definición es un proceso de toma de decisión política. En este punto si bien es cierto los aspectos técnicos son relevantes no son los que determinan la decisión. V. Solís, P. Madrigal y otros. Usos sostenibles de la Biodiversidad en Mesoamérica. UICN, 1996. Pág. 13. Ver, J. Cabrera; V. Solís; T. Tuomasjukka. Biodiversidad su tratamiento en Centroamérica. Fundación Ambio, UICN. 1995.

129 Apéndice A. Definición de Términos. Diversidad biológica: la variabilidad entre organismos vivos de todas formas, incluidos la terrestre, marina, otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los cuales son parte. Esto incluye diversidad de especies entre especies y ecosistemas.

contrario, se apega a la definición dada por el CDB, en donde se incluyen los aspectos meramente científicos del significado de diversidad biológica.

Uno de los componentes de la biodiversidad es el material genético¹³⁰. Esto es, según el CDB, “todo material de origen vegetal animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de herencia”. Dentro del presente trabajo nos referiremos a los términos “recursos genéticos”, que incluyen la apropiación de plasma germinal, como semillas, espermatozoides, células y partes de un organismo.

2. Definición de conocimiento tradicional

Por muchos años se ha olvidado de que los seres humanos han estado produciendo conocimiento y estrategias permitiéndoles sobrevivir en una relación equilibrada con su ambiente natural y social. El conocimiento tradicional es el conocimiento local que es único a una cultura o a una sociedad. Otros nombres con el que se le conoce son: conocimiento local, conocimiento popular, conocimiento de la gente, sabiduría tradicional o ciencia tradicional. Este conocimiento es pasado de generación en generación, mayormente en forma oral y por rituales culturales, y ha sido la base para la agricultura, la preparación de alimento, el cuidado médico, la educación, la conservación y la amplia gama de actividades que sostienen a sociedades en muchas partes del mundo¹³¹.

El conocimiento indígena tradicional¹³² se encaja en la comunidad y es único a una cultura, a una localización o a una sociedad dada. El término refiere al conocimiento y las habilidades (de los sistemas indígenas del conocimiento, sus prácticas y su tecnología indígena) que se han desarrollado fuera del sistema educativo formal, y que permite a comunidades sobrevivir. Mientras que el conocimiento indígena se relaciona de cerca con la supervivencia y la subsistencia, proporciona una base para la toma de decisión en el ámbito local en: seguridad del alimento, salud humana y animal, educación, y gerencia de recurso natural.

130 El borrador de Ley de Biodiversidad de Nicaragua del 09-03-2000, indica que material genético es: todo material de origen vegetal, animal o microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de herencia. Artículo 8.

131 D. Nakashima; L. Pratt; L. y otros UNESCO 2000.

132 Algunos autores hablan también sobre conocimiento ecológico tradicional entendido como el “cuerpo acumulativo del conocimiento, de la práctica, y de la creencia, desarrollándose por procesos adaptantes y dada a través de las generaciones por la transmisión cultural, sobre las relaciones de seres humanos el uno con el otro y con su ambiente. Berkes, Fikret. Traditional Ecological Knowledge in Perspective. 1993.

Este conocimiento es dinámico, resultado de un proceso continuo de la experimentación, innovación, y adaptación. Tiene la capacidad de poder mezclarse con el conocimiento basado en ciencia y tecnología, y debe por lo tanto ser considerado complementario a los esfuerzos científicos y tecnológicos.

Si comparamos el conocimiento científico con el tradicional, el conocimiento ecológico tradicional por lo general constituye un conjunto de experiencias que no tienen una metodología, terminología o sintaxis propuestas de manera consensuada y carece del apoyo socio-político y económico necesario para generar más y mejor conocimiento. Sin embargo, ambos tipos de conocimiento tratan de resolver los problemas suscitados por su ámbito de experiencia y ambos usan esta experiencia para verificar la corrección de sus propuestas. El hecho es que ambos conocimientos tienen dominios culturales diferenciados y asimétricos y presentan distintos grados de impacto social. Sin embargo, pueden perseguir objetivos similares como los de utilización sostenible de los recursos naturales.

Desde un punto de partida legal generalmente cuando se hace referencia al conocimiento, este se nombra conjuntamente con innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas y comunidades locales, términos a los que hace referencia el CDB en su artículo 8 (j)¹³³. Sin embargo, todos tienen un significado diferente, aunque existen algunas similitudes que los unen.

Según M. Ruiz, “conocimiento” son las ideas y el entendimiento de cómo algo funciona. “Innovaciones” son el material, las invenciones¹³⁴ o los

133 La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual ha utilizado el término de “expresiones del folklore” que se desprende de “Disposiciones Tipo para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones de Folklore contra la Explotación Ilícita y otras Acciones Lesivas” de 1982. El concepto de “expresiones del folklore” ha sido definido en esta normativa modelo como: producciones compuestas por elementos característicos del patrimonio artístico tradicional desarrollado y mantenido por una comunidad o por un individuo reflejando las expectativas artísticas tradicionales de esa comunidad. Diez años después, 1992 el Convenio sobre la Diversidad Biológica utiliza los términos “conocimiento tradicional” e “innovaciones prácticas”, y el preámbulo del borrador de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas utiliza los conceptos de “conocimiento indígena, cultura y prácticas tradicionales” refiriéndose ambas a una interpretación más amplia que incluye conocimiento médico y agricultura tradicional. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Borrador de Reporte sobre propiedad intelectual y conocimiento tradicional, pág 3.

134 Las invenciones son soluciones nuevas a problemas técnicos, pero no es esta una definición oficial. La mayor parte de las legislaciones que abordan la protección de las invenciones no definen la noción de invención. Sin embargo, la Ley tipo de la OMPI para los Países en Desarrollo sobre Invenciones (1979) contiene una definición cuyo texto es el siguiente: “Se entenderá por “invención” la idea de un inventor que permita en la práctica la solución de un problema determinado en la esfera de la técnica”. OMPI. Principales Aspectos de la Propiedad Industrial. Julio de 1998, pág. 5.

procedimientos en los cuales es utilizado el conocimiento. "Prácticas" son las técnicas para hacer uso de una invención o aplicarla efectivamente. Lo que hace a estas definiciones diferentes en relación con los pueblos indígenas es que: A) No están protegidas por ninguna forma legal. B) Su efectividad no puede ser juzgada fuera de su sistema cultural o creencias con las cuales fueron creados. C) Por lo general son consideradas no "científicas". D) Pueden haber sido desarrolladas colectivamente por pueblos o comunidades¹³⁵.

El tener claridad en estas definiciones lleva a un mejor entendimiento del tema que tratamos. Por el momento pareciera que esto no está claro ya que se utilizan los términos muchas veces como sinónimos. En la mayoría de las legislaciones, aunque por lo general se hace referencia a los tres conceptos, las definiciones se limitan a uno u otro concepto. Algunos indican que de lo que se trata es de un "*sistema de conocimiento indígena*"¹³⁶ que es único de una cultura o sociedad específica y que se ha desarrollado conjuntamente con la cultura sobre muchas generaciones de ecosistemas particularmente inhabitados. En este sentido, "*sistema de conocimiento indígena*" es un término que se refiere ampliamente al conocimiento colectivo de los pueblos indígenas sobre la relación entre, pueblos, hábitat y naturaleza¹³⁷.

El reporte¹³⁸ de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) conocida con sus siglas en inglés como WIPO ha determinado que una de las expectativas de los poseedores del conocimiento tradicional es la selección de términos apropiados para describir el sujeto sobre el cuál la protección va a recaer. Una definición o descripción clara de lo que significa (y lo que no significa) para efectos de propiedad intelectual los términos seleccionados. Precisamente, una de las primeras dificultades para dar protección al "conocimiento tradicional" es el uso de terminología apropiada¹³⁹.

¹³⁵ Ver Ruiz Manuel. Protecting Indigenous Peoples Knowledge: A Policy and Legislative Perspective from Peru. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Perú, mayo de 1999.

¹³⁶ Aunque el CDB se refiere a conocimientos, innovaciones y prácticas, la comunidad científica se refiere en cambio a un sistema de conocimiento indígena. Un sistema de conocimiento indígena es mucho más complejo que una simple unión de hechos, es la base para la toma de decisión a nivel local en áreas de vida contemporánea, incluyendo agricultura, nutrición, preparación de alimentos, manejo de recursos naturales, educación y organización social. Ver, IUCN. Indigenous Peoples and Sustainability. 4.1 What is the role of indigenous knowledge systems in conserving biodiversity? 1997

¹³⁷ Ibidem. Pág. 46.

¹³⁸ World Intellectual Property Organization (WIPO). Draft Report on Fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999) - Draft for Comment- July 3, 2000.

¹³⁹ Vale recalcar que el reporte en mención hace un reconocimiento a que la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual reconoce el derecho de los pueblos indígenas, comunidades locales y otros poseedores a decidir qué constituye su propio conocimiento, innovaciones, cultura y prácticas y que esta es la forma en que debe ser definido. Ibidem. Pág. 4.

La Ley de Biodiversidad de Costa Rica hace referencia al conocimiento como “un producto dinámico generado por la sociedad a lo largo del tiempo y por diferentes mecanismos, comprende lo que se produce en forma tradicional, como lo generado por la práctica científica”. La innovación la define como “cualquier producto que añada un uso o valor mejorado a la tecnología, las propiedades, los valores y los procesos de cualquier recurso biológico”. Las Normas Generales para el Acceso a los Elementos y Recursos Genéticos y Bioquímicos de la Biodiversidad definen como conocimiento tradicional el conocimiento dinámico que mejora con la innovación y experimentación constante. El elemento tradicional hace referencia a la forma en que se adquiere, comparte y utiliza por medio de un proceso social de aprendizaje que es único en cada cultura indígena y comunidad local. No define práctica.

La Propuesta de Ley sobre acceso a los recursos genéticos del Poder Ejecutivo del Gobierno Federal de Brasil¹⁴⁰ define el conocimiento asociado como “cualquier información y práctica individual o colectiva, relevante para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica”. En agosto del 2001, la Medida Provisoria 2.186-16 de Brasil, define los conocimientos tradicionales asociados como la información o práctica individual o colectiva de una comunidad indígena o de una comunidad local, con valor real o potencial, asociadas al patrimonio genético. No define innovación o práctica.

El Proyecto de Ley de Biodiversidad de Nicaragua - versión 1996 - define la innovación como “cualquier conocimiento o tecnología de uso de propiedades, valores y procesos, bien sean individuales o colectivos y acumulativos de cualquier recurso biológico o genético que le añada uso o valor mejorado como resultado de dicho conocimiento o tecnología, incluyendo el conocimiento o tecnología de comunidades locales y pueblos indígenas. No define conocimiento o práctica.

La Ley que Establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Vinculados a los Recursos Biológicos¹⁴¹ define el 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. Indica además que el componente intangible contemplado en la Decisión

¹⁴⁰ Proyecto de Ley Agosto de 1998. El 23 de agosto del 2001 el Gobierno Federal quiso adoptar una Medida Provisoria para abordar aspectos relacionados con recursos genéticos y la distribución de beneficios. Posteriormente esta medida se convirtió en Ley.

¹⁴¹ Ley 27811. Comisión Permanente del Congreso de la República del Perú. 24 de julio del 2002.

391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, incluye este tipo de conocimiento colectivo.

Lo que parece más acertado es ver que todos están relacionados entre sí. La innovación depende del conocimiento, y por medio de la práctica, se implementa la innovación. Ahora bien, hay conocimientos que no necesariamente llevan a una innovación, sino que se mantienen como "conocimiento". En el capítulo sobre Propiedad Intelectual nos referimos al uso del término innovación y sus repercusiones para la determinación de un invento, según los ADPIC.

En la actualidad se discute si la innovación y las prácticas son conceptos asociados al conocimiento entendiéndolos como una sola unidad; o sí, por el contrario, cada uno de estos conceptos (conocimiento, innovación, prácticas) tienen su propio significado y podrían requerir un tratamiento jurídico diferenciado¹⁴².

Otro asunto que merece la atención, es la utilización del término "conocimiento tradicional"¹⁴³, utilizado para hacer la diferencia entre el conocimiento científico occidental, y el conocimiento de pueblos indígenas. Sin embargo, el conocimiento de los pueblos indígenas puede o no ser tradicional. Lo que hace tradicional a este conocimiento no es su antigüedad, sino la manera que se adquiere y que se utiliza. Es decir, el proceso social de aprender y de compartir el conocimiento, es único a cada cultura indígena y varía según edad, género. De hecho nuevos conocimientos se pueden ir produciendo y transmitiendo de generación en generación. El encerrar el conocimiento de los pueblos indígenas bajo la palabra "tradicional" podría no cubrir los nuevos conocimientos que se generen por ellos mismos en la actualidad. No todos los conocimientos necesariamente tienen que provenir

¹⁴² El trabajo en Perú se ha enfocado primordialmente en el conocimiento de los componentes de la biodiversidad, en lugar de extenderlo a innovaciones (productos, invenciones) o prácticas (procesos). Estos, en este momento son críticos, pero distintos asuntos podrían requerir un tipo de protección diferente por medio de otros mecanismos. El conocimiento es parte de los pueblos indígenas; sin embargo, las invenciones que utilizan patrimonio nacional podrían tener una serie de implicaciones políticas y técnicas todavía no analizadas. *Ibidem*, pág. 8.

¹⁴³ Para la Coordinadora de Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica los conocimientos tradicionales son: aquéllos, que poseen los pueblos indígenas y comunidades locales, transmitidos de generación en generación, habitualmente de manera oral sin requerir el reconocimiento de la ciencia occidental y desarrollados al margen del sistema de la educación formal que imparten los estados. Es relevante su doble característica en el seno de las culturas de las comunidades y pueblos tradicionales, su antigüedad y a la vez su actualidad, es decir, se tratan de conocimientos dinámicos en constante proceso de adaptación, basados en un cuerpo sólido de valores y bagajes místicos enraizados en la vida cotidiana de los pueblos indígenas. Citado por P. Madrigal. *Op. cit.*, pág.25.

de procesos largos o inmemoriales. Generalmente el conocimiento tradicional es producido en forma no sistemática, sino que responde a la interacción de los individuos y pueblos con su ambiente, concepto que podría aplicarse a formas de conocimiento “tradicional” o “moderno”¹⁴⁴.

D. Nakashima¹⁴⁵ explica que el conocimiento tradicional no es únicamente pasado de generación en generación, sino que además por ser dinámico es objeto de un continuo proceso de verificación, adaptación y creación, alterando su forma y contenido en respuesta a los cambios ambientales y las circunstancias sociales. Tendríamos entonces, que afirmar, que cuando hablamos de “conocimiento tradicional” a lo que hacemos alusión es a conocimientos dinámicos¹⁴⁶, basados en valores milenarios de los pueblos indígenas.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual ha indicado¹⁴⁷ que la noción de “tradicional” se refiere a los sistemas de conocimiento, creaciones, innovaciones y expresiones culturales que generalmente han sido transmitidas de generación en generación, que están generalmente relacionadas a un determinado grupo de personas o a su territorio, han sido desarrollados en una forma no sistemática y están constantemente envueltas en respuesta a un ambiente cambiante.

Para efectos del presente trabajo utilizaremos el término “conocimiento” o “conocimiento tradicional” comprendido como todo esfuerzo intelectual, el entendimiento, la sabiduría y la creatividad de los pueblos indígenas y comunidades locales sobre las propiedades de los recursos biológicos¹⁴⁸.

3. Definición de pueblo indígena: la evolución del concepto

El vocablo en estudio se compone de dos elementos “pueblo” e “indígena”. La definición de “indígena”, dentro del ordenamiento jurídico, ha evolucionado.

¹⁴⁴ Al respecto ver ¿Qué es conocimiento Tradicional? Aportes de la Mesa Redonda sobre Conocimiento tradicional. OMPI, 1999.

¹⁴⁵ D.Nakashima. “Conceptualizing Nature: The cultural nature of resources management.” UNESCO, 1998. Pág. 18. Citado por OMPI en su Reporte sobre conocimiento tradicional de julio del 2000.

¹⁴⁶ Adicionalmente el conocimiento tradicional generalmente es creado en forma colectiva, transmitido oralmente de generación en generación y permanece principalmente indocumentado. A.López. Op. cit., pág 8.

¹⁴⁷ Esta indicación ha sido dada para efectos del trabajo de la OMPI en el área de conocimiento tradicional y en especial para el borrador de reporte de las misiones sobre propiedad y conocimientos tradicionales de julio del 2000. Op. cit., pág 4.

¹⁴⁸ Para efectos del presente trabajo nos referimos a las categorías de conocimiento tradicional que

El artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones de 1919, en su artículo 22, definía a los indígenas como colonias y territorios que permanecían bajo el control de los países colonizadores, pueblos no capacitados para dirigirse a sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno. En 1938 la Unión Panamericana¹⁴⁹ declara que las poblaciones indígenas son los descendientes de los primeros habitantes de lo que es América y que debe dárseles un derecho preferente a la protección por parte de autoridades públicas por tener una deficiencia en su desarrollo físico e intelectual.

En la primera descripción vemos cómo la relación se hace especialmente referida a pueblos colonizados; mientras que la segunda, a poblaciones descendientes. Ambos hacen referencia a la poca capacidad de los indígenas con una visión de asemejarlos o integrarlos en la medida de lo posible, a la vida moderna.

En 1945 la Carta de las Naciones Unidas, lejos de corregir esta situación, vino a complicarla cuando deja de hacer referencia a indígenas y hace alusión a "territorios", indicando que existen territorios cuyos pueblos no han alcanzado todavía la plenitud de gobierno propio. Vale decir que de aquí nace la discusión entre "pueblos" y "poblaciones", "tierras" o "territorios". Los pueblos fueron concebidos, según los pactos de derechos humanos, como los que tienen libre determinación a diferencia de las poblaciones. Así, la población de un estado podría estar compuesta por pueblos. El término "territorio" fue interpretado a la luz de "territorio no autónomo", que es el separado geográficamente del país que lo administra y que es distinto de este en sus aspectos étnicos y culturales. Para algunos, el término "territorio" implica no solo la tierra, sino los recursos que sobre ella se encuentran, por lo que no es lo mismo un concepto que el otro.

En 1957, el Convenio 107 de la OIT sigue esta línea de pensamiento y define a los indígenas como pueblos con una condición social y económica menos avanzada. Se refiere a la relación histórica de la conquista, aunque se elimina cualquier privilegio fundamentado en esta razón. Este convenio fue ratificado por 14 estados latinoamericanos, a pesar de las fuertes críticas de pueblos indígenas en relación con la falta de respeto sobre la identidad indígena.

En 1986 se solicita al relator especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminación, señor Martínez Cobo, un estudio del problema de

incluyen: conocimiento ecológico, conocimiento médico (medicinas y remedios), conocimiento relacionado con el manejo de la biodiversidad.

¹⁴⁹ Actualmente, la Organización de los Estados Americanos, conocida como OEA.

la discriminación contra poblaciones indígenas, el cual presenta una definición¹⁵⁰ de pueblo indígena cuyos elementos son luego reflejados en el Convenio 169 de la OIT¹⁵¹.

En 1989 el Convenio 107 de la OIT es revisado y suplantado por el Convenio 169, denominado Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. La definición de pueblos indígenas a la que hace referencia este convenio dice en su artículo primero:

“...los pueblos en países independientes son considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que cualquiera que sea su situación o jurisdicción conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

La definición elimina toda referencia a sociedades menos avanzadas y se basa en la descendencia en relación con la época de la conquista, la conservación de sus instituciones y la conciencia de su identidad indígena. Tendríamos que afirmar que esta es la definición que prevalece en la esfera jurídica internacional. Los países latinoamericanos han asumido esta definición con la interpretación de su propia realidad, como veremos más adelante.

Llama la atención que el Convenio 169 hace, dentro de su texto, la aclaración de que el término “pueblos” no se debe interpretar en el sentido de que atañe a derechos que puedan conferirse dentro del derecho internacional.

¹⁵⁰ “ Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores, a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de la sociedad que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones y sus sistemas legales”. Vale la pena rescatar la observación de la señora E. Daes: “el argumento de no dominación en la actualidad indica que existe cierta forma de discriminación o marginación que justifica la acción de la comunidad internacional. Sin embargo, si como resultado de las medidas adoptadas para la plena realización de sus derechos perdiese su calidad de dominante, se perdería su denominación de pueblos indígenas”. Los aspectos de relación con la tierra o territorios y la de su carácter distinto en forma voluntaria con contenidos en el Convenio 169 de la OIT. Ver E. Daes, Criterios para definir pueblos indígenas, op. cit., pág. 8.

¹⁵¹ El informe de Martínez Cobo es citado por muchos pueblos indígenas. Ha sido considerado por muchos un estudio fundamental para el desarrollo de la definición de pueblos indígenas.

Es decir, deja claro que “pueblos” no significa que tienen derecho a su libre determinación, interpretación que dió la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y el Pacto de la Naciones¹⁵². Así se cuida de dejar asegurado, muy en contra de lo que buscaban los pueblos indígenas que no hay “libre determinación”, o lo que algunos llaman autonomía.

En 1994 el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptado por la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de la Minorías del Sistema de Naciones Unidas - en consulta - finalmente estipula, en su artículo 3, que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho, determinan libremente su condición política y persiguen su desarrollo económico, cultural y social.

En cuanto a la definición de “pueblo indígena” como tal no se da ninguna específica; sin embargo, se estipula¹⁵³ que los pueblos indígenas tienen derecho colectivo e individual a identificarse a sí mismos como indígenas y a ser reconocidos como tales. Aquí se plasma en la definición un elemento subjetivo que queda a libre definición de los pueblos indígenas, no hace referencia alguna a ascendencia o tiempos de conquista. Aunque este documento todavía sigue en consulta, representa un avance en el reconocimiento de la libre determinación de los pueblos indígenas.

Respetar el derecho de los pueblos a definir quién es y quién no es indígena de acuerdo con su propio sistema; sin embargo, tendríamos que llamar la atención sobre la dificultad, desde el punto de vista jurídico occidental, para reconocer quiénes son indígenas y quiénes no son indígenas, aspecto determinante cuando se discuten los derechos de los indígenas.

Hay quienes indican¹⁵⁴ que, cuando se deja abierta la definición, lo que se garantiza es que los derechos de los pueblos indígenas se confieran a un órgano imparcial y abierto sobre los derechos de los pueblos indígenas

¹⁵² La declaración de 1970 sobre los principios de derecho internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre estados, de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, prohíbe el desmembramiento de Estados: “que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos... y estén por tanto dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente a un territorio...” E. Daes. Pág. 6. Véase aquí el por qué de la disposición del convenio 169 de la OIT en relación con la interpretación del término “pueblos”. En este caso particular, se ha entendido, según el derecho internacional, que los pueblos con derecho a libre determinación forman un estado. La peligrosidad del concepto de “libre determinación” lleva a los estados a no retomar esta definición en relación con pueblos indígenas.

¹⁵³ Ver. artículo 8.

¹⁵⁴ E. Daes. *Actividades normativas evolución de las normas relativas a los derechos de los pueblos indígenas*. Documento de trabajo sobre el concepto de “pueblos indígenas”. Comisión de Derechos humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías. Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas. Naciones Unidas. Pág. 26.

y los gobiernos, a fin de que haya margen para una evolución razonable y la especificidad regional del concepto indígena. Sin embargo, a nuestro criterio, aunque esta es una respetable visión, la cual quisiéramos compartir, queda por verse si es factible implementarla.

Según el documento de E. Daes¹⁵⁵ sobre este tema, en lo que sí están de acuerdo organizaciones internacionales, juristas - incluidos juristas indígenas - y círculos académicos es en que existen factores que se consideran pertinentes para la comprensión del concepto “indígena”¹⁵⁶:

- a) Prioridad en el tiempo por lo que respecta a la ocupación y el uso de determinado territorio;
- b) perpetuación voluntaria de la distinción cultural, que puede incluir los aspectos del idioma, la organización social, los valores espirituales y la religión, los modos de producción leyes e instituciones;
- c) la conciencia de la propia identidad, así como su reconocimiento por otros grupos, o por autoridades estatales como una colectividad distinta, y
- d) una experiencia de sometimiento, marginalización, desposeimiento, exclusión o discriminación, independientemente de que estas condiciones persistan o no.

Ya varios documentos¹⁵⁷ han afirmado que no existe una definición de “pueblo indígena” que capte su diversidad y que, aunque se puede pensar en los factores fundamentales que los unen, no todos tienen las mismas características¹⁵⁸.

Según E. Daes, los grupos indígenas insisten en su derecho a definirse en función de la conciencia de su identidad como del derecho de la comunidad a elegir sus miembros. Lamentablemente estos son elementos, desde la

¹⁵⁵ Erica Irene Daes. Relatora especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías y Presidenta del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas.

¹⁵⁶ El Banco Mundial, en la directriz operacional 4.20 de 1991, define asimismo un grupo de características que definen a los pueblos indígenas; a saber: a) un fuerte apego a los territorios ancestrales y a los recursos naturales que se encuentran en esas tierras; b) la auto identificación y la identificación por otros como miembros de un grupo cultural distinto, c) un idioma indígena, a menudo distinto del idioma nacional, d) la presencia de instituciones sociales políticas tradicionales, e) una producción orientada, sobre todo, a la subsistencia. Estas características, aunque con la utilización de diferentes vocablos, es bastante similar a la que expone E. Daes, incluidas sin embargo, una nueva característica relacionada con una producción de subsistencia.

¹⁵⁷ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Guidelines for Support to Indigenous Peoples. Enero de 1995. Banco Mundial. Directriz operacional de 1991. E. Daes estudio sobre Criterios para definir los pueblos indígenas, Documento E/CN.4/Sub.2/1995/24.

¹⁵⁸ Algunos grupos indígenas han elaborado diferentes definiciones. Por ejemplo: El Consejo mundial de pueblos indígenas indica: los pueblos indígenas son los grupos de poblaciones que desde tiempos antiguos han habitado las tierras donde viven, que están conscientes de tener un carácter

perspectiva jurídica, subjetivos a los que les hace falta el elemento objetivo, como la ascendencia. El Convenio 169 rescata el elemento de conciencia de su identidad indígena al indicar que la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del convenio¹⁵⁹.

Los términos que se usan dentro del CDB son: comunidades indígenas y locales. Al respecto, tendremos que afirmar que estos conceptos tienen importantes diferencias y similitudes. Es importante reconocer que las comunidades locales no indígenas no siempre tienen la misma dinámica que las indígenas y viceversa. Los reclamos de estos dos grupos sobre los recursos naturales pueden no ser los mismos¹⁶⁰.

Incluso hay legislaciones que hacen diferencias dentro del texto mismo de la Ley. En Filipinas la Orden Ejecutiva 247¹⁶¹ define las comunidades indígenas como: grupo de personas compartiendo lazos comunes del lenguaje, costumbres, tradiciones y otros tratos culturales distintos y que, desde tiempos inmemoriales, ocupan, poseen y utilizan un territorio, salvo cuando esta posesión es interrumpida por guerra, fuerza mayor, desplazamiento por fuerza, deserción u otra causa. La comunidad local hace referencia a la unidad de política básica en la cual los recursos genéticos y biológicos son ubicados.

El Proyecto de Ley de Brasil (Propuesta del Poder Ejecutivo) define a la comunidad local como un grupo humano distinto de la colectividad,

propio, con tradiciones sociales y formas de expresión que están unidas al territorio heredado por nuestros ancestros con un lenguaje propio, y teniendo ciertas características esenciales y únicas que confieren una fuerte convicción de pertenecer a un pueblo, que tiene identidad en ellos mismos y debe ser de este modo protegido por otros. IUCN. Indigenous peoples and Sustainability: cases and actions. Inter-commission task force on indigenous peoples. 1997. Pág. 27.

¹⁵⁹ Ver artículo 1.2

¹⁶⁰ Según M. Bystrom, P. Einarsson y G. Axelsson citando la Alianza Internacional, 1996. Los principales derechos reclamados por los pueblos indígenas son: el derecho de propiedad colectiva de sus tierras y territorios. El Derecho a autodeterminación; el derecho a implementar su derecho consuetudinario de acuerdo con sus propias prácticas sociales y culturales; el derecho a ser representados legal y políticamente por medio de sus propias instituciones y el derecho a controlar su propio conocimiento indígena. Las comunidades no indígenas no reclaman estos derechos. Algunos ejemplos de derechos que reclaman las comunidades locales y pueblos indígenas en forma compartida son: posesión del conocimiento tradicional sobre ecosistemas y uso de los recursos genéticos. Relaciones sociales y espirituales con el ambiente, sistemas de derechos colectivos y responsabilidades que se asocian a los recursos.

¹⁶¹ Filipinas, a mediados de 1995, emitió esta Orden Ejecutiva Presidencial, tomando este camino antes de desarrollar una ley al respecto en su Congreso porque diferentes grupos de interés estimaron que era más importante establecer un marco normativo inicial tan pronto como fuera posible, dados el carácter urgente de la situación y la lentitud del proceso legislativo en el Congreso. J. Mugable y otros, op. cit., pág. 14.

caracterizado por las condiciones de su organización socioeconómica y cultural, por sus propias costumbres, tradiciones y con estilos de vida tradicionales relevantes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica. Dentro del texto del Proyecto se hace referencia a sociedades indígenas; sin embargo, no se da una definición del término, aunque separa este concepto de las comunidades locales. En el 2001 con la Medida Provisoria 2.186-16 se define a la comunidad local como un grupo humano, incluidos los grupos remanentes de las comunidades de los quilombos, que distinga por sus condiciones culturales, que esté organizado de forma tradicional por las sucesivas generaciones y costumbres propias, y que haya conservado sus instituciones sociales y económicas¹⁶². Permanece en el texto el término comunidad indígena sin definir.

En Perú la Propuesta de Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas¹⁶³ incluyó la definición de “pueblo indígena” del Convenio 169 y la adapta a su realidad nacional, indicando que el término “Pueblo Indígena” involucra las comunidades nativas y campesinas que cumplan con los requisitos de descendencia, conserven sus propias instituciones y se encuentren en determinados territorios¹⁶⁴. Sin embargo en el año 2002 con la aprobación de la Ley sobre conocimiento tradicional¹⁶⁵ se define como pueblos indígenas aquellos que tienen derechos anteriores a la formación del Estado Peruano, mantienen una

¹⁶² Artículo 7 Medida Provisoria 2.186-16 que reglamenta el inciso II, numeral 1 y 4 del artículo 225 de la Constitución, los artículos 1, artículo 8 literal “j”, artículo 10, literal “c”, artículos 15 y 16 del Convenio sobre la Diversidad Biológica, disposiciones sobre acceso al patrimonio genético, protección y acceso al conocimiento tradicional asociado, la distribución de beneficios y acceso a tecnología para la conservación y utilización y su transferencia, entre otras.

¹⁶³ Publicado por el Gobierno del Perú para debate público. Febrero del 2000.

¹⁶⁴ Artículo 2: Pueblos indígenas son aquellos que descienden de poblaciones que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas”. Estos incluyen los grupos étnicos no contactados y aquellos que, estando integrados, no han sido aún legalmente reconocidos como comunidades nativas o campesinas. Comunidades nativas: tienen origen en los grupos tribales de la selva y ceja de selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso.

Comunidades campesinas: son organizaciones de interés público con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático, el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros o del país. Toda referencia a pueblos indígenas se entenderá referida a comunidades nativas, campesinas y demás pueblos indígenas.

¹⁶⁵ Ley número 27811.

cultura propia, un espacio territorial, y se autoreconocen como tales. Se incluyen pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como comunidades campesinas y nativas. Resalta aquí la importancia del autoreconocimiento que se relaciona directamente con la lucha actual de los pueblos indígenas por definir su propia identidad como ya ha sido explicado en este apartado.

En Costa Rica la Ley Indígena define a los indígenas como las personas que constituyen grupos étnicos, descendientes directos de las civilizaciones precolombinas y que conservan su propia identidad. Como se puede observar, esta es una definición totalmente limitada al criterio de ascendencia e identidad, que se queda corta aún en cumplir los factores que se han considerado pertinentes en la esfera de las discusiones internacionales.

Llama la atención que, aunque para los pueblos indígenas el criterio de sentirse indígena y la aceptación por parte del resto de la comunidad son fundamentales, y aunque el Convenio 169 de la OIT recoge al menos el criterio de "conciencia de su identidad", ninguno de los casos citados hace referencia a esta forma de definición del concepto.

Otro aspecto fundamental de la discusión del término "pueblos indígenas" se da alrededor de si los pueblos indígenas son minorías. Al respecto, me apego a la posición de E. Daes, que dice que los pueblos indígenas son, en efecto, pueblos y no son minorías o grupos étnicos. Las minorías no se han vinculado con la prioridad en el tiempo ni con la relación con sus territorios, criterios básicos para definir a los pueblos indígenas.

Sin embargo, para aquellos que siguen la línea de pensamiento de que los pueblos indígenas son minorías, hago alusión a un estudio de Naciones Unidas¹⁶⁶, en donde se indica que los derechos de las minorías¹⁶⁷ constituyen parte integrante del sistema contemporáneo de derechos humanos. Entre las minorías se encuentran los grupos étnicos. Estos derechos involucran la posibilidad de que las comunidades (diferentes por razones de cultura, prácticas, condiciones económicas y sociales) distintas de la comunidad nacional sean protegidas en sus derechos fundamentales reconociendo sus diferencias.

¹⁶⁶ Naciones Unidas. Estudio sobre las personas pertenecientes a minorías étnicas religiosas o lingüísticas. 1991. Pág. 4.

¹⁶⁷ Algunos pueblos indígenas no se consideran minorías; tal es el caso de los indígenas en Guatemala. Según definiciones de F. Caporti para ser indígena se requiere carecer de poder político y de fuerza numérica para alcanzar el poder por medios democráticos; situaciones que no se cumplen en Guatemala, en donde la mayoría de la población es indígena.

En un inicio, lo que se pretendió fue abolir el patrimonio cultural de estas minorías para hacerlas parte de comunidad nacional o un grupo mayoritario. Así, por ejemplo, algunas legislaciones proclamaban medidas para integrar a los indígenas al resto de la comunidad. Por ejemplo, Venezuela en su Constitución Política de 1961 establecía en el artículo 77, la incorporación progresiva de los indígenas a la vida de la nación. Claro está que esto también pudo ser resultado de la definición de “indígena” que prevaleció por muchos años en la idea de ser grupos atrasados que necesitaban integrarse al estado moderno¹⁶⁸. A pesar de la historia para el año 2000 la Ley de Diversidad Biológica¹⁶⁹ de este país entiende por pueblos comunidades locales indígenas, las que presentan una identidad propia y claramente perceptibles, que se traduce en manifestaciones culturales distintas al resto de los habitantes de la nación.

Las minorías étnicas enfrentan graves problemas en los distintos países. Según E. Sánchez y otros¹⁷⁰, algunos puntos de atención sobre los derechos de las minorías son:

- Abolición de todas las formas de discriminación por motivos de raza, religión, color, origen nacional o social, nacimiento, etc.
- Reconocimiento, en cada nación, de la existencia de sociedades étnicamente diferenciadas entre sí y con facultad de mantener su patrimonio físico y cultural que les da identidad y los hace independientes.
- Capacidad para mantener y desarrollar sus propias instituciones y formas de organización y formas de justicia y control social.
- Dominio pleno de sus tierras y recursos de acuerdo con sus propios modelos de tenencia y uso.
- Derecho a recibir servicios básicos del Estado, como salud y educación, con respeto a sus características culturales propias.
- Facultad plena para participar en la toma de decisiones políticas a nivel nacional y aquellas que afecten directamente a sus comunidades.

Algunos países siguen mezclando los conceptos de minorías e indígenas precisamente porque los pueblos indígenas, en determinados países, responden a los mismos puntos a los que llaman la atención las minorías. Aunque ya apuntamos que existen diferencias fundamentales. Los

¹⁶⁸ Al respecto, ver en este trabajo el apartado sobre definición de pueblos indígena.

¹⁶⁹ Ley No. 4.780 del 24 de mayo del 2000. Entró en vigor desde julio del 2001.

¹⁷⁰ E. Sánchez y otros. Derechos e identidad: los pueblos indígenas y negros en la Constitución Colombiana de 1991. Bogotá. 1993. Pág. 31.

gobiernos, como bien apunta E. Daes, tendrían que reafinar estos conceptos simultáneamente para no agudizar la incertidumbre actual sobre el significado de ambos conceptos.

Es preciso, y sobre todo atendiendo a que con la denominación de “pueblo indígena” o “indígena” se otorgan ciertos derechos especiales a grupos determinados de individuos, o determinar, según la realidad de cada región y país con la plena participación de los interesados, cuál es la definición de este concepto, integrando los elementos objetivos con los subjetivos.

Esta tarea está supeditada al accionar nacional más que al internacional. Al respecto, durante las sesiones del grupo de trabajo sobre poblaciones indígenas de Naciones Unidas, los representantes de los pueblos indígenas y gobiernos dijeron que no se necesitaba una definición de “pueblos indígenas” en el ámbito internacional. Existe la inquietud de que una definición de aplicación universal pueda servir para excluir ciertos pueblos indígenas. Esto afirma la necesidad de hacer este tipo de planteamientos de acuerdo con las realidades de los pueblos indígenas de cada país y, si fuera posible, en forma regional.

Capítulo III

Instrumentos internacionales para la protección de los derechos indígenas sobre la biodiversidad y el conocimiento tradicional

1. Antecedente

En esta sección citaremos los más relevantes instrumentos jurídicos y acontecimientos políticos internacionales que tratan el tema de pueblos indígenas a la luz del acceso a los recursos genéticos y conocimiento tradicional, con la idea de dar un panorama de la situación. La protección del conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos ha llamado la atención de la comunidad internacional sobre todo a partir de los años ochenta y con mucho más auge a partir de la aprobación del Convenio sobre la Diversidad Biológica en 1992¹⁷¹.

En cuanto a los Pueblos Indígenas desde 1921 la Organización Internacional de Trabajo - OIT - ha debatido asuntos indígenas. Ha adoptado numerosas decisiones y convenciones, como, por ejemplo, el Convenio 50 en 1936, la Convención 64 y 65 en 1939, el Convenio 86 en 1947, el Convenio 194 en 1955, y quizá la más importante y conocida, el Convenio 107 en 1957, que luego se revisara, en 1989, y se convirtiera en la actual Convención 169 de la OIT¹⁷².

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el Convenio de Derechos Humanos en los años 60, también se establecieron

¹⁷¹ El sistema de Naciones Unidas por medio del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, encargó a la organización RAFI en 1994 un estudio conocido como: "Conservación de conocimientos autóctonos: integración de dos sistemas de innovación". La Comisión de Derechos Humanos realizó, a cargo de la Señora Erica-Irene Daes, el estudio: "Protección del patrimonio de los pueblos indígenas"; UNESCO desarrolló: "Disposiciones tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folklore contra disposiciones ilícitas y otras acciones lesivas"; la Convención sobre la Diversidad Biológica desarrolla un Plan de trabajo para la implementación del artículo 8(j); la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual realiza el borrador de reporte sobre propiedad intelectual y conocimiento tradicional 1998-1999; y la OMC tiene en su mesa de discusión el tema de conocimiento tradicional con relación a la implementación del artículo 27 (3) b de los ADPIC.

¹⁷² Ver Craig Donna y Ponce D. UNEP's New Way Forward: Environmental Law and Sustainable Development. Indigenous Peoples' Rights and Environmental Law. Pág. 122. United Nation Environment Programme, 1995.

normas que se aplicaban a los pueblos indígenas. Sin embargo, no fue hasta 1973, con la declaración de la década de acción para combatir el racismo y la discriminación racial, cuando el Sistema de Naciones Unidas comienza a identificar a las poblaciones indígenas como un grupo de importancia¹⁷³. El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas¹⁷⁴, también por medio de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, ha trabajado en asuntos indígenas, como veremos más adelante.

A continuación se presentan las disposiciones más importantes para los derechos de los pueblos indígenas relacionadas con recursos naturales y conocimiento tradicional.

2. Declaración Universal de los Derechos Humanos

Hay varios instrumentos jurídicos internacionales que se refieren al tema de derechos humanos. Quizá el más importante de ellos es la Declaración Universal de Derechos Humanos,¹⁷⁵ que establece en su artículo 27, que toda persona tiene derecho a participar libremente de la vida cultural de comunidad¹⁷⁶, y en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. Por lo tanto, que los individuos “pueblos indígenas” tienen pleno derecho a beneficiarse de sus aportes que podrían hacer a la ciencia mediante la utilización de su conocimiento tradicional. Además, el artículo recalca el derecho a la protección de los intereses morales y materiales que

¹⁷³ Sutherland J. Emerging new legal standards for comprehensive rights for indigenous peoples: Future Directions for Environmental Lawyers. IUCN Document. 1996. Pág. 5.

¹⁷⁴ En 1949 la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la resolución 275 (III), y recomienda que ECOSOC, con la ayuda de agencias especializadas y el Instituto Indigenista Interamericano, deberían promover estudios relacionados con la situación de las poblaciones indígenas que estaban pobremente desarrolladas. En 1950, la ECOSOC adoptó la resolución 313 (XI) sobre la importancia de llamar la atención sobre alzar los niveles de vida de las poblaciones indígenas. En 1969, la Asamblea General adoptó la resolución 297 (XXXIV) que llama la atención sobre tomar medidas para dar educación a países y territorios que habían sido colonizados con respeto a la religión y lenguas tradicionales de las poblaciones indígenas. Craig y Ponce, op. cit., pág.122. Nótese que todas estas resoluciones ponen a las poblaciones indígenas como inferiores, a los cuales hay que proveer de medidas occidentales para que progresen. Esto va de la mano con el sentido de integración de los pueblos indígenas al sistema occidental de la mayoría, que es lo que en esos tiempos, se consideraba lo más apropiado para su desarrollo. Sin embargo, en la actualidad este concepto ha cambiado y se ha reconocido la importancia de la diversidad cultural.

¹⁷⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos. París, 10 de diciembre de 1948.

¹⁷⁶ Los frutos de la cultura son múltiples y valiosos, porque hacen posible la solución de los más complejos problemas, en un ámbito casi ilimitado. En efecto, ella se despliega en las creaciones del lenguaje, del arte, de la ciencia y de la tecnología. Violar a estas personas esas creaciones es violar la propia dignidad humana. V.Camacho. Derecho a la participación en la vida cultural. La Declaración Universal de los Derechos Humanos: comentarios y texto. Asociación costarricense pro-Naciones Unidas. 1988, pág 188.

le correspondan al ser humano por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor. Se resalta así, las cualidades de creador y artífice del ser humano.

Según el artículo 17, toda persona tiene derecho a la propiedad individual y colectivamente¹⁷⁷, nadie será privado arbitrariamente de su propiedad¹⁷⁸. Este artículo tiene especial importancia en relación con la reclamación de los pueblos indígenas sobre su territorio. Tómese nota de que ya en 1948, se reconoce el derecho de propiedad colectivo¹⁷⁹, precisamente el que persiguen los pueblos indígenas. Resulta también importante relacionar estos derechos con el Convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación racial¹⁸⁰, que establece que cualquier persona sin discriminación tiene derecho a tener la propiedad sobre la tierra individualmente o en asociación con otros.

Desde 1998 se ha venido debatiendo el tema de los derechos de propiedad intelectual y su relación con los derechos humanos. Se ha dado especialmente énfasis al efecto de los ADPIC sobre la salud y la alimentación de los seres humanos. En este sentido, el artículo 25 de la Declaración de los Derechos Humanos, indica que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure entre otros; la salud y en especial la alimentación. Se ha afirmado que el establecimiento y la expansión de los derechos sobre variedades de obtenciones vegetales y la protección de derechos de

¹⁷⁷ *Ibidem*. Artículo 17

¹⁷⁸ En estricto sentido jurídico el derecho de propiedad, es la plena facultad de disponer a voluntad de los bienes materiales, salvo prohibiciones legales. El objeto de la propiedad, son todos los bienes: tierra, aguas, inmuebles, muebles, productos de todo género. El sujeto de la propiedad se determina según la época o régimen existente, así: a la tribu, al clan, a la familia, al individuo, a la asociación o al estado. Algunos derechos humanos surgen directamente de nuestra naturaleza, y por consiguiente están muy próximos a la ley natural. El derecho de poseer no es un principio primario de la ley natural, es una consecuencia a la que llegamos por medio del razonamiento o la reflexión. Pensamos que el ser humano debe mantener su vida, para ello necesitamos diariamente de las cosas que su naturaleza exige cada día. Nuestra razón nos lleva a la conclusión que tiene derecho a poseer las cosas que satisfagan sus necesidades. F Herrera. Derecho a la Propiedad. La Declaración Universal de los Derechos Humanos: comentarios y texto. Asociación costarricense pro-Naciones Unidas. 1988. Pág. 118.

¹⁷⁹ Los derechos humanos no son solo derechos humanos individuales sino derechos colectivos, por lo que hay que ser muy claros cuando se mencionen los derechos de los pueblos. No podemos permanecer pasivos frente a conflictos emanados de 500 años de subordinación económica, cultural y política de los pueblos indígenas. Reconocer sus derechos tiene prioridad sustancial en las relaciones humanas internas y desde la perspectiva mayor en las relaciones internacionales. Reconocer derechos plurales es aceptar la diferencia en los estilos y formas de vivir y de ser. Ver, S.Nahmad. Los derechos humanos de los pueblos indígenas de México a su propio desarrollo político, económico y cultural. Centro de Investigaciones Interdisciplinarias de la UNAM. Ponencia presentada en el seminario "Nuevos Enfoques" .México D.F. Noviembre 1988.

¹⁸⁰ Entró en vigor el 4 de enero de 1969.

propiedad intelectual de organismos genéticamente modificados contienen serias implicaciones para la seguridad alimentaria y el disfrute del derecho a la alimentación. También, que la restricción del acceso a patentes en el campo farmacéutico podría limitar el derecho a la salud¹⁸¹.

3. La Declaración de Estocolmo sobre Ambiente Humano

En junio de 1972, la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Ambiente Humano, en vista de la necesidad de contar con una visión y con principios comunes que inspirasen y guiasen a las personas del mundo a preservar su ambiente humano, proclamó lo que se conoce como Declaración de Estocolmo¹⁸².

La Declaración consta de 26 principios, dentro de los cuales se hace una importante conexión entre el medio ambiente y los derechos humanos. Establece que el ser humano tiene el derecho fundamental a la libertad y a condiciones adecuadas de vida, así como la responsabilidad de proteger el ambiente para las futuras generaciones. Son condenadas todas las formas de *apartheid*, segregación, discriminación, colonización y cualquier otra forma de opresión y dominación extranjera¹⁸³.

Indica que los estados tienen el derecho soberano a explotar sus propios recursos de acuerdo con sus propias políticas ambientales y la responsabilidad de asegurar que las actividades dentro de su jurisdicción o control no causen daño al ambiente, a otros estados o áreas fuera de los límites de su jurisdicción nacional¹⁸⁴. Asimismo, que como parte de la contribución al desarrollo económico y social, se debe utilizar la ciencia y la tecnología para

¹⁸¹ Ver, dentro del presente documento: Capítulo VIII. El impacto de la globalización en los derechos humanos. Pág. 319.

¹⁸² Indica en su preámbulo entre otros, que el hombre debe hacer constante recapitulación de su experiencia y continuar descubriendo, inventando, creando y progresando. Hoy en día, la capacidad del hombre a transformar todo lo que le rodea puede llevar a todos los pueblos a los beneficios del desarrollo o a ser causa de daños incalculables. El hombre es la vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual le da sustento material y le brinda la oportunidad del desarrollo intelectual, moral, social y espiritual. Los países industrializados, deben esforzarse por reducir la distancia que los separa de los países en desarrollo. En los países industrializados, los problemas están generalmente relacionados con la industrialización y el desarrollo tecnológico. Hemos llegado a un momento de la historia en donde debemos orientar nuestros actos en todo el mundo atendiendo a las consecuencias que puedan tener para el medio. Ver, La Conferencia de Estocolmo de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, 1972.

¹⁸³ Ver Principio 1.

¹⁸⁴ Ver Principio 21.

descubrir, evitar y combatir los riesgos que amenazan al ambiente y para el bien común de la humanidad¹⁸⁵.

4. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo

En junio de 1992 se realizó, en Río de Janeiro la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo - CNUMAD - conocida también como la Cumbre de la Tierra¹⁸⁶. Este evento no solo llamó la atención sobre el tema ambiental, sino que también dio un cambio¹⁸⁷ en la historia de cómo era concebida la utilización de los recursos naturales y marca un nuevo punto de arranque en el tema de acceso a recursos genéticos¹⁸⁸.

De la CNUMAD se obtienen cinco resultados¹⁸⁹ principales, de los cuales tres revisten de especial importancia al tema que nos atañe: La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, el Programa o Agenda 21 y el Convenio sobre la Diversidad Biológica¹⁹⁰.

¹⁸⁵ Ver, Principio 18. En relación podríamos decir que una forma de buscar el bien común es la distribución justa y equitativa de los beneficios de quienes aportan al desarrollo de la ciencia y la tecnología, por ejemplo el caso particular de los pueblos indígenas que aportan recursos genéticos y conocimiento tradicional.

¹⁸⁶ A ella asistieron 100 jefes de Estado, 172 gobiernos, 8000 representantes de medios de comunicación y 14.000 organizaciones no gubernamentales. Agenda 21, pág. XV.

¹⁸⁷ Según, la Declaración de Río de Janeiro - tratado escrito por las organizaciones no gubernamentales en el evento paralelo a la Cumbre denominado "Foro Global" - la Cumbre de la Tierra generó muchas esperanzas, sin embargo, éstas siguen subordinadas a los poderosos intereses de los grupos económicamente dominantes, pues para la puesta en práctica de los compromisos asumidos en la CNUMAD ha mostrado que los gobiernos han sido incapaces de escuchar a las ONG y los reclamos de la sociedad civil internacional. Sin embargo la Conferencia no ha sido un total fracaso, en muchos casos los países han tomado en consideración la opinión pública y el proceso se ha orientado hacia una toma de conciencia y cohesión.

¹⁸⁸ La Conferencia marcó, sin duda un hito histórico sin precedentes en el análisis, reflexión y concertación de acuerdos y bases programáticas orientadas hacia una nueva cooperación internacional en materia de medio ambiente y desarrollo. Similar significación se le concede a la participación de las organizaciones no gubernamentales de todo el mundo el "Foro Global", quienes elaboraron alrededor de 40 tratados ambientales e importantes aportes al programa. La meta fundamental de la Conferencia era lograr que el tema ambiental se convirtiera en la columna vertebral del desarrollo para que transforme los estilos y políticas sectoriales y económicas, salvaguardando la integridad ecológica del planeta y dando un mayor contenido social y equidad global al desarrollo. Ver, Consejo de la Tierra. Serie de comentarios sobre la Cumbre de la Tierra. 1992.

¹⁸⁹ Los otros dos resultados son: Convenio Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y Principios para un consenso mundial respecto de la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo.

¹⁹⁰ No se realizará referencia a esta en la presente sección, ya que se trata a lo largo del trabajo aquí presentado.

4.1 Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo

La Declaración consta de 27 principios que se basan en el objetivo de establecer una alianza mundial nueva y equitativa mediante la cooperación de los estados y de los diferentes sectores de la sociedad¹⁹¹. Busca ser una guía para la comunidad internacional en sus esfuerzos por alcanzar el desarrollo sostenible. Reafirma los principios de la Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Ambiente Humano, adoptada en Estocolmo en 1972, y conocida como la Declaración de Estocolmo¹⁹².

Establece, en su principio 22¹⁹³, el reconocimiento al papel fundamental de los pueblos indígenas y comunidades en relación con el aporte que brindan a la conservación del ambiente mediante sus conocimientos y prácticas tradicionales. Indica a los estados que deberían reconocer la identidad, la cultura y los intereses de estos pueblos y hacer posible su participación en el logro del desarrollo sostenible.

La Asamblea General de Naciones Unidas, mediante su resolución 47/191, recomienda que la Comisión sobre Desarrollo Sostenible incorpore los principios de la Declaración de Río en la implementación de la Agenda 21. Es así como la Agenda 21 desarrolla el tema de los derechos de los pueblos indígenas en su capítulo 26.

La Asamblea General de las Naciones Unidas declaró 1993 como el Año Internacional de los Pueblos Indígenas. Año durante el cual se realizaron diversas reuniones que enfocan el tema de los aportes que los pueblos indígenas han realizado en diferentes aspectos de las sostenibilidad de los recursos naturales.

Mediante la resolución 49/113 del 19 de diciembre de 1994, la Asamblea General de Naciones Unidas urge a los gobiernos a promover la diseminación

¹⁹¹ Constituye el documento político que enmarca los principios que deberán regir la conducta de las naciones y de los pueblos en los próximos 20 años con respecto al medio ambiente y al desarrollo, para garantizar la viabilidad e integridad de la tierra como hogar del hombre y de todos los seres vivos. A. Barcena. El programa 21. Consejo de la Tierra, 1993. Pág 2.

¹⁹² Ver. United Nations. Río Declaration on Environment and development application and implementation. Economic and Social Council. Commission on Sustainable Development. Fifth session, abril 1997.

¹⁹³ "Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo, debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible".

de los principios de la Declaración de Río en todos los niveles, y solicita al Secretario que estos componentes se apliquen en los órganos del Sistema de Naciones Unidas. En la resolución 51/181 del 16 de diciembre de 1996, la Asamblea General, invita al Secretario General a proveer, para la sesión especial de 1997, una revisión¹⁹⁴ de la incorporación de los principios de la Declaración de Río en la Agenda 21.

En cuanto a la implementación del principio 22 de la Declaración, es preciso referirse a la Agenda 21, al Convenio sobre la Diversidad Biológica, al Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las poblaciones indígenas, que se tratan más adelante en esta sección¹⁹⁵.

4.2 La Agenda 21

La Agenda 21 se divide en 40 capítulos, distribuidos en cuatro secciones: I. dimensiones sociales y económicas; II. conservación y gestión de los recursos naturales; III. Fortalecimiento de los grupos principales y IV medios de ejecución. Para nuestros efectos, nos centraremos en las secciones II y III, aunque se advierte que la Agenda 21¹⁹⁶ es un documento integral y que debe verse como tal¹⁹⁷.

¹⁹⁴ El reporte es presentado en abril de 1997 durante la quinta sesión de la Comisión sobre Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas con el nombre "La Declaración de Río sobre Ambiente y Desarrollo: aplicación e implementación".

¹⁹⁵ Al respecto, ver definición de "pueblo indígena" dentro del presente trabajo página 48.

¹⁹⁶ La Agenda 21, basa sus premisas en la resolución 44/28 de la Asamblea General de Naciones Unidas del 22 de diciembre de 1989, en donde los estados aprobaron que se organizare la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, así como la aceptación de la necesidad de enfocar en forma equilibrada e integral las cuestiones relativas con medio ambiente y desarrollo. La Agenda 21 refleja un consenso mundial y un compromiso político al nivel más alto sobre el desarrollo y la cooperación en la esfera del medio ambiente. Su ejecución con éxito incumbe, ante todo y sobre todo, a los gobiernos. Ver, Consejo de la Tierra. Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Pág 2, Preámbulo. 1992.

¹⁹⁷ Durante el desarrollo de la Agenda 21, también las organizaciones no gubernamentales, realizaron reunidos en el "Foro Global" 46 tratados dentro del los que podemos destacar para nuestros efectos los siguientes: Declaración de los Pueblos a Tierra, en donde se indica que los pueblos indígenas también aportan un liderazgo vital en la tarea de conservar la tierra y sus criaturas y en la creación de una nueva realidad global de afirmación de la vida. La sabiduría indígena constituye uno de los recursos más importantes e irremplazables de la sociedad. Los derechos y contribuciones de los pueblos indígenas deben ser reconocidos. Tratado de Compromiso Ciudadano sobre biodiversidad: se enfatiza que la conservación de la biodiversidad es esencial para acrecentar la capacidad de las comunidades para mantener sus propias culturas y que la biodiversidad tiene una influencia determinante sobre el desarrollo cultural, económico, social, espiritual y sobre la calidad de los pueblos. Tratado Internacional entre los Pueblos Indígenas y ONG: se establecen como principios básicos, el territorio, la autodeterminación, economía y medio ambiente, educación cultura y espiritualidad. Otros tratados que pueden ser consultados

El capítulo 15 es el destinado a mejorar la conservación de la diversidad biológica y a apoyar el CDB. Dentro de sus objetivos se encuentra que los gobiernos, en el nivel que corresponda y con apoyo de otras organizaciones, teniendo en cuenta las poblaciones indígenas y comunidades locales, tomen medidas apropiadas para la distribución justa y equitativa de los beneficios dominantes de la investigación, el desarrollo y la utilización de los recursos biológicos y genéticos, así como de la biotecnología entre las fuentes de esos recursos y entre quienes lo utilizan¹⁹⁸. También llama a reconocer y fomentar los métodos y los conocimientos tradicionales de las poblaciones indígenas y sus comunidades. Hace hincapié en la función particular de la mujer y en que estos métodos y conocimientos sean de interés para la conservación de la diversidad biológica y para la utilización sostenible de los recursos biológicos. Se reconoce además la necesidad de dar a los grupos indígenas la oportunidad de participar en los beneficios económicos y comerciales que se obtengan de la utilización de tales métodos y conocimiento¹⁹⁹.

Se establece²⁰⁰ como actividad de gestión tomar medidas para respetar, registrar, proteger y contribuir a aplicar más ampliamente los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas con miras a una distribución equitativa de beneficios²⁰¹.

El capítulo 16, relativo a la gestión Ecológicamente racional de la biotecnología²⁰², indica que la biotecnología es la integración de nuevas técnicas nacidas de la biotecnología moderna con los enfoques bien comprobados de la biotecnología tradicional. Se reconoce de esta forma un tipo de tecnología nacida de las comunidades²⁰³.

son: Carta de la Tierra; Tratado sobre Modelos Económicos Alternativos; Tratado de los Pueblos de América; Tratado de Investigación para Conservar la Biodiversidad. Ver Consejo de la Tierra. La Cumbre de la Tierra, ECO 92, Visiones Diferentes, 1993. Consejo de la Tierra, CECADE. Foro Internacional de ONG y Movimientos Sociales. Construyendo el Futuro: tratados alternativos de Río 92. 1993.

198 Capítulo XV. Apartado 15.4 (d) Objetivos

199 Capítulo XV. Apartado 15.4 (g) Objetivos

200 *Ibidem*. Postulado 15.5(e).

201 Ver, Swedish Scientific Council on Biological Diversity. Fair and Equitable. September, 1999. G. Aguilar. Legal Basis for access to genetic resources and protection of traditional knowledge on indigenous lands. Faculty of Environmental Studies. Suny College of Environmental Science and Forestry. April, 2000.

202 Ver introducción del capítulo XVI.

203 El Tratado sobre Banco de Tecnología - Tratado de las ONG en Río 92 - indica que la tecnología actual no es sustentable desde el punto de vista ambiental, insensible frente a las culturas y por eso es incapaz de incorporar la creatividad de los pueblos del tercer mundo. Se propone la creación de un Banco de Tecnologías o sistema solidario de transferencia de tecnología, se construye de aportes tecnológicos que se depositan en él y son transferidos a las comunidades.

En relación con los derechos de los pueblos indígenas, pocos instrumentos son tan claros como la Agenda 21. El capítulo 26 persigue un proceso encaminado a investir de autoridad a estos pueblos mediante una lista de acciones dentro de las que figuran la adopción y ratificación de políticas o instrumentos jurídicos; el reconocimiento de sus tierras, valores, conocimientos tradicionales y su dependencia tradicional con estos recursos como base esencial para su bienestar; la elaboración de acuerdos de resolución de controversias sobre la propiedad de sus tierras; la promoción de medios de producción ecológicamente sostenibles; el aumento de sus capacidades sobre la base de su experiencia que contribuyan a mejorar su calidad de vida y el desarrollo sostenible de sus comunidades.

Establece que, para que las comunidades indígenas, de conformidad con la legislación nacional, tengan un mayor control sobre sus tierras, se encarguen de la ordenación de sus propios recursos, participen en la adopción de decisiones relativas al desarrollo que les afecte y, cuando proceda en el establecimiento o la ordenación de zonas protegidas, los gobiernos podrían:

- Examinar la posibilidad de ratificar y aplicar convenios internacionales relativos a poblaciones indígenas y apoyar la aprobación de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Adoptar o reafirmar políticas o instrumentos jurídicos apropiados que protejan la propiedad intelectual y cultural indígena y el derecho de las poblaciones indígenas a preservar sistemas y prácticas consuetudinarias y administrativas²⁰⁴.

Además, en cooperación y colaboración con las poblaciones indígenas:

Deberían crear mecanismos nacionales para celebrar consultas con miras a tener en cuenta las necesidades de estas poblaciones e incorporar sus valores, *conocimientos y prácticas tradicionales* o de otra índole en las políticas y programas nacionales en materia de ordenación y conservación de los recursos naturales y en otros programas de desarrollo que puedan afectar a poblaciones indígenas.

Incorporar sus derechos y obligaciones dentro de la legislación nacional en forma apropiada a su situación particular. Dentro del plano regional se llama a cooperar a fin de tratar las cuestiones indígenas comunes para aumentar su participación en el desarrollo sostenible²⁰⁵.

²⁰⁴ Ver Agenda 21. Capítulo 26, apartado 26.4. La letra itálica no es del texto original.

²⁰⁵ Ver Agenda 21. Capítulo 26, apartados 26.6 y 26.8. La letra itálica no pertenece al texto original.

Nótese que ya se empiezan a definir los conceptos de necesidad de derechos de propiedad intelectual para preservar el conocimiento de las poblaciones indígenas, así como el respeto a los conocimientos y prácticas tradicionales.

5. Convenio sobre la Diversidad Biológica

El Convenio entró en vigor el 29 de diciembre de 1993, dieciocho meses después de abrirse para su suscripción en la Conferencia de la Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992²⁰⁶. Este instrumento representa un paso trascendental dentro del manejo y la utilización de los recursos biológicos y constituye un acuerdo marco en dos sentidos. Primero, deja a las Partes Contratantes que determinen, en forma individual cómo se implementarán la mayoría de las disposiciones; segundo, su énfasis es la promoción de procesos nacionales para la adopción de decisiones. También deja abierta la posibilidad a las partes de negociar anexos y protocolos²⁰⁷.

El Convenio reconoce el valor y la importancia de la diversidad biológica para la vida en el planeta²⁰⁸. Reafirma los derechos soberanos de los estados sobre sus recursos biológicos. Reconoce la estrecha y tradicional dependencia de las poblaciones indígenas, entre otras con los recursos biológicos y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades²⁰⁹.

Los objetivos principales del CDB son: la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa

²⁰⁶ Durante las Asambleas Generales de UICN, en 1984 y 1987, algunos expertos exploraban la posibilidad de un acuerdo en la materia. Por decisión del Consejo de Administración del PNUMA 14/26 de 1987, estableció un grupo ad-hoc para investigar la conveniencia de un tratado. Para 1990, el grupo concluyó con que se necesitaba urgentemente un tratado sobre diversidad biológica. En 1989 UICN preparó sucesivas propuestas de artículos para inclusión en un tratado más tarde la FAO y PNUMA prepararon importantes insumos a la discusión. La Secretaria del PNUMA con un grupo reducido de expertos prepara el primer borrador. En 1991 se inician las negociaciones y el grupo de trabajo cambia su nombre a Comité Intergubernamental de Negociación del Convenio Sobre Diversidad Biológica. Ver, R. Martín Mateo. Tratado de Derecho Ambiental. Volumen II, pág. 42. Glowka y otros. Guía del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Pág. 2. C.de Klemm, C. Shine. Biological Diversity Conservation and the Law. IUCN, 1993. Pág. 17.

²⁰⁷ Ver Glowka y otros. Guía del Convenio sobre la Diversidad Biológica, págs. 1,2.

²⁰⁸ Sobre la importancia de la conservación de la diversidad biológica, ver, Estrategia Mundial de Conservación de 1980; UICN, PNUMA, WWF. Cuidar la Tierra, 1991; World Resources Institute, UICN, PNUMA. Estrategia Global para la Biodiversidad, 1992.

²⁰⁹ Ver Preámbulo del CDB.

y equitativa de los beneficios que se generen de los recursos genéticos. Dentro de sus temas centrales se encuentran la soberanía nacional, la conservación de los recursos; acceso a recursos genéticos; mecanismos de consentimiento fundamentado previo; acuerdos mutuamente convenidos; asuntos de financiamiento, implementación y resolución de controversias²¹⁰.

Para lograr la implementación de este instrumento jurídico internacional se necesita del apoyo de todos los diferentes componentes de la sociedad, incluyendo comunidades, organizaciones no gubernamentales, la comunidad científica y la industria. Todos estos sectores deben contribuir en alcanzar la meta común de la conservación de la diversidad biológica y la distribución equitativa de beneficios²¹¹. En el capítulo IV de la presente publicación se aborda el CDB a mayor profundidad.

6. Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas

Fue creado dentro del Sistema de Naciones Unidas por recomendación de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías²¹² en su resolución número 2 (XXXIV) de setiembre de 1981, apoyada por la Comisión de Derechos Humanos en su resolución 1982/19 de marzo de 1982 y autorizada por el Consejo Económico y Social en su resolución 1982/34 de mayo de 1982. Es un cuerpo subsidiario de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Está autorizado a reunirse en forma anual por períodos hasta de cinco días con los siguientes objetivos:

- Revisar el desarrollo relacionado con la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas.
- Dar especial atención a la evolución de las medidas relacionadas con los derechos de las poblaciones indígenas.

A las reuniones de este grupo asisten alrededor de 700 personas cada año, de los cuales la mitad son representantes de pueblos indígenas. Vale mencionar que los pueblos indígenas han comunicado a este grupo, en

²¹⁰ Todos estos aspectos y otros son abordados en detalle a lo largo del presente documento.

²¹¹ Ver, IUCN. Five years after Rio. Measuring Progress in the implementation of the Convention on biological Diversity. Special focus report by IUCN to the Earth Council. January, 1997.

²¹² Esta Subcomisión trataba un punto separado del grupo de trabajo llamado "Discriminación contra poblaciones indígenas". También, en 1996, la Comisión de Derechos Humanos decidió tener una agenda separada para "asuntos indígenas". Los únicos indígenas que pueden participar en estas reuniones son aquellos que tienen el status consultivo.

diferentes ocasiones, la prioridad sobre la protección de sus derechos sobre conocimientos tradicionales.

Este grupo ha demostrado dar buenos resultados sobre algunos temas relacionados con los derechos indígenas, como por ejemplo, la designación del Año Internacional de los Pueblos Indígenas en 1993 y la Década de las Poblaciones Indígenas 1995-2004. Ha realizado estudios en temas como derechos territoriales indígenas y patrimonio cultural.

7. El Grupo de Trabajo Abierto Intersesional

Fue establecido por la Comisión de Derechos Humanos por medio de la resolución 1995/32 del 3 de marzo de 1995 con el único propósito de elaborar un borrador de la “Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas”. Este grupo de trabajo está abierto a las organizaciones indígenas sin un “*status*”²¹³ consultivo dentro del Consejo Económico y Social si son aprobados por el Comité del Consejo sobre organizaciones no gubernamentales²¹⁴. La primera sesión fue realizada en noviembre de 1995, y una segunda, en enero de 1996.

8. Foro Permanente de Poblaciones Indígenas

En el Seminario de Copenhague de junio de 1995²¹⁵ se consideró la idea de establecer un “Foro Permanente de Poblaciones Indígenas” recomendando a las Naciones Unidas que emprendieran un estudio sobre esta posibilidad dentro del Sistema de Naciones Unidas. El Grupo de Trabajo de Poblaciones Indígenas impulsa esta idea, la cual es expuesta oficialmente en la Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, en donde se pide que se apruebe este foro²¹⁶.

En su resolución 1996/35 del 29 de agosto de 1996, la Asamblea General solicita a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías que prepare una revisión de los mecanismos existentes en

²¹³ Para 1997, 15 organizaciones indígenas tienen “status” consultivo en el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas. Datos obtenidos de la página web: www.unhchr.ch/html/menu6/2/fs9.htm.

²¹⁴ Algunos, pueblos indígenas consideran que este procedimiento es engorroso, aunque, para 1996, ya participaban 90 organizaciones indígenas.

²¹⁵ Reunión del Consejo de los Crees.

²¹⁶ Ver Naciones Unidas, Consejo Económico. Comisión de Derechos Humanos. Informe del Segundo Seminario sobre el Establecimiento de un Foro Permanente para los Pueblos Indígenas en el sistema de Naciones Unidas. Santiago, Chile, julio de 1997.

Naciones Unidas relacionados con asuntos indígenas, además de que tomare en consideración las opiniones de gobiernos, y pueblos indígenas expresadas en la reunión del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas.

El reporte fue entregado durante la sesión 55 de la Asamblea General, y se establece, entre otros, que lo que sale de esta revisión de las opiniones de gobiernos y pueblos indígenas son propuestas que van hacia los dos lados: algunos apoyan la idea, otros la rechazan. En cuanto al Sistema de Naciones Unidas, se notan esfuerzos positivos por integrar los aspectos indígenas dentro de los programas; sin embargo, también se notan inconsistencias cuando, por ejemplo, aparte del Convenio 169 de la OIT, a la fecha, no existen guías ni principios adoptados sobre los derechos de los pueblos indígenas. No hay mecanismos dentro de las organizaciones de Naciones Unidas que den a la representación nominativa de indígenas u organizaciones indígenas una oportunidad para proveer asesoramiento experto o tomar parte en la toma de decisiones. Podría ser prudente tomar medidas para evitar la duplicación de esfuerzos y fomentar la cooperación y el acercamiento consistente²¹⁷.

Durante el Segundo Seminario sobre el Establecimiento del Foro Permanente, celebrado según la resolución 1997/30 de la Comisión de Derechos Humanos, se recogen varias observaciones, entre otros, en cuanto a cuál debería ser el mandato, las relaciones con otros grupos de Naciones Unidas y las atribuciones.

En el mismo año se realiza la Primera Conferencia Internacional Indígena sobre un Foro Permanente en el Sistema de Naciones Unidas²¹⁸. Se insta a que se establezca el Foro Permanente al más alto nivel lo antes posible; que los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en el foro, y que el mandato del foro puede ser lo suficientemente amplio para abarcar todas las esferas que interesan a los pueblos indígenas del mundo.

El Foro fue creado el 28 de julio de 2000 por el Consejo Económico y Social, por recomendación de la Comisión de Derechos Humanos. La distribución de los escaños gubernamentales se basa en los cinco grupos regionales de las Naciones Unidas, y tres escaños adicionales rotan entre las regiones. En esta ocasión, los tres grupos regionales de América Latina y el Caribe, Europa occidental y Asia cuentan con dos escaños cada uno. Es así como en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York, del 13 al

²¹⁷ United Nations. Review of the existing mechanisms, procedures and programmes within the United Nations concerning Indigenous people. Documento A//51//493. 14 de octubre de 1996.

²¹⁸ Realizado en Temuco, Chile, del 6 al 9 de mayo de 1997.

24 de mayo del 2002, por primera vez y en forma oficial, sesiona el nuevo Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. En su calidad de órgano subsidiario del Consejo Económico y Social, el nuevo Foro presentará informes y hará recomendaciones al Consejo sobre cuestiones relativas al desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente, la educación, la salud y los derechos humanos. Además de asesorar al Consejo, se ha pedido al Foro que aumente la concienciación, promueva la integración y la coordinación de las actividades relativas a las cuestiones indígenas en el sistema de las Naciones Unidas y prepare y difunda información sobre cuestiones indígenas. Se reunirá una vez al año durante 10 días hábiles.

9. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas²¹⁹

En 1985 se solicitó al Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de las Minorías de Naciones Unidas que trabajara en un texto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. El texto fue acordado por el grupo de trabajo en 1993 y la resolución 1994/42 del 26 de agosto de 1994, y fue adoptado por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, que lo envía a la Comisión de Derechos Humanos para su consideración. Por la resolución 1995/32 del 3 de marzo de 1995, la Comisión de Derechos Humanos establece un grupo de trabajo abierto, exclusivamente para trabajar en la Declaración, tomando como base el texto presentado. La idea es hacer el examen de la Declaración y tener un texto para su adopción por parte de la Asamblea General en el Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas. Se han realizado reuniones sobre este tema en 1995 y 1996²²⁰ y, a la fecha, no se ha aprobado la Declaración.

La Declaración consta de 45 artículos, reconoce que deben respetarse los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas, ya que contribuyen al desarrollo sostenible, equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente. Por lo tanto, los pueblos indígenas tienen

²¹⁹ Resolución 1.994/45 de la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías. 28 de octubre de 1994.

²²⁰ Sobre el informe de la reunión de 1996, ver Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos. Proyecto de Informe de grupos de trabajo establecido de conformidad con la resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos. Relator: José Urrieta (Perú). 4 de enero de 1996. Se detallan aquí los comentarios de pueblos indígenas y gobiernos referentes a la declaración. En relación con todas las partes de la Declaración, se deja ver del documento que existe poco consenso entre las percepciones de algunos gobiernos y los pueblos indígenas.

derecho a que se les reconozca la propiedad, el control y la protección de su patrimonio cultural e intelectual. En este sentido, tienen derecho a que se adopten medidas especiales de control, desarrollo y protección de sus ciencias, tecnologías, manifestaciones culturales, recursos genéticos y el conocimiento de las propiedades de la fauna y flora²²¹.

Se estipula claramente que los pueblos indígenas tienen el derecho de exigir a los estados que, antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus recursos o sus territorios, obtengan un consentimiento expresado con libertad y pleno conocimiento. De esta forma se puede llegar a acuerdos de indemnización o mitigación²²². Esta Declaración está redactada en términos de los derechos que los pueblos indígenas pueden exigir o tienen, lejos de plantearla en términos de los deberes y obligaciones del Estado. No queda claro cuál es la intención de los formuladores del texto en este sentido; es decir, se reconocen derechos pero no se establecen obligaciones de los estados.

Aunque no ha sido adoptada por la Asamblea General, la Declaración ya está sirviendo de base de referencia para proteger los derechos de los pueblos indígenas y ha sido considerado un importante avance para los pueblos indígenas del mundo.

10. Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

Conocido como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), entró en vigor en 1991. Durante la realización del Convenio se dieron grandes debates sobre asuntos de autodeterminación y el uso del término poblaciones y pueblos²²³. No dispone de medidas específicas de protección del conocimiento ni en cuanto a su protección como derecho intelectual. Lo que sí dio como resultado es que muchas organizaciones indígenas no quedaron satisfechas con el texto final del Convenio. En la actualidad, este es el convenio “disponible” más relevante en materia de derechos indígenas y ha sido ratificado por varios países del mundo²²⁴.

²²¹ Ver preámbulo y artículo 29.

²²² Ver artículo 30 y, en este trabajo la sección dedicada a consentimiento informado previo.

²²³ Sobre este aspecto ver en este trabajo Capítulo II. Definición de Pueblo Indígena, pág 56.

²²⁴ Inspirada en el Convenio 169, la OIT a lanzado un programa inter-regional para apoyar el desarrollo de la auto dependencia por medio de cooperativas y otras organizaciones propias de ayuda (INDISCO) y fortalecer las capacidades de los pueblos indígenas y tribales, ayudándolos a diseñar e implementar sus propias iniciativas y planes de desarrollo, asegurando que sus valores tradicionales y culturas sean auto resguardados. Ver, OMPI. Framing the Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders. July 2000.

Aunque, como ya afirmamos, no establece protección específica del conocimiento tradicional dentro de su texto, establece disposiciones que se vinculan estrechamente con este. Estipula que deben reconocerse y protegerse los valores y las prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales de los pueblos indígenas²²⁵. Tómese en consideración que un tipo de valor bien puede ser el “conocimiento tradicional”. El artículo también hace mención de que debe tomarse en consideración la índole de los problemas que se presentan colectiva o individualmente. Aquí se hace alusión al planteamiento colectivo. Si bien no se reconocen los derechos colectivos como tales, deja ver que existe un sistema colectivo²²⁶.

También los gobiernos deben consultar y establecer métodos de participación cuando se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas; o políticas y programas que les conciernan²²⁷.

Asimismo, los gobiernos deben tomar medidas en cooperación con los pueblos indígenas para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan. Además, deberán protegerse especialmente los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras²²⁸. Este derecho comprende el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. Cuando los recursos sobre sus tierras pertenezcan al estado se deberán establecer procedimientos de consulta antes de autorizar o emprender cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Siempre que sea posible, los pueblos indígenas interesados deben participar de los beneficios que reporten tales actividades²²⁹.

Realmente el Convenio 169 de la OIT - aunque en una forma más tímida - antes que el CDB, sienta algunos elementos básicos para la protección de los recursos biológicos y el conocimiento tradicional; por ejemplo, ya está apuntando a la necesidad de consultar lo que se ha convertido, en algunos países, en un consentimiento fundamentado previo y la necesidad de

²²⁵ Además en su preámbulo se reconoce la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecología de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales.

²²⁶ Ver artículo 5.

²²⁷ Ver artículo 6.

²²⁸ Ver, E. Espinoza; G. Aguilar Compendio de Legislación Indígena con énfasis en Protección de sus territorios. Centro de Derecho ambiental de los recursos naturales (CEDARENA), Asociación regional indígena de los Dikes. 1996.

²²⁹ Ver artículos 7 y 15.

repartir beneficios de las actividades que se generen en sus territorios²³⁰. Establece también el deber de los gobiernos de respetar la importancia especial que estas culturas mantienen con sus tierras o territorios y en particular con los aspectos colectivos de esa relación. Además, se deben tomar medidas para garantizar la protección efectiva de los derechos de propiedad²³¹.

11. Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

El Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue elaborado en febrero de 1997 por la Organización de Estados Americanos. Dentro de ese texto se destacan el reconocimiento de los derechos colectivos²³² de los pueblos indígenas y el derecho al autogobierno²³³.

Indica que en caso de que los recursos existentes en territorios indígenas pertenezcan al Estado se deben establecer procedimientos de participación, y los pueblos interesados deben participar de los beneficios que reporten dichas actividades. Esta disposición se asemeja al artículo 15 del Convenio 169 de la OIT.

De especial importancia es el artículo 20 referido a los derechos de propiedad intelectual, en donde se indica que los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento y a la plena propiedad, control y protección de su patrimonio cultural - *dentro del que se encuentra el conocimiento* -²³⁴, artístico, espiritual, tecnológico y científico y a la protección legal de su propiedad intelectual a través de patentes, marcas comerciales, derechos de autor y otros procedimientos establecidos en la legislación nacional, así como medidas especiales para asegurarles "status" legal y capacidad institucional para desarrollarla, usarla, compartirla, comercializarla y legar dicha herencia a futuras generaciones.

²³⁰ Aunque el Convenio protege algunos derechos, no hay mecanismos definidos para su implementación. Por ejemplo, se les da a los pueblos indígenas el derecho a participar en el manejo de sus propios recursos, sin embargo, la participación es generalmente definida por los gobiernos. El Convenio 169 se toma conjuntamente con otros instrumentos internacionales como el Convenio sobre la Diversidad Biológica, provee un lenguaje fuerte que apoya una participación fuerte y efectiva de los pueblos indígenas. Ver, D. Posey. Traditional Resources Rights. IUCN, 1996. Pág. 27.

²³¹ Ver artículo 13.

²³² Ver artículo 2.

²³³ Ver artículo 15.

²³⁴ El contenido de la letra itálica no es del artículo en mención.

Además, establece que los pueblos indígenas tienen derecho a controlar y desarrollar sus ciencias y tecnologías, incluidos sus recursos humanos y genéticos en general, semillas, medicina, conocimientos de vida animal y vegetal, diseños y procedimientos originales. Los estados tomarán medidas para asegurar la participación de los pueblos indígenas en la determinación de las condiciones para la utilización pública y privada de estos derechos.

Nótese que este texto, como ningún otro, hace referencia explícita a los derechos de propiedad intelectual haciendo un llamado a los estados para que protejan los derechos de los pueblos indígenas en este sentido. Se le reconoce así la propiedad de su patrimonio cultural, el derecho a controlarlo, utilizarlo y a que este sea protegido por medio de los derechos de propiedad intelectual u otros.

Se hace un llamado a los Estados Americanos, sus órganos, organismos y entidades, en particular el Instituto Indigenista Interamericano y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para que colaboren con la implementación de esta Declaración.

12. Declaración de Mataatua de los Derechos Intelectuales y Culturales de los Pueblos Indígenas

En Nueva Zelanda en junio de 1993; se realizó la denominada Primera Conferencia Internacional sobre Derechos de Propiedad Intelectual y Cultural de los Pueblos Indígenas²³⁵; participaron 150 delegados de 14 países dentro de los que figuraron representantes indígenas de Perú y Panamá.

Aquí se reconoce que los pueblos indígenas tienen experiencias comunes relacionadas con la explotación de su propiedad cultural e intelectual y que son capaces de administrar sus propios conocimientos tradicionales. Se hace énfasis en que estos conocimientos están abiertos para ofrecerlos a la humanidad, siempre y cuando los derechos de control y definición estén protegidos por la comunidad internacional.

La Conferencia define una lista de recomendaciones: 1) a los pueblos indígenas, 2) a los estados nacionales y agencias internacionales, y 3) a las

²³⁵ La reunión se realiza precisamente en el año 1993, declarado por Naciones Unidas el año Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo. La reunión duró seis días y se consideraron aspectos de gran importancia dentro de los que destacan; el valor del conocimiento tradicional, biodiversidad y biotecnología, manejo ambiental consuetudinario, artes, música, lenguaje y otras formas físicas y culturales. Declaración Mataatua. 1993.

Naciones Unidas. En relación con los pueblos Indígenas se destacan para el interés del tema en estudio, que en el desarrollo de las políticas y prácticas, los pueblos indígenas deben entre otros, definir por ellos mismos su propiedad intelectual y cultural, desarrollar un código de ética para los usuarios de su conocimiento, y controlar la comercialización de propiedades culturales indígenas que ya están en el dominio público. Se indica que los mecanismos existentes son insuficientes para la protección de los derechos de propiedad intelectual y cultural y de los pueblos indígenas²³⁶.

Se recomienda además entre otros, que en el desarrollo de políticas y prácticas a los estados, las agencias internacionales y nacionales deben: reconocer el valor del conocimiento tradicional para la conservación del ambiente; desarrollar un régimen de cooperación donde se respete la propiedad colectiva su alcance multigeneracional, y en donde los pueblos indígenas sean los primeros beneficiarios y declarar una moratoria sobre cualquier comercialización de plantas medicinales²³⁷ o materiales genéticos humanos hasta que hayan desarrollado mecanismos apropiados para su protección²³⁸.

En cuanto al respeto de los derechos de los pueblos indígenas, las Naciones Unidas deben: asegurar procesos de participación amplia; instruir y tomar acción en contra de estados que persistan con políticas y actividades dañinas para los derechos de propiedad intelectual y cultural de los pueblos indígenas.

13. Declaración del II Foro Mesoamericano y del Caribe de Derechos Intelectuales Comunitarios

En noviembre de 1998, en Costa Rica, se reunieron indígenas, campesinos negros y académicos de países de Centroamérica, México y el Caribe.

²³⁶ Se hace un llamado al establecimiento de mecanismos apropiados para: preservar y dar seguimiento a la comercialización o propiedad indígenas culturales en el dominio público; asesorar y motivar a los pueblos indígenas a tomar medidas para proteger su patrimonio cultural; y permitir procesos consultivos obligatorios en relación con cualquier legislación que pueda afectar los derechos intelectuales o culturales de los pueblos indígenas. Se recomienda además, dar prioridad al establecimiento de centros indígenas de investigación y capacitación para promover su conocimiento consuetudinario del ambiente y de las prácticas culturales. Declaración Kari-Oca. Secciones 1.4, 1.8.

²³⁷ Ver, C. Vicente. Biodiversidad y plantas medicinales. GRAIN. Revista Biodiversidad.1994.

²³⁸ Las compañías e instituciones, gubernamentales y privadas no deben realizar experimentos o comercialización de ningún recurso biogenético sin el consentimiento del correspondiente pueblo indígena. Se debe asegurar que la investigación científica sobre el ambiente es fortalecida mediante el involucramiento de las comunidades indígenas y el conocimiento ambiental consuetudinario. L comercialización de cualquier planta o medicina tradicional debe ser manejada por el pueblo indígena que a heredado ese conocimiento. La Declaración Mataatua. 1993. Biodiversidad y manejo ambiental consuetudinario, secciones 2.7, 2.9, 2.10.

Acuerdan que es necesario crear instrumentos jurídicos que aseguren la distribución equitativa de beneficios y el aseguramiento de los derechos colectivos e individuales de las comunidades.

También acuerdan que existen instrumentos legales de carácter internacional, como el CDB y el Convenio 169 y acuerdos regionales, que brindan una oportunidad y pueden servir de apoyo. Proponen la elaboración de un “Convenio Mesoamericano y del Caribe para la Protección de los Derechos Intelectuales Comunitarios” por medio de un proceso de amplia participación. Además de la elaboración de un protocolo que implemente el artículo 8 (j) de la CDB, la promoción del CDB en relación con pueblos indígenas y comunidades locales y que se realice un III Foro Mesoamérica y del Caribe en donde se consoliden estos acuerdos.

14. Declaración de Santa Cruz de la Sierra, sobre propiedad intelectual y pueblos indígenas²³⁹

Declaración hecha en la reunión regional sobre derechos de propiedad intelectual y biodiversidad organizada por la Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica - COICA - y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo - UNDP-celebrada en Bolivia, Santa Cruz de la Sierra entre el 28 y 30 de setiembre de 1994.

Aquí se expresan muchos de los temores de los pueblos indígenas con relación a los sistemas de derechos de propiedad intelectual dentro de los que se destacan: el desequilibrio de poder norte-sur y la insistencia por colonialismo; la apropiación indebida del conocimiento tradicional para fines comerciales; el temor por un sistema de propiedad intelectual usurpatorio y racista que minimiza el valor del conocimiento tradicional y pretende cambiar el sistema indígena existente²⁴⁰.

²³⁹ Hacemos referencia a esta Declaración por realizarse en América Latina, sin embargo, en el tema de derechos de propiedad intelectual y biodiversidad pueden también verse: Carta de los Pueblos Indígenas y Tribales de los Bosques Tropicales. Penang, Malasia, 1992. Pacto sobre Recursos Intelectuales, Culturales y Científicos. 1992. Consulta sobre la Protección y Conservación de Conocimiento Tradicional. Naciones Unidas para el Desarrollo. Sabah, East Malasia, febrero de 1995. Declaración final de la Consulta sobre el Conocimiento Tradicional de los Pueblos Indígenas y los Derechos de Propiedad Intelectual. Naciones Unidas para el Desarrollo. Suva, Abril 1995.

²⁴⁰ También se proclaman una serie de lineamientos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Por ejemplo: “la biodiversidad y el conocimiento tradicional son conceptos inherentes a la idea de territorialidad indígena. Los asuntos relacionados con el acceso a los recursos tienen que ser vistos desde esta perspectiva. Una visión integral de la territorialidad, su reconocimiento y reconstitución prerrequisito para la creatividad y genio inventivo de los pueblos indígenas. Para los miembros de los pueblos indígenas el conocimiento y determinación del uso de los recursos

También se hacen una serie de recomendaciones entre las que podemos encontrar: evaluar y analizar el sistema de derechos de propiedad intelectual desde la perspectiva indígena; definir mecanismos de consulta e intercambio de información entre las organizaciones indígenas y los foros internacionales; evaluar las posibilidades de un sistema sui generis de protección de los recursos indígenas y el conocimiento tradicional; estudiar a corto plazo las posibilidades de establecer un marco regulatorio mínimo para la realización de contratos bilaterales; y establecer organismos asesores locales y regionales sobre propiedad intelectual y biodiversidad.

Finalmente contiene una sección de estrategias de mediano plazo dentro de las que destacan: el establecimiento de un programa para la protección colectiva de los recursos biológicos y el conocimiento tradicional; la realización de una serie de talleres en el ámbito comunal, nacional y regional sobre la relación de DPI y Biodiversidad; la creación de una red de información y un mecanismo consultivo entre indígenas y líderes indígenas. Redactar un protocolo de leyes indígenas sobre el uso del conocimiento tradicional y los recursos biológicos y desarrollar una estrategia para su difusión.

15. Carta de la Tierra de los Pueblos Indígenas. Declaración Kari-Oca.

Esta declaración fue realizada durante la Conferencia Mundial²⁴¹ de Pueblos Indígenas sobre el territorio, ambiente y desarrollo, celebrada en Brasil entre el 25 y 30 de mayo de 1992. Es quizá, una de las más amplias en cuanto a sus contenidos se divide en cinco secciones: 1) derechos humanos y derecho internacional, 2) tierra y territorios, 3) biodiversidad y conservación, 4) estrategias de desarrollo, 5) cultura, ciencia y propiedad intelectual.

Se indica que los pueblos indígenas valoran los esfuerzos hechos para proteger la biodiversidad, pero se niegan a ser parte de una biodiversidad inherente que se pretende sea mantenida para fines científicos y propósitos folclóricos. Como creadores y transportadores de una civilización que ha

son colectivos e intergeneracionales. Ninguna población indígena, individuos, comunidades, gobiernos pueden vender o transferir la propiedad de los recursos que son la propiedad de los pueblos y sobre la cual cada generación tienen la obligación de cuidar para la próxima. Declaración de Santa Cruz de la Sierra, sobre propiedad intelectual y biodiversidad. Puntos básicos del acuerdo. Números 4, 5, 6, 7. 1994.

²⁴¹ A la conferencia asistieron representantes de los pueblos indígenas de las Américas, Asia, África, Australia, Europa y el Pacífico. Preámbulo de la Declaración Kari-oca.1992.

dado y continua compartiendo conocimiento²⁴², experiencia y valores con la humanidad, requieren que su derecho a la propiedad intelectual y cultural sea garantizado y que el mecanismo para cada implementación vaya a favor de sus pueblos y sea estudiada profundamente e implementada. Este respeto debe contener el derecho sobre los recursos genéticos, bancos de genes, biotecnología y el conocimiento de programas de biodiversidad. Plantean que ellos deberían hacer una lista de los museos e instituciones que han mal utilizado sus propiedades culturales e intelectuales.

Declaran que los pueblos indígenas tienen derecho a desarrollar sus propias estrategias de desarrollo basadas en prácticas culturales con un manejo transparente, eficiente y viable y con viabilidad económica y ecológica. Antes, de realizar cualquier proyecto en territorios indígenas, se debe pedir el consentimiento informado previo de los pueblos indígenas.

Con relación a sus tierras, señalan que los pueblos indígenas, tienen derechos inalienables a la tierra y a sus recursos, que ellos siempre han sido los dueños y custodios sobre sus territorios tradicionales y demandan que esto sea respetado. Los “parques” no deben ser declarados a expensas de los pueblos indígenas, no hay forma de separar a los pueblos indígenas de sus territorios.

16. La Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

La Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo conocida como UNCTAD - sus siglas en inglés - fue creada en 1964 como entidad intergubernamental permanente; compuesta por 188 estados miembros, es el principal órgano de la Asamblea General de las Naciones Unidas en la esfera de comercio y desarrollo, entre otros, da tratamiento a asuntos relacionados con comercio, tecnología y desarrollo sostenible.

Dentro del papel de la UNCTAD²⁴³ se encuentran el área de comercio y medio ambiente²⁴⁴, en este sentido se trabaja en ayudar a lograr un equilibrio

²⁴² Dentro de los conceptos básicos son apuntados con relación al conocimiento tradicional, resaltan por su importancia: 1) las tradiciones no pueden ser separadas de las tierras, territorios o ciencia; 2) el conocimiento tradicional permite a los pueblos indígenas la supervivencia. 3) la usurpación de las medicinas tradicionales y el conocimiento de los pueblos indígenas debe ser considerada como un crimen contra los pueblos. Declaración Kari-Oca. Cultura, ciencia y propiedad intelectual. Secciones 97, 98, 99. 1992.

²⁴³ Dentro de sus objetivos principales se encuentra el de aumentar al máximo las oportunidades de comercio, inversión y progreso de países en desarrollo y ayudarles a hacer frente a los retos derivados de la mundialización y a integrarse en la economía mundial en condiciones equitativas. Ver, www.unctad.org.

²⁴⁴ Persigue sus objetivos mediante la investigación y el análisis de políticas económicas y de

en el debate sobre el comercio y el medio ambiente, poniendo de relieve las cuestiones que preocupan a los países en desarrollo e insistiendo en la dimensión de desarrollo²⁴⁵.

Como forma para promover el consenso a fin de determinar qué cuestiones podrían ser beneficiosas para los países en desarrollo se visiona la necesidad de: estudiar, teniendo en cuenta los objetivos y disposiciones del CDB y el ADPIC, las formas de proteger los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas de las comunidades locales e indígenas y fomentar la cooperación en la investigación y desarrollo de tecnologías asociadas con el uso sostenible de los recursos biológicos.

UNCTAD, realizó en Ginebra, en octubre del 2000, una reunión de expertos sobre "sistemas y experiencias nacionales de protección del conocimiento tradicional, innovaciones y prácticas. Se pretendió hacer con la participación de diferentes sectores un estado del arte de la discusión sobre el tema. Uno de los temas más controversiales fue la inclusión o no de la discusión de protección del conocimiento tradicional dentro de la Organización Mundial del Comercio. Mientras países como India se mostraron a favor de la integración de la discusión, otros como Suiza y Filipinas manifestaron que ellos no quieren que la conferencia recomiende explícitamente esta línea de acción²⁴⁶.

17. Declaración de Cancún del Grupo de Países Megadiversos Afines

La Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) de México convocó a los Ministros del Ambiente de los Países Megadiversos Afines del mundo a una reunión del 16 al 18 de febrero del 2002, en Cancún, México para abordar un tema pendiente de la agenda ambiental internacional: la utilización sustentable de los recursos biológicos y genéticos con el beneficio que de ello deben tener los países de origen, los pueblos indígenas y comunidades locales. Se buscaba tener una equidad en el acceso y uso de los recursos genéticos, el desarrollo tecnológico y los beneficios que se desprenden de estas actividades. Igualmente se visionaba

desarrollo, las deliberaciones intergubernamentales, la cooperación técnica y la interacción con la sociedad civil y el mundo de la economía. *Ibidem*.

²⁴⁵ Dentro de los Puntos más destacados de su plan de acción se encuentra el de apoyar y facilitar el establecimiento de un programa positivo para los países en desarrollo en las próximas negociaciones comerciales. Ver, Puentes. Entre Comercio y el Desarrollo Sostenible. El papel de la UNCTAD en el área del comercio internacional: puntos más destacados de su plan de acción. Vol.2, No.4, marzo 2000.

²⁴⁶ Ver, Experts Tackle Protection of Traditional Knowledge at UNCTAD Meeting. BRIDGES Weekly Trade News Digest - Vol. 4, Number 42, 7 November, 2000

que los países megadiversos compartieran expectativas y promovieran en forma conjunta relaciones más equitativas y transparentes en estos temas en el ámbito internacional.

Es así como se realiza la primera reunión para conformar el grupo de países megadiversos afines en donde son representados Bolivia, Brasil, China, Costa Rica, Colombia, Ecuador, Filipinas, India, Indonesia, Kenia, Malasia, México, Perú, Sur Africa y Venezuela. Se reunieron en Cancún, México, el 18 de febrero del 2002. De acuerdo con sus miembros este grupo representa cerca del 70% de la diversidad biológica del planeta y alrededor del 45% de la población mundial, constituyendo también un grupo de países ricos en diversidad cultural.

El fin del grupo es el de servir como mecanismo de consulta y cooperación para promover los intereses y prioridades de los países megadiversos relacionadas con la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad. Para el tema que nos ocupa destaca dentro de sus objetivos el explorar conjuntamente vías para intercambiar información y armonizar sus legislaciones nacionales para la protección de la diversidad biológica, incluyendo los conocimientos asociados, así como para el acceso a recursos biológicos y genéticos y el reparto de beneficios derivados de su utilización.

Buscan además promover el desarrollo de un régimen *sui géneris* de protección de los conocimientos tradicionales, basado en instrumentos y mecanismos de diversa naturaleza. En este sentido las discusiones se tornaron con relación a la necesidad de entender que no existe un régimen especial único aplicable a todos los países, sino por el contrario un abanico de opciones según la realidad de cada país.

Unido al mecanismo *sui géneris* se plantea la necesidad de fortalecer el desarrollo de los conocimientos tradicionales mediante el establecimiento de políticas públicas y financiamiento para las comunidades indígenas y locales, a fin de que puedan convertir sus innovaciones en proyectos comerciales viables, siempre que así lo consideren conveniente, con beneficios directos para ellas, haciendo uso, en los casos que fuera posible, de elementos de propiedad intelectual, como las marcas comerciales y las denominaciones de origen.

Hasta el momento el grupo ha estado operando como un bloque de negociación, especialmente activo en las conferencias de las Partes del CDB, en la Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible y en otros foros internacionales. Una de sus misiones principales, así expresado en la Declaración, es el impulso del desarrollo de un régimen internacional que

promueva la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados del uso de la diversidad biológica y sus componentes.

18. La Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible

Del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002, en Johannesburgo, Sudáfrica, se realizó la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible. La Declaración Política de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible, en su párrafo 25, reafirma el papel vital de las poblaciones indígenas en el desarrollo.

El Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible indica²⁴⁷ que con sujeción a la legislación nacional se debe reconocer los derechos de las comunidades autóctonas y locales que poseen prácticas, innovaciones y conocimientos tradicionales y con la aprobación y la participación de los poseedores de esas prácticas, innovaciones y conocimientos, elaborar y poner en práctica mecanismos mutuamente convenidos para compartir los beneficios derivados de su uso. Hace un llamado a las partes a que contribuyan al logro de los objetivos del CDB y facilitar esa contribución, y, reconocer en particular el papel concreto de las comunidades autóctonas y locales en la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica.

Asimismo, el Plan de Implementación promueve la necesidad de fomentar la participación efectiva de las comunidades autóctonas y locales en la elaboración de políticas y la adopción de decisiones sobre la utilización de sus conocimientos tradicionales. Busca estimular el apoyo técnico y financiero a los países en desarrollo y a los países con economías en transición en sus esfuerzos por elaborar y aplicar, según proceda, entre otras cosas, sistemas tradicionales y sistemas sui generis de carácter nacional con arreglo a su legislación y sus prioridades nacionales, con miras a conservar la diversidad biológica.

Una de las pautas acordadas que más llama la atención es la de negociar, en el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica y teniendo presente las Directrices de Bonn, la creación de un régimen internacional para promover y salvaguardar de forma eficaz la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos. Algunos países y en especial los considerados megadiversos han considerado esto como un triunfo al poder dar paso a un instrumento vinculante que en marco del CDB regule la distribución justa y equitativa de beneficios provenientes del uso de la biodiversidad y del conocimiento tradicional.

²⁴⁷ Ver párrafo 42 secciones k, j, i, m, n, p.

19. La Declaración de Cusco del Grupo de Países Megadiversos Afines

Los Países Megadiversos se reunieron nuevamente en noviembre del 2002, en Cusco, Perú, en donde se reconocen los resultados de la Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible y en especial el párrafo 42(o) del Plan de Aplicación de Johannesburgo con relación a la conveniencia de promover un régimen internacional para promover la distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes del uso de la diversidad biológica. También se reconocen los Lineamientos de Bonn, tema que será abordado posteriormente.

En esta Declaración se apoya el trabajo del CDB en relación con el artículo 8 (j) y sus disposiciones relacionadas. Se enfatiza en la necesidad de continuar promoviendo un régimen *sui generis* para proteger el conocimiento tradicional, sobre la base de los derechos de propiedad intelectual y otros instrumentos y mecanismos de naturaleza diferente.

El Grupo acuerda, entre otros, la necesidad de garantizar la plena protección de los derechos de los pueblos indígenas y de las comunidades locales sobre su conocimiento tradicional, de modo de que no se acceda y utilice su patrimonio sin su conocimiento o sin los debidos acuerdos para la distribución de beneficios.

Los Países Megadiversos realizaron su IV Reunión Ministerial en Kuala Lumpur, Malasia paralelamente a la 7a Conferencia de las Partes - Convenio sobre la Diversidad Biológica. En esta ocasión se transfirió la presidencia de México a la India. Se espera que este grupo tome mayor fuerza y que continúe apoyando el impulso de mecanismos de protección de la biodiversidad y el conocimiento tradicional asociado promoviendo una distribución equitativa de los beneficios que se obtienen por su utilización.

20. La Declaración Kimberly

Esta Declaración fue preparada durante la Cumbre Internacional de los Pueblos Indígenas sobre Desarrollo Sostenible realizada en Kimberly, Sudáfrica, del 20-23 de agosto de 2002, paralelamente a la Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible.

Dentro de los aspectos que destacan, con relación al tema abordado, se encuentran la necesidad de reconocimiento y la aceptación nacional, regional e internacional de los Pueblos Indígenas como tarea fundamental para conseguir la sostenibilidad humana y ambiental. Que los sistemas de conocimiento tradicional deben ser respetados, promovidos y protegidos,

y deben garantizarse y asegurarse los derechos colectivos de propiedad intelectual.

Declaran que tienen derecho a definir y establecer prioridades y estrategias para nuestro autodesarrollo y el uso de sus tierras, territorios y otros recursos. Exigen que se obtenga su libre consentimiento fundamentado previo a la aprobación de cualquier proyecto que afecte sus tierras, territorios y otros recursos. Afirman que el conocimiento tradicional no es del dominio público sino que es propiedad cultural e intelectual protegida bajo el derecho consuetudinario. El uso no autorizado y la apropiación indebida del conocimiento tradicional son una usurpación.

21. La Declaración de Leticia

La Declaración de Leticia se dio en el marco de la reunión internacional de los pueblos indígenas y otros pueblos dependientes de los bosques sobre la gestión, conservación y desarrollo sostenible de todos los tipos de bosques, el cual fue realizado en Leticia en el año 1996. La Declaración contiene una serie de recomendaciones indígenas para combatir la crisis forestal. Sostiene la necesidad de establecer nuevos marcos legislativos y sistemas sui generis que reconozcan y protejan plenamente la herencia cultural y el conocimiento tradicional relacionado con los bosques, de los Pueblos Indígenas y otros pueblos que dependen de los bosques.

22. La Declaración de Corobicí

Realizada durante la Reunión Preparatoria Indígena de Expertos sobre Conocimiento Tradicional Relacionado con los Bosques realizada en Costa Rica en Diciembre 2004. Aquí se adoptan una serie de principios generales dentro de los que, entre otros, resaltan: la libre determinación basada en sistemas legales y jurídicos y en derechos colectivos sobre territorios y los recursos naturales. Que la aplicación del principio del consentimiento previo, libre e informado es fundamental en cualquier decisión que podría afectar los territorios, tierras, bosques y la planificación de desarrollo. Que el tema de conocimientos tradicionales debe tratarse de manera holística e inseparable de sus derechos.

Apoyan un enfoque basado en los derechos que reconoce tanto los derechos colectivos como los individuales de los pueblos indígenas, que incluyen nuestros derechos a la libre determinación, al uso y control de los recursos naturales, al patrimonio cultural, al autodesarrollo, a nuestras lenguas y a nuestros modos y medios de vida tradicionales.

Capítulo IV

Los pueblos indígenas y la acción de los Estados

1. Principales preocupaciones

He de dejar claro que las preocupaciones son abundantes y varían en prioridad, dependiendo del pueblo de que se trate, y de la región o continente del que hablemos. Lo que se presenta en este apartado es la recopilación de alguna información obtenida de grupos indígenas organizados y, en ninguna forma, una visión única de la situación.

Según el boletín número 3 del Grupo de Trabajo de Derechos sobre Recursos Tradicionales, 1996, las principales demandas de los pueblos indígenas se pueden resumir así:

- Autodeterminación²⁴⁸: incluye demandas relacionadas con derechos de propiedad de la tierra y de los recursos.
- Consentimiento informado previo: en relación con la protección del conocimiento tradicional y plantas medicinales y el derecho de determinar medidas para su desarrollo.
- Derechos humanos: incluye discriminación, opresión, derecho a la vida y a la libertad.
- Derechos culturales: derecho a expresar y tener culturas diferentes, derecho a religión, lengua, acceso a sitios sagrados y prácticas religiosas.
- Tratados: en relación con leyes coloniales y pueblos indígenas y renegociación de tratados.

²⁴⁸ La autodeterminación incluye el derecho y el poder de los pueblos indígenas a negociar con los estados en igualdad de condiciones los mecanismos que gobernarán las relaciones entre ellos. El derecho de autodeterminación indica que todas las personas pueden libremente determinar su status político y libremente buscar su desarrollo económico, social y cultural. Indigenous Peoples and Sustainability. IUCN, 1997. Pág. 82. En la Carta de los Pueblos Indígenas y Tribales de los Bosques Tropicales. 1992. Los pueblos indígenas demandan respeto por sus derechos políticos, sociales, económicos y culturales, por la autodeterminación y la búsqueda por estilos propios de vida. Respeto por sus leyes consuetudinarias y que estén incorporadas en la legislación nacional e internacional. Ver, también Borrador de Declaración de los Derechos de los Pueblos indígenas, Naciones Unidas. Artículo 3, autodeterminación.

De estas demandas las más importantes, identificadas por 63 posiciones de organizaciones indígenas alrededor del mundo, fueron “autodeterminación y territorios”²⁴⁹.

Los derechos principales reclamados por pueblos indígenas²⁵⁰, con respecto al tema de acceso a los recursos naturales y protección del conocimiento tradicional, son²⁵¹:

- Derechos de propiedad comunal de tierras y territorios.
- Derechos de autodeterminación.
- Derecho a ejercer el derecho consuetudinario de acuerdo con sus prácticas sociales y culturales.
- Derecho a ser representados legal y políticamente por medio de sus propias instituciones.
- Derecho a controlar la propiedad del conocimiento tradicional²⁵².

Todos estos derechos están asociados entre sí y desempeñan un papel importante en el acceso a recursos genéticos y protección del conocimiento tradicional. Así, por ejemplo:

²⁴⁹ A. Posey, 1996.

²⁵⁰ Durante la Misión de la OMPI a Centroamérica y Suramérica se identificaron entre otras, como prioridades de los poseedores de conocimiento tradicional: 1) el reconocimiento de la creatividad y la propiedad colectiva; 2) modalidades de protección del conocimiento tradicional que no impidan el compartir y transmitir el conocimiento tradicional; 3) asistencia en proyectos, negociación, creación e implementación de acceso y otros contratos; 4) protección contra usos no autorizados de conocimiento; 5) un entendimiento de las costumbres, visiones y espiritualidad de las comunidades indígenas; 6) reconocimiento de la fuente de proviene el conocimiento tradicional y distribución equitativa de beneficios. Claridad en que significa conocimiento tradicional para efectos de derechos de propiedad intelectual; 7) aumentar el conocimiento, dar más información sobre los aspectos de derechos de propiedad intelectual, acceso y distribución equitativa de beneficios; 8) probar los sistemas de propiedad intelectual con estudios de casos concretos. Se han retomado únicamente las que nos interesan para efectos del objeto de la investigación. Ver, OMPI. Borrador de reporte misión a Centroamérica de enero 17 al 22 de 1999. Borrador de reporte de misión a Perú del 10 al 13 de mayo de 1999. Borrador de reporte de misión a Bolivia de 17 al 19 de noviembre de 1999.

²⁵¹ International Alliance, 1996. Citado por Swedish Scientific Council on Biological Diversity. Fair and Equitable. September, 1999.

²⁵² En el taller “Regulación al Acceso a los recursos genéticos” del Foro Global de Biodiversidad de 1995; los participantes indican que se debe preparar un régimen que proteja los derechos de las comunidades en materia de conocimiento tradicional, innovaciones y prácticas de las comunidades locales y pueblos indígenas. Que la Conferencia de las Partes del CDB debería discutir tanto las innovaciones contemporáneas como las tradicionales, y tanto las introducidas por individuos como las resultantes de conocimientos comunales. Convendría que la conferencia de las partes estableciese un fondo para empresas innovadoras que apoyase el desarrollo dentro de las comunidades indígenas y locales de productos basados en innovaciones informales. UICN. Reporte Foro Global de Biodiversidad, 1995. Págs. 104, 105.

El reconocimiento de los derechos de autodeterminación va a involucrar, en un gran número de casos, la posibilidad de no solo ejercer control sobre su conocimiento tradicional, pero también sobre los recursos genéticos que se encuentran en sus territorios. La propiedad comunal va a ayudar a definir cómo repartir equitativamente los beneficios generados de la utilización del acceso a los recursos genéticos y del conocimiento tradicional asociado a lo interno del pueblo indígena del que se trate.

Si se ejerce el derecho consuetudinario como parte de la realidad jurídica de un estado, y este es respetado e implementado, se protegerá asimismo el conocimiento tradicional que, en algunos casos, deviene de las prácticas consuetudinarias. Adicionalmente, el hecho de ser representados política y legalmente por sus propias instituciones les dará capacidad jurídica, "personalidad jurídica", para realizar sus propios contratos de acceso a recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado.

Con esto queremos hacer notar que estos derechos reclamados tienen un nexo innegable a la hora de llevarlos a la práctica. No se puede hablar de protección del conocimiento tradicional asociado al acceso de los recursos genéticos como algo separado o disociado del resto de derechos que los pueblos indígenas han perseguido y siguen exigiendo.

Más específicamente, sobre el punto de protección del conocimiento tradicional, el Cuarto Foro Indígena sobre Biodiversidad, realizado en Sevilla en marzo del 2000, preparó una declaración para ser expuesta en el Grupo de Trabajo Intersesional sobre el artículo 8 (j) del CDB, y hace un llamamiento a:

- El reconocimiento de los derechos colectivos sobre el conocimiento tradicional.
- El derecho a participar en el proceso de toma de decisiones, consentimiento informado previo.
- El derecho a negar el acceso al conocimiento.
- La repatriación de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional.
- El reconocimiento del papel de la mujer en el conocimiento tradicional.

Se solicita también el mantenimiento del grupo de trabajo sobre la implementación del artículo 8(j) del CDB, dotándolo de recursos económicos para asegurar futuras sesiones y la creación de un mecanismo-limpio sobre indígenas.

2. Convenio sobre la Diversidad Biológica, pueblos indígenas, y distribución equitativa de beneficios

Las Partes Contratantes del CDB han hecho esfuerzos, sobre todo en los últimos años, por tratar de implementar el artículo 8 (j), que busca el respeto y la preservación de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales y la distribución justa y equitativa de los beneficios que se obtengan de su utilización. Básicamente, este tema ha sido tratado mediante diferentes esferas: las conferencias de las Partes Contratantes, del Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico Técnico y Tecnológico²⁵³, talleres de trabajo sobre conocimiento tradicional y grupos de trabajo intersesionesales.

2.1 El Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico Técnico y Tecnológico

El Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico Técnico y Tecnológico (SUBSTTA) ha tratado el tema de protección del conocimiento en sus diferentes sesiones de los años 95, 96, 97, 99 en relación con el papel de los pueblos indígenas y su conocimiento tradicional en las medidas para la conservación de sistemas marinos y costeros. En setiembre de 1996, se discuten los temas de preservación y promoción del conocimiento, así como la distribución equitativa de los beneficios derivados de su utilización. Mediante la recomendación II/4 se solicita a las comunidades indígenas que preparen información sobre cómo implementar el artículo 8 (j). En setiembre de 1997 y junio de 1999, se discute el papel de los pueblos indígenas y su conocimiento en relación con biodiversidad de bosques y aguas dulces, en tierras áridas e impactos ambientales.

En la SUBSTTA quinta y sexta de febrero del 2000 y marzo del 2001, respectivamente se trata el tema de grupos técnicos especiales de expertos indicándose en la recomendación V/14 la necesidad de alentar a las Partes, otros gobiernos y órganos pertinentes a que designen expertos para su inclusión en la lista de expertos, teniendo en cuenta entre otros la participación de las poblaciones indígenas y miembros de las comunidades locales.

²⁵³ El CDB establece, en su artículo 25, la creación de un Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico Técnico y Tecnológico a fin de proporcionar a la Conferencia de las Partes y sus otros órganos subsidiarios asesoramiento sobre la aplicación del convenio. Está integrado por representantes de los gobiernos y es multidisciplinario.

Entre los años 2001 al 2003 se realizan las SUBSTTA séptima, octava y novena²⁵⁴. En la recomendación VII/6, el Grupo Técnico Especial de Expertos sobre diversidad biológica forestal presenta los posibles elementos para un programa de trabajo ampliado sobre diversidad biológica forestal. Dentro de este se propone como meta cuarta fomentar la utilización sostenible de la diversidad biológica forestal con el objetivo de facilitar a las comunidades indígenas y locales la elaboración y aplicación de sistemas de ordenación comunitarios de adaptación para conservar y utilizar de modo sostenible la diversidad biológica forestal.

En la recomendación VIII/1, el Programa de Trabajo propuesto sobre la diversidad biológica de las montañas tiene dentro de sus metas que se ubican en los diferentes elementos del programa, el mantener la diversidad genética de los ecosistemas de montaña, en especial mediante la preservación y el mantenimiento de los conocimientos y prácticas tradicionales; el respeto, preservación y mantenimiento de los conocimientos, prácticas e innovaciones de las comunidades autóctonas y locales en las regiones montañosas; y fomentar el desarrollo, la validación y la transferencia de las tecnologías apropiadas para los ambientes de montaña, incluso las tecnologías autóctonas, de conformidad con el Artículo 8 j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica y disposiciones conexas²⁵⁵. En la recomendación IX/12 se presenta nuevamente el programa y se mantienen los aspectos conexos en materia de conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas con relación a los ecosistemas de montañas.

2.2 II y III Reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes del CDB

Las Conferencias de las Partes han tratado el tema mediante la adopción de decisiones. En Indonesia, en 1995, la Decisión²⁵⁶ sobre derechos de propiedad intelectual, llama a una consulta a pueblos indígenas, comunidades locales y dueños de tierra para comprender sus necesidades, así como a realizar un análisis preliminar de los derechos de propiedad intelectual que podrían enfocarse a la protección del conocimiento tradicional.

La Tercera Conferencia de las Partes Contratantes del CDB, realizada en Argentina, en 1996, por medio de la Decisión III/14, hace referencia a

²⁵⁴ Se espera que la SUBSTTA número 10 se realice en Tailandia en febrero del 2005.

²⁵⁵ Metas 1.5, 2.2, 3.6 del Programa de Trabajo sobre la Diversidad Biológica de las Montañas.

²⁵⁶ Decisión II/12 de la Segunda Conferencia de las Partes Contratantes del Convenio sobre Diversidad Biológica.

los aspectos relacionados con el artículo 8 (j). Se enfatiza la necesidad de diálogo con los representantes de las comunidades indígenas y locales, y se les reconoce el derecho a que controlen el acceso a su conocimiento. Se decide que se establezca un proceso intersesional para avanzar en el trabajo de la implementación del artículo 8 (j) y disposiciones conexas, con miras a producir un reporte para la Cuarta Conferencia de la Partes.

En relación con derechos de propiedad intelectual, se solicita al Secretario que coopere cercanamente con OMC por medio del Comité sobre Comercio y Medio Ambiente para explorar las posibles relaciones entre el artículo 15²⁵⁷ del CDB y los ADPIC²⁵⁸.

Hace un llamado a los gobiernos para que consideren el desarrollo de derechos de propiedad intelectual *sui géneris* u otras formas de protección que puedan ayudar a la implementación del Convenio²⁵⁹.

2.3 IV Reunión de la Conferencia de la Partes Contratantes del CDB

En 1998 durante la Cuarta Conferencia de las Partes Contratantes, y basado en las recomendaciones del taller de Madrid, se determina, mediante la Decisión IV/9, que se establezca un grupo de trabajo especial de composición abierta del período entre sesiones encargado de implementar el artículo 8(j) y demás disposiciones relacionadas dentro del CDB. Las funciones del grupo serían:

- Prestar asesoramiento, con carácter prioritario, en la aplicación y la formulación de modalidades jurídicas y otras modalidades adecuadas de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales con estilos de vida tradicionales de importancia para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica.
- Prestar asesoramiento, a la Conferencia de la Partes en la aplicación del art. 8 (j) disposiciones conexas y en la aplicación del plan de trabajo en el ámbito nacional e internacional;
- Determinar los objetivos y las actividades en el ámbito del Convenio, formular recomendaciones sobre prioridades teniendo en cuenta el programa de trabajo de las conferencias de las Partes.

²⁵⁷ Ver, Conferencia de las Partes. Convenio sobre la Diversidad Biológica. Examen de medidas y directrices nacionales, regionales y sectoriales para la aplicación del artículo 15. Nota revisada del Secretario Ejecutivo. Marzo de 1999.

²⁵⁸ Decisión III/15.

²⁵⁹ Decisión III/17.

- Prestar asesoramiento a la Conferencia de las Partes para fortalecer la cooperación en el ámbito internacional entre comunidades indígenas y locales y formular propuestas sobre mecanismos que hagan posible esta cooperación.

Se destaca asimismo el llamado que se hace, dentro de esta Decisión, para aplicar y obtener el "status" de observadores dentro de Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), así como desarrollar un memorándum de entendimiento con estos. También hace un llamado para que los representantes indígenas realicen, en forma anual, reuniones con el Organo Asesor Científico y Tecnológico del CDB. En forma relevante, propone la participación de representantes de pueblos indígenas en la Organización Mundial de Propiedad Intelectual en calidad de observadores y la realización de un acuerdo de entendimiento.

Se debe agregar que, en cada una de las conferencias de las Partes citadas, existen decisiones que, aunque no abarcan directamente el tema de pueblos indígenas y protección del conocimiento tradicional, hacen referencia a este. Por ejemplo, entre otros, en resoluciones relacionadas con conservación de sistemas costeros, distribución equitativa de beneficios y manejo de aguas dulces.

2.4 Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre Acceso y Distribución de Beneficios

Por Decisión IV/8 de la Conferencia de las Partes del CDB se decide establecer un panel de expertos designados por los gobiernos, geográficamente equilibrado, compuesto por representantes de los sectores público y privado, así como representantes de las comunidades indígenas y locales, que funcionen de conformidad con las decisiones II/15, III/11 y III/15. El mandato de ese grupo es elaborar a partir de las fuentes pertinentes, incluidas las medidas legislativas, de política y administrativas, las mejores prácticas y las monografías sobre el acceso a los recursos genéticos y la distribución de beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos, incluida la amplia gama de tecnologías biológicas, para llegar a un entendimiento común de los conceptos básicos y explorar todas las opciones para el acceso y la distribución de beneficios en condiciones convenidas, incluidos los principios orientadores, las directrices y códigos de buena práctica para los acuerdos sobre el acceso y distribución de beneficios.

La primera reunión del Panel de Expertos sobre Acceso y Distribución de Beneficios, fue realizada en San José, Costa Rica en octubre de 1999.

Los expertos se concentraron en cuestiones relacionadas con términos mutuamente convenidos, enfoques contractuales, opciones y mecanismos para la distribución de beneficios, legislación de acceso, el consentimiento fundamentado previo, derechos de propiedad intelectual y aspectos relacionados con creación de capacidad²⁶⁰.

Dentro de las conclusiones a las que se llegaron está considerar la elaboración de lineamientos sobre términos mutuamente convenidos y sobre consentimiento fundamentado previo. Se identificaron cuatro ámbitos en los que se requiere *capacitación*, de los cuales tres son de tipo jurídico; pericias en cuanto a negociación de contratos, en cuanto a redacción jurídica para la elaboración de medidas de acceso y distribución equitativa y preparación de regímenes *sui géneris* para la protección del conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos.

El Panel no pudo llegar a conclusiones sobre derechos de propiedad intelectual, aunque se reconoce que estos podrían influir en la aplicación de arreglos de acceso y distribución equitativa de beneficios, así como en la misión de proporcionar incentivos a los usuarios para obtener consentimiento fundamentado previo²⁶¹. Sin embargo, recomiendan a la Conferencia de las Partes que se debe alcanzar mayor progreso en:

- La definición de términos relevantes y el análisis de derechos existentes.
- Determinar si los derechos de propiedad intelectual existentes pueden ser usados para proteger el conocimiento tradicional.
- Opciones para la protección de derechos de conocimiento tradicional mediante un sistema *sui géneris*.

También fue resaltada la necesidad de estudiar la relación del derecho consuetudinario utilizado para proteger el conocimiento tradicional y los sistemas de propiedad intelectual existentes, considerando el trabajo de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y la Organización Mundial del Comercio²⁶².

Por Decisión V/26, la Conferencia de las Partes Contratantes opta por volver a convocar al Panel de Expertos en Acceso y Distribución de

²⁶⁰ Véase el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. *Acceso a los Recursos Genéticos*. Nota del Secretario Ejecutivo. Quinta Conferencia de las Partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Nairobi, mayo del 2000.

²⁶¹ Tómese nota de que en la *Decisión IV/15* de la Conferencia de las Partes ya se había destacado la necesidad de trabajo ulterior sobre este punto.

²⁶² Ver, *Bridges. Between Trade and Sustainable Development*. April 2000 pág 9.

Beneficios con un mandato y programa concretos. El Panel llevaría a cabo nuevas tareas sobre cuestiones pendientes desde su primera reunión, en especial:

- a) La evaluación de la experiencia de usuarios y proveedores con respecto al acceso a los recursos genéticos y la distribución de beneficios y el estudio de opciones complementarias;
- b) La determinación de enfoques relativos a la participación de los interesados en el acceso a los recursos genéticos y a los procesos de distribución de beneficios; e incluirá el aporte de conocimientos adicionales. El Grupo presentará su informe al Grupo de Trabajo Especial de composición abierta sobre acceso y distribución de beneficios.

La V Conferencia de las Partes decide además establecer un Grupo de Trabajo de Composición Abierta en Acceso y Distribución de Beneficios integrado por representantes, incluidos expertos, designados por los gobiernos y las organizaciones de integración económica regional, con el mandato de elaborar directrices y otros criterios en relación con condiciones para el consentimiento fundamentado previo y condiciones mutuamente convenidas; los papeles, responsabilidades y participación de los interesados; aspectos pertinentes relativos a la conservación y la utilización sostenible *in situ* y *ex situ*; mecanismos para la distribución de beneficios, por ejemplo mediante la transferencia de tecnología y la investigación y el desarrollo conjuntos; y medios para asegurar el respeto, la preservación y el mantenimiento de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañan estilos tradicionales de vida de importancia para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo en cuenta, entre otras cosas, los trabajos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre las cuestiones relativas a los derechos de propiedad intelectual. Este grupo se reunió en Bonn, Alemania, en octubre del 2001 y como uno de los frutos de su trabajo durante la Sexta Conferencia de las Partes Contratantes se aprueba la Decisión VI/24, donde se adoptan las "Directrices de Bonn sobre acceso a los recursos genéticos y distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de su utilización". La VI Conferencia de las Partes decide volver a convocar al grupo de trabajo sobre Acceso y Distribución de Beneficios (ABS) dándose su segunda reunión en Montreal, Canadá, en diciembre del 2003.

Como resultado de la Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible y su Plan de Aplicación en donde se plasma la posibilidad de contar con régimen internacional en acceso y distribución de beneficios, se le asigna al Grupo

de Trabajo de Composición Abierta entre otras la tarea de considerar la naturaleza y posibles elementos de este instrumento. El grupo preparó algunas recomendaciones para la negociación de un régimen internacional a ser presentado a las Partes Contratantes en su próxima Conferencia. Adicionalmente, en diciembre del 2002, se realizó un taller de expertos sobre desarrollo de capacidades en acceso y distribución de beneficios elaborándose un borrador de Plan de Acción para el desarrollo de capacidades en el tema el cual es adoptado durante la VII Conferencia de las Partes.

Durante la VII Conferencia de las Partes se da el mandato al Grupo de Trabajo de Composición Abierta en ABS para que continúe elaborando los términos de referencia para la negociación de un régimen internacional en ABS incluidos la naturaleza y alcance de los posibles elementos para elaborar el régimen. Se espera que el grupo se reúna dos veces más antes de la octava Conferencia de las Partes Contratantes. No se puede dejar de ligar estos hechos al trabajo de cabildeo que ha venido realizando el grupo de países megadiversos afines que, desde su conformación en febrero del 2002, apuntó a la conveniencia de contar con un régimen internacional en ABS.

2.5 El Grupo de Trabajo de Composición Abierta del Artículo 8 (j) y Disposiciones Conexas

Durante la V Reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes por Decisión IV/9, se establece el grupo de trabajo entre períodos de sesiones de composición abierta encargado de la aplicación del artículo 8 j) del Convenio y disposiciones conexas. Dentro del mandato de este grupo se encuentra el prestar asesoramiento sobre la aplicación y la formulación de modalidades jurídicas y de otro tipo de protección para los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales con estilos de vida tradicionales de importancia para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica. Se enfatiza también en la tarea de prestar asesoramiento a la Conferencia de las Partes sobre la aplicación del artículo 8 j) y disposiciones conexas y elaborar un programa de trabajo.

En marzo del 2000, en Sevilla, España, se realiza la primera reunión intersesional del Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre el artículo 8 (j) y Disposiciones Conexas²⁶³. La reunión destacó algunos puntos que

²⁶³ Puede consultarse los siguientes documentos: Naciones Unidas, Documento UNEP/CBD/COP5/5; International Centre for trade and Sustainable Development, Bridges, Year 4, No. 3, abril 2000. Pág. 9 y Puentes Vol.2, No.4, febrero-marzo 2000, pág. 11.

indiscutiblemente deben de llamar la atención en aras de la protección del conocimiento tradicional, los cuales han sido presentados en este documento en la sección sobre reclamaciones de los pueblos indígenas. El plenario discutió cuatro aspectos: 1- Medidas de cooperación entre indígenas y comunidades locales en el plano internacional. 2- Aplicación y formulación de modalidades jurídicas y otras modalidades adecuadas de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales. 3- El desarrollo de un plan de trabajo para la implementación del artículo 8 (j) del CDB. 4- Prioridades, oportunidades de colaboración y aplicación del CDB.

Estos cuatro aspectos involucraron la discusión sobre formas legales de protección del conocimiento tradicional. Durante la discusión del primer tema, la Delegación de Indígenas de Australia llamó la atención sobre la necesidad de tener marcos legales en el ámbito nacional e internacional para la protección del conocimiento tradicional. Los delegados de El Salvador indicaron que cuando se refiriera a liberación del conocimiento tradicional no se confundiera con "dominio público".

Dentro del segundo tema, el punto de mayor consenso surgió en relación con la necesidad de desarrollar legislación nacional, incluidos sistemas sui generis u otros sistemas que protejan el conocimiento tradicional. Dentro de las recomendaciones finales de este grupo se rescatan:

- La necesidad de realizar casos de estudio que permitan una evaluación de la efectividad de los instrumentos legales y otras formas de protección.
- El reconocimiento de un sistema sui generis y la transmisión de los resultados de las conferencias de las Partes a la Organización Mundial del Comercio²⁶⁴ (OMC) y a la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI).
- La importancia de que el artículo 8 (j) y los acuerdos sobre derechos de propiedad intelectual se apoyen mutuamente.
- Asegurar la participación de los indígenas y comunidades locales en la negociación de las condiciones para el acceso y uso de sus conocimientos.

El tercer aspecto fue la discusión sobre el programa de trabajo para la implementación del artículo 8 (j). Identificó siete elementos del programa

²⁶⁴ La OMC es la única organización internacional que ve las reglas del comercio internacional entre naciones. Su objetivo es ayudar a los productores de bienes y servicios a exportar, importar a conducir sus negocios. Cuenta con 136 países miembros y con un presupuesto de 127 millones de francos suizos para el año 2000. El personal de la Secretaría es de 500 personas. Nota tomada de la página web: www.wto.org.

dentro del que se destaca, para nuestros efectos, el componente llamado “elementos legales”. Algunas de las sugerencias de los países de Mesoamérica y Suramérica que tienen estrecha relación con el desarrollo del marco legal son:

- Que se analice el establecimiento de acuerdos o formas de protección del conocimiento tradicional en el ámbito internacional²⁶⁵.
- Que se examine la legislación nacional e internacional existente antes de implementar el artículo 8 (j)²⁶⁶.
- Se apoya la creación de un grupo interagencial para recomendar formas legales y otras formas de protección del conocimiento tradicional²⁶⁷.
- Que el Secretariado del CDB convoque a mesas redondas con organizaciones internacionales interesadas en el tema y con pueblos indígenas y comunidades locales²⁶⁸.

Los países Mesoamericanos y Suramericanos también propusieron algunas medidas legales dentro del elemento del programa llamado “elementos de seguimiento”:

- La creación de una base de datos internacional sobre contratos de bioprospección, que ayudaría a monitorear el acceso a los recursos genéticos²⁶⁹.
- Para monitorear el impacto social, la resolución de conflictos podría hacer un llamamiento a la apropiación ilícita del conocimiento tradicional²⁷⁰.
- Compensación retroactiva por el uso del conocimiento tradicional antes de que el CDB entrara en vigor²⁷¹.

Al final de la reunión se hace una recomendación final dividida en dos provisiones operativas y un anexo que contiene el plan de trabajo. Dentro del plan de trabajo, en “elementos legales” se proponen dos actividades:

- Una evaluación de los impactos de los instrumentos legales, particularmente los instrumentos relacionados con derechos de propiedad intelectual que podrían tener impacto en el conocimiento tradicional, buscando la forma de armonizar estos instrumentos con el artículo 8 (j).

265 México y la Asociación Napguana.

266 Honduras.

267 Ecuador y otros, dentro de los que están la Unión Europea y Dinamarca.

268 Colombia, Canadá y Estados Unidos de Norteamérica.

269 Programa Mesoamericano sobre Conocimiento Indígena.

270 Argentina.

271 Brasil

- El desarrollo de lineamientos para el establecimiento de mecanismos legales que permitan el establecimiento del artículo 8 (j), el cual podría incluir un sistema sui géneris.

Como se puede palpar, claramente, el desarrollo de instrumentos legales para la protección del conocimiento tradicional está en sus inicios. La tarea que queda por delante necesita del compromiso de gobiernos, pueblos indígenas y, sobre todo del apoyo de juristas que, con dedicación, respeto y conocimiento, puedan llevar a cabo estas tareas.

Llama la atención también, dentro de esta reunión, la declaración que hicieron los grupos indígenas en relación con su preocupación porque algunos de los principios fundamentales de sus pueblos no estaban reflejados en los documentos finales de esta reunión. Solicitaron que se incorporaran las siguientes:

- Que se reconozca el Foro Indígena sobre Diversidad Biológica establecido ya en la Tercera Reunión de las Partes, con miras a futuros exámenes.
- Que se tuviera en cuenta el derecho de los pueblos indígenas al consentimiento fundamentado previo, que se reconoce en el Convenio 169 de la OIT.
- Que los gobiernos deban tener en cuenta las diferencias existentes entre pueblos indígenas y comunidades locales.
- Que deban de reconocerse los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras y territorios.
- Que se brinde el apoyo logístico necesario, una vez finalizada la traducción de documentos con anticipación en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas, durante la Quinta Conferencia de las Partes.

Todas las peticiones que reflejan, en gran medida, lo que se ha venido explicando a lo largo de este documento, y es la imposibilidad de los pueblos indígenas de separar el acceso a los recursos genéticos de sus derechos territoriales y de su conocimiento. Por otro lado reflejan también la notable diferencia ya mencionada entre comunidades locales y pueblos indígenas y la insistencia de algunos en mezclar y no reconocer diferencias fundamentales; y, finalmente, la importancia de la participación en términos equitativos en las conferencias de las Partes en el sentido que se cuente con los instrumentos idóneos de participación efectiva y no solo figurativa.

Esta Primera Reunión del Grupo de Trabajo Especial de Composición Abierta sobre el artículo 8 (j) y disposiciones conexas²⁷² representan un paso fundamental en la protección del conocimiento tradicional, puso en concreto en gran parte, los lineamientos sobre los cuales los pueblos indígenas centrarían su atención dentro del marco del CBD, terminando con la incertidumbre que reinaba durante las pasadas conferencias de la Partes Contratantes del CDB²⁷³. A partir de aquí, los pueblos indígenas, con el conocimiento de todas las partes implicadas, han planteado sus áreas de acción.

La segunda reunión del grupo se realizó en Montreal, Canadá en febrero del 2002²⁷⁴ se conocieron los reportes sobre el progreso en la integración de las tareas pertinentes del programa de trabajo en los programas temáticos del Convenio, y en la aplicación de las tareas prioritarias del programa de trabajo sobre el artículo 8 j) y disposiciones conexas. Se trató el tema de la revisión del progreso en la implementación de tareas prioritarias del programa de trabajo del artículo 8(j) y se adoptó una recomendación para enviar a la próxima Conferencia de las Partes. Se delinea la composición de reporte sobre el status y amenazas relacionadas con el conocimiento, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales.

En esta reunión se conoce el borrador de lineamientos y recomendaciones para la realización de evaluaciones de impacto cultural, ambiental y social relacionadas con desarrollos propuestos que se realicen en sitios sagrados y en tierras y aguas ocupadas o usadas por comunidades indígenas y locales. Se conoció también el trabajo del subgrupo de trabajo 2 con relación a mecanismos de participación para comunidades indígenas y locales. Asimismo, se vieron los progresos alcanzados relacionados con la evaluación y efectividad de los instrumentos existentes en particular los relacionados con derechos de propiedad intelectual que podrían tener implicaciones sobre la protección del conocimiento, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y comunidades locales.

272 Sobre la Primera Reunión del Grupo de trabajo especial de composición abierta del período de entre sesiones sobre el artículo 8 (j) y sus disposiciones conexas del CDB, también conocida como la Reunión de Sevilla, se puede consultar, el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Informe de reunión, documento UNEP/CBD/COP/5/5 del 12 de abril del 2000.

273 Ver, K.Talbott. Implementing the Convention on Biological Diversity: developing linkages with local communities. Thailand Development Research Institute. Quarterly review. Vol.10.No.2. Junio 1995.

274 Al particular ver documento UNEP/CBD/COP/6/7. Reporte del Grupo de Trabajo Intersesional sobre el artículo 8 (j) y relaciones conexas del Convenio sobre la Diversidad Biológica. 14 de febrero del 2002.

Se presentó, entre otros, un esbozo de informe sobre la situación y tendencias relativas a los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, que fuera anexo a la Decisión VI/10 de la Conferencia de las Partes. En este documento se presenta una lista indicativa de temas y subtemas posibles que pudieran incluirse en un informe integrado. Se propone evaluar la situación de los conocimientos tradicionales con relación a recursos fitogenéticos, animales y microorganismos para la alimentación y agricultura, y de los conocimientos medicinales tradicionales. Asimismo, la situación de los conocimientos tradicionales relativos a los siguientes ecosistemas: bosques, tierras áridas y estepas, marinos y costeros, insulares, de montañas y valle y aguas continentales.

La evaluación contemplaría, además, la situación de conservación de los conocimientos tradicionales relativos a prácticas pertinentes a la gestión, conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica consuetudinarias que ya no se mantienen o que corren riesgo de desaparecer, así como la evaluación de la viabilidad de utilización de los conocimientos tradicionales existentes para mantener las prácticas consuetudinarias pertinentes a la gestión, conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica.

Se estipula la necesidad de determinar y evaluar medidas e iniciativas para proteger, promover y facilitar la utilización de los conocimientos tradicionales.

Dado el caso que en los últimos años se han desarrollado diferentes formas de proteger el conocimiento tradicional se propone evaluar estas medidas en relación con las prácticas regionales y nacionales de utilización de tierra, incentivos, medidas de creación de la capacidad, repatriación de objetos y de la información conexas a las comunidades de origen, planificación estratégica de la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en el contexto de la planificación del desarrollo de las comunidades y medidas legislativas.

En una fase ulterior se abarcaría los siguientes temas: la relación entre la diversidad biológica y la diversidad cultural y lingüística; la determinación de procesos nacionales que pueden amenazar el mantenimiento, la conservación y la aplicación de los conocimientos tradicionales; la determinación de los procesos en el ámbito comunitario local que puedan amenazar al mantenimiento, conservación y aplicación de los conocimientos tradicionales y las tendencias relativas al reconocimiento y aplicación del

artículo 8 j) y disposiciones conexas. Finalmente se establece un plan de preparación de informe y una serie de medidas en el entendido que el informe sería presentado en Séptima Conferencia de las Partes Contratantes del CDB. En la VII Reunión de la Conferencia de las Partes por medio de la Decisión VII/16, se conoce el informe y se dota de presupuesto para que el Grupo de Trabajo se reúna antes de la Octava Reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes.

2.6 V Reunión de la Conferencia de las Partes Contrates

La Quinta Conferencia de las Partes Contratantes del CDB se celebró en Nairobi, en mayo del 2000. Durante esta actividad se aprobaron dos resoluciones que revisten de especial importancia a los pueblos indígenas por sus implicaciones: estas son la Decisión V/16 y la Decisión V/26.

2.6.1 La Decisión V/16. Artículo 8(j) y disposiciones conexas

La Decisión V/16 insta a las Partes a que promuevan la aplicación del Programa de Trabajo sobre la implementación del artículo 8 (j), disposiciones conexas y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, ya trabajado en la Reunión de Sevilla. El Programa de Trabajo tiene el objetivo de promover, dentro del marco del Convenio, una justa implementación del artículo 8 (j) y sus disposiciones relacionadas, en el ámbito local, nacional, regional e internacional, y asegurar la efectiva participación de comunidades indígenas y locales en todos los niveles de su implementación. Está compuesto de siete elementos²⁷⁵ y 17 tareas; sin embargo, en una primera fase del programa se le da prioridad únicamente²⁷⁶ a las siguientes tareas y elementos:

- Dentro del elemento número uno se realizan, en primera instancia, actividades que llaman a las Partes a tomar medidas para fortalecer la

275 Los elementos del Programa de trabajo sobre el artículo 8 (j) y disposiciones conexas son :
Mecanismos participatorios para comunidades indígenas y locales.
Situación y amenazas en relación con el artículo 8 (j) y disposiciones conexas.
Prácticas culturales tradicionales para la conservación y uso sostenible.
Distribución equitativa de beneficios.
Intercambio y diseminación de información.
Elementos de seguimiento.
Elementos legales.

276 Nótese que de las 17 tareas se le da prioridad a nueve y el elemento número tres no queda cubierto. Sin embargo, es comprensible que se tuvieron que limitar acciones para poder cumplir con ellas. En todo caso, las primeras tareas serán la base de desarrollo de las que quedan pendientes en una segunda etapa del programa.

capacidad de las comunidades locales y pueblos indígenas, de manera que estén efectivamente involucrados en la toma de decisiones relacionadas con el uso de su conocimiento, innovaciones y prácticas relevantes para la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica, sujeto a su consentimiento fundamentado previo y su efectivo involucramiento²⁷⁷. También las Partes deberán desarrollar mecanismos apropiados, lineamientos, legislación u otras iniciativas para fomentar y promover la participación efectiva de indígenas y comunidades locales en la toma de decisiones, planeamiento de políticas y en el desarrollo e implementación de la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica a todos los niveles (internacional, regional, nacional), incluidos acceso, distribución de beneficios, designación y manejo de áreas protegidas, tomando en consideración el acercamiento ecosistémico²⁷⁸.

- Se hace un llamado a las Partes a desarrollar, como sea apropiado, mecanismos para promover la participación de comunidades locales e indígenas y, en especial, de la mujer en todos los elementos del plan de trabajo. Se debe tomar en consideración el fortalecer su acceso a los recursos biológicos, la capacidad para seguir conservando y protegiendo la diversidad biológica, tomando en consideración la necesidad de crear sobre las bases de su conocimiento, promover el intercambio de experiencias y conocimiento, documentar y preservar el conocimiento de la mujer sobre la diversidad biológica²⁷⁹.
- En el elemento de trabajo número dos se establece que el Secretario Ejecutivo del CDB, para la próxima reunión del Grupo Ad Hoc de Trabajo, presente un perfil de la situación y las amenazas en relación con el conocimiento, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales²⁸⁰.
- Dentro del elemento número cinco se identificará un punto focal en el mecanismo "Clearing-house" para enlazar con comunidades indígenas y locales²⁸¹. Como parte del elemento número seis, se establece que el Grupo de Trabajo desarrolle, en cooperación con comunidades indígenas y locales, guías o recomendaciones para conducir evaluaciones de impacto, social, cultural y ambiental relacionado con cualquier desarrollo que sea propuesto en sitios sagrados y sobre tierras o aguas ocupadas o usadas por comunidades indígenas y locales²⁸².

²⁷⁷ Ver Programa de Trabajo, tarea número.1.

²⁷⁸ *Ibidem*, tarea número 2.

²⁷⁹ *Ibidem*, tarea número 4.

²⁸⁰ *Ibidem* tarea número 5.

²⁸¹ *Ibidem*, tarea número.8.

²⁸² *Ibidem*, tarea número 9.

- El elemento de trabajo número siete, que versa específicamente sobre los aspectos legales, establece que el Grupo de Trabajo evalúe los instrumentos subnacionales, nacionales e internacionales, particularmente los instrumentos de derechos de propiedad intelectual, que pudieran tener implicaciones en la protección del conocimiento, innovaciones y prácticas de pueblos indígenas y comunidades locales, buscando la identificación de relaciones entre estos instrumentos y los objetivos del artículo 8 (j)²⁸³.
- Las tareas siete y doce, ubicadas en los elementos 4 y 7, indican que se establezcan lineamientos para el desarrollo de mecanismos, legislación u otras iniciativas para asegurar: I) que las comunidades indígenas y locales obtengan una justa y equitativa distribución de beneficios derivados del uso y la aplicación de su conocimiento, innovaciones y prácticas. II) Que las instituciones públicas y privadas interesadas en usar el conocimiento, innovaciones o prácticas obtengan el consentimiento fundamentado previo por parte de las comunidades indígenas y locales. III) Avanzar en la identificación de las obligaciones de los países de origen, así como las Partes y gobiernos donde tal conocimiento, innovaciones y prácticas y los recursos genéticos asociados sean utilizados. Esto debe estar basado en las tareas 1, 2 y 4²⁸⁴.
- Se solicitan, además, lineamientos que asistan a las Partes y gobiernos en el desarrollo de legislación y otros mecanismos, según sea apropiado para implementar el artículo 8 (j) y sus disposiciones relacionadas (que podrían incluir sistemas *sui géneris*) y la definición de términos relevantes que garanticen totalmente los derechos de las comunidades indígenas y locales sobre su conocimiento, innovaciones y prácticas²⁸⁵.

La resolución V/16 también reconoce la importancia de los sistemas *sui géneris* y otros para la protección del conocimiento y la distribución justa y equitativa de los beneficios que se pueden obtener de su utilización como una forma de alcanzar las disposiciones del CBD, tomando en consideración el trabajo que viene realizando el Grupo de Trabajo sobre el artículo 8 (j) y disposiciones conexas y transmitir sus resultados a la OMPI. Requiere que las Partes apoyen el desarrollo de registros de conocimiento tradicional por medio de programas participativos y consultas con las comunidades, tomando en consideración el fortalecimiento de la legislación, de las prácticas consuetudinarias y el uso tradicional de administración de recursos, como la protección del conocimiento tradicional por personas no autorizadas.

²⁸³ *Ibidem* tarea número 11.

²⁸⁴ *Ibidem*, tarea número 7.

²⁸⁵ *Ibidem*, tarea número.12.

Nótese que se establecen claramente las acciones que deben seguir por parte de este grupo de trabajo en forma clara y definida, lo que ya de por sí es prometedor para los pueblos indígenas. Dentro de los elementos legales se espera la creación de legislación y el estudio de puntos específicos, como lo son la definición de conceptos y la evaluación de los derechos de propiedad intelectual. Quizá de todas las Conferencias de las Partes esta es la que ha resultado más fructífera para los pueblos indígenas hasta el momento, ya que se asumen retos concretos que tendrán necesariamente que ser evaluados periódicamente.

2.6.2 Decisión V/26 Acceso y Distribución de Beneficios

Dentro de esta Decisión resalta la manera “urgente” en que se pide a los países “recipientes” que adopten la apropiada legislación, procedimientos administrativos o legislativos consistentes con el Convenio, y que apoyen los esfuerzos realizados por los países “proveedores” para asegurar el acceso a sus recursos genéticos y al conocimiento, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales. Existe una marcada tendencia, según se puede ver en este mismo trabajo²⁸⁶, a que sean los países “proveedores”, generalmente en desarrollo, los que crean legislación para cumplir con los cometidos del CDB, y sobre todo, para lograr una distribución justa y equitativa de los beneficios que se pudieran generar. Sin embargo, existe una verdadera necesidad para que, tomando como base los principios de solidaridad y cooperación internacional, todos los países miembros del CDB desarrollen su legislación o formas de asegurar que los objetivos de conservación, utilización sostenible y distribución justa y equitativa de los beneficios que se generen sean alcanzados.

En varias partes de la recomendación se hace mención de la necesidad urgente de legislación sobre acceso a los recursos genéticos. Se deja establecido que se necesita mayor información sobre instituciones que usan los recursos, los mercados de recursos genéticos, los beneficios no monetarios, nuevos y nacientes mecanismos para la distribución equitativa, clarificación de definiciones, sistema *sui generis* e intermediarios.

Como se puede ver, existen necesidades que se tendrán que solventar en el corto plazo, tarea que, sobre todo, recae en el Secretario del Convenio, asistido por los estados miembros. Nótese también que, dentro de las cuatro áreas que se identifican como prioritarias para desarrollar la capacidad de los gobiernos, instituciones y de las comunidades tres pertenecen al ámbito legal:

²⁸⁶ Ver Desarrollo de Legislación.

- Desarrollar capacidad para negociar contratos.
- Desarrollo de capacidad legal para escribir medidas sobre acceso y distribución equitativa.
- Maneras o formas de protección del conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos.

Sobre los avances en el campo de los derechos de propiedad intelectual y su relación con los objetivos del CDB, tendríamos que decir que son muy pobres, pero eso no es nada de extrañar tomando en consideración que el mismo grupo de expertos sobre acceso y distribución equitativa de beneficios, - en octubre de 1999 - no pudo llegar a una conclusión sobre este tema. Se proponen algunas tímidas sugerencias, dentro de las que se encuentra un requerimiento a la OMPI, al UPOV para que tomen en consideración el CBD y, en particular, el valor del conocimiento, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales. También hacer saber a la OMC que las disposiciones del CDB y los ADPIC están interrelacionados, y que debe hacerse una mayor exploración sobre esta relación. Que el Secretario Ejecutivo del CDB solicite la categoría de observador ante el ADPIC y reporte a las Partes, además que transmita estas decisiones a la OMPI para tener mayor cooperación y consulta con estas organizaciones. Finalmente, reconocen la importancia de sistemas sui géneris y otros para la protección del conocimiento y la distribución de beneficios.

2.7 VI Reunión de la Conferencia de las Partes

La Sexta Conferencia de las Partes Contratantes del CDB se celebró en la Haya, Holanda del 7 al 19 de abril del 2002. Destacan para efectos del tema que se analiza la Decisión VI/10 sobre el artículo 8 (j) y disposiciones conexas y la Decisión VI/2, sobre acceso y distribución de beneficios provenientes de los recursos biológicos.

2.7.1 La Decisión VI/10

En esta sexta conferencia se adopta, entre otras, la Decisión VI/10, en donde se reconoce el progreso realizado en la incorporación de las tareas pertinentes del programa de trabajo en los programas temáticos del Convenio, y en la aplicación de las tareas prioritarias del programa de trabajo sobre el artículo 8 j) y disposiciones conexas. Hace hincapié a las Partes en la necesidad de adoptar medidas ulteriores respecto a la integración y reconocimiento del conocimiento tradicional en relación con diversidad biológica agrícola, forestal, marina y costera y ecosistemas de aguas continentales. Insta a las Partes que todavía no lo hayan hecho,

a incluir en sus informes nacionales información sobre cada uno de los programas temáticos tratados en el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica, acerca de:

- a. La situación y las tendencias en relación con los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas y locales;
- b. Medidas para mejorar la participación de las comunidades indígenas y locales, particularmente la de las mujeres de esas comunidades, y de sus organizaciones pertinentes en la aplicación de los programas de trabajo nacionales en cada una de las esferas temáticas, y
- c. Medidas de creación de capacidad adoptadas para facilitar la intervención de las comunidades indígenas y locales y la aplicación de los conocimientos que poseen, con su consentimiento fundamentado previo, para la gestión, conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en cada una de las esferas temáticas a los niveles nacional, subnacional y local;

Pide al Secretario Ejecutivo que prepare, entre otros, informes sobre la marcha de las actividades en cuanto a la integración de las tareas pertinentes del programa de trabajo sobre el Artículo 8 j) en cada una de las esferas temáticas y sobre los progresos hechos en la aplicación del programa de trabajo sobre el artículo 8 j) y disposiciones conexas, basado en la información presentada en los informes nacionales, y en otra información pertinente.

Decide que con anterioridad a la Séptima Reunión de la Conferencia de las Partes se organice una reunión del Grupo de Trabajo especial de composición abierta entre períodos de sesiones sobre el artículo 8 j) y disposiciones conexas con el fin de asegurar que avance en mayor medida la aplicación del programa de trabajo sobre el artículo 8 j) y disposiciones conexas. Aprueba el esbozo del informe integrado sobre la situación y tendencias relativas a los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos de vida tradicionales, pertinentes a la conservación y utilización sostenibles de la diversidad biológica, como base para proceder a la primera fase de recopilación de información y presentación de informes.

Pide al Secretario Ejecutivo que inicie la primera fase del informe integrado, basado en los elementos 1 y 2 del esbozo, y que presente el informe de la primera fase a la próxima reunión del Grupo de Trabajo especial de composición abierta entre períodos de sesiones sobre el artículo

8 j) y disposiciones conexas. Esto incluirá recomendaciones para las fases posteriores, y, en caso necesario, la revisión del esbozo.

Se aprueban las recomendaciones para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse, o que probablemente tengan repercusiones, en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales.

Se invita a las Partes, los gobiernos y organizaciones internacionales, no gubernamentales e indígenas y de la comunidad local pertinentes, a que presenten al Secretario Ejecutivo información sobre sus experiencias nacionales, en relación con los mecanismos de participación de las comunidades indígenas y locales respecto de cuestiones relacionadas con los objetivos del inciso j) del artículo 8 y disposiciones conexas del Convenio y pide al Secretario Ejecutivo que prepare un informe de síntesis.

Invita al Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folklore de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual a que prosiga sus esfuerzos dirigidos a promover una participación más eficaz de las comunidades indígenas y locales en su labor e invite al Comité Intergubernamental a que examine y tome en cuenta mecanismos para proteger los conocimientos tradicionales, tales como la revelación del origen de los conocimientos tradicionales pertinentes en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual.

Pide al 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 que, estudie la cuestión de los sistemas *sui géneris* para la protección de los conocimientos tradicionales, centrándose en particular en las siguientes cuestiones:

- d. Aclaración de la terminología pertinente;
- e. Recopilación y evaluación de los sistemas indígenas, locales, nacionales y regionales *sui géneris* existentes;
- f. Difusión de esta recopilación y evaluación a través del mecanismo de facilitación del Convenio;
- g. Estudio de los sistemas existentes para tratar y gestionar las innovaciones en el ámbito local, y su relación con sistemas nacionales e internacionales existentes de derechos de propiedad intelectual, con miras a asegurar su complementariedad;
- h. Evaluación de la necesidad de trabajos adicionales en relación con dichos sistemas en el ámbito nacional, regional e internacional;

- i. Determinación de los principales elementos que es preciso tener en cuenta en la elaboración de sistemas *sui generis*;
- j. Indemnización suficiente por la utilización de los conocimientos tradicionales y locales de las comunidades indígenas y locales; tomando en cuenta la labor del Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor con el fin de promover el apoyo mutuo, así como las iniciativas existentes a los niveles regional, subregional, nacional y local.

2.7.2. Decisión VI/24

Esta decisión es quizá uno de los pasos más importantes y concretos que se han dado bajo el tema de distribución equitativa de beneficios, adoptándose las "Directrices de Bonn" sobre acceso a los recursos genéticos y distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de su utilización. A pesar de ser un logro, las Directrices son de carácter voluntario lo que no se iguala a un régimen internacional vinculante en el tema.

Tal y como lo indica su numeral 12, las Directrices están concebidas para ayudar a las Partes en la elaboración de una estrategia general de acceso y participación en los beneficios, que pueda formar parte de su estrategia y plan de acción nacionales sobre diversidad biológica, y en la determinación de las etapas implicadas en el proceso de obtener acceso a los recursos genéticos y a la participación en los beneficios.

Las Directrices están concebidas para ser examinadas y consiguientemente revisadas a medida que se adquiriera experiencia en cuanto a acceso y participación en los beneficios; en este sentido se pretende que evolucionen y no se queden iguales en el tiempo. Se excluyen el uso de los recursos genéticos humanos de estos lineamientos. Dentro de sus objetivos se encuentran, entre otros, proporcionar orientación a las Partes sobre la elaboración de regímenes de acceso y participación en los beneficios; proporcionar creación de capacidad para la negociación, promover el suministro de recursos financieros y fortalecer la cooperación entre Partes, contribuir a la mitigación de la pobreza y protección del conocimiento tradicional.

2.8 La VII Reunión de la Conferencia de las Partes

La Séptima Conferencia de la Partes se realizó en Kuala Lumpur, Malasia, en febrero del 2004 y adoptó una serie de provisiones con relación al mantenimiento del conocimiento tradicional.

2.8.1 Decisión VII/16

Se conoce el informe sobre el progreso logrado en integrar las tareas pertinentes del programa de trabajo sobre el artículo 8 j) en las esferas temáticas del convenio pidiéndosele al Secretario Ejecutivo que prepare un informe sobre la marcha de estas actividades y su integración pertinente con los programas. Con relación al examen del progreso en la aplicación de las tareas prioritarias del programa de trabajo sobre el artículo 8 j) y disposiciones conexas, solicita al Secretario que elabore un reporte basado en la información presentada en los informes nacionales, y demás información pertinente.

Sobre tecnologías de restricción de uso genético, se solicita al Grupo de trabajo especial de composición abierta entre períodos de sesiones sobre el Artículo 8 j) y disposiciones conexas del Convenio que considere, en su próxima reunión, los posibles impactos socioeconómicos de las tecnologías de restricción de uso genético en las comunidades indígenas y locales con base en el informe del Grupo especial de expertos técnicos sobre tecnologías de restricción de uso genético, el resultado de las deliberaciones de la décima reunión del Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico, Técnico y Tecnológico sobre esta cuestión, y el estudio que llevó a cabo la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, de conformidad con la decisión V/5, sobre los posibles impactos de las tecnologías de restricción de uso genético en la diversidad biológica agrícola y en los sistemas de producción agrícola.

Sobre el punto E relacionado con el informe integrado sobre la situación y tendencias relativas a los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, se decide emprender actividades adicionales para completar la fase I del informe integrado antes de la celebración de la siguiente reunión del Grupo de trabajo especial de composición abierta entre periodos de sesiones sobre el Artículo 8 j) y disposiciones conexas. Adicionalmente pide al Secretario Ejecutivo que continúe la labor sobre la fase uno del informe integrado, a fin de producir una versión revisada. Se pide a los gobiernos pertinentes, comunidades indígenas y locales y al Secretario Ejecutivo para iniciar de inmediato la labor de una segunda fase del informe integrado previendo, respectivamente, la identificación de procesos nacionales, que puedan amenazar el mantenimiento, preservación y aplicación de los conocimientos tradicionales, y la identificación de procesos a escala comunitaria local que puedan amenazar el mantenimiento, preservación y aplicación de los conocimientos tradicionales.

Como anexo a la decisión se presentan los elementos de un plan de acción para el mantenimiento de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañan estilos de vida tradicionales para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica. Se pide al Secretario Ejecutivo que elabore más a fondo este proyecto de elementos del plan de acción en particular con la intención de identificar actores y plazos, teniendo plenamente en consideración la labor en curso del Convenio y de las organizaciones internacionales pertinentes.

2.8.2 La Decisión VII/19 y el Grupo de Países Megadiversos Afines

Para los países ricos en diversidad biológica esta Decisión es probablemente uno de los mayores compromisos asumidos por la comunidad internacional en tema de distribución justa y equitativa de beneficios. Muchos pensaron, y siguen pensando, que las "Directrices de Bonn" sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de su utilización eran un instrumento suficiente para propiciar cambios en la forma en que se distribuyen los mencionados beneficios. Se pensó que las Directrices abrirían un espacio para generar capacidad y con ello mejorarían las bases de la negociación.

Otra línea de pensamiento, la cual comparto, reconocía el valor de las "Directrices de Bonn" que aunque no son vinculantes jurídicamente representan un paso dentro de un proceso que no ha sido fácil dentro las esferas de negociación que se dan en las reuniones de las Partes Contratantes del CBD. Sin embargo, las Directrices no son suficientes para alcanzar un verdadero compromiso entre países con tecnología y países ricos en biodiversidad.

La fuerza de voluntad y decisión expresada por el Grupo de Países Megadiversos Afines y su capacidad de incidir y negociar que fue de la mano con la oportunidad de que en la esfera internacional se realizaran una serie de conferencias en donde se pudo abordar la importancia del tema de distribución justa y equitativa de beneficios provenientes del uso de la diversidad no fue la única pero sí una pieza importante para llamar la atención sobre el tema.

Antecede a la Decisión que comentamos, el párrafo 44 (o) del Plan de Aplicación de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, en el cual se exigen medidas para "negociar en el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica, teniendo presentes las Directrices de Bonn, un régimen

internacional para fomentar y salvaguardar la participación justa y equitativa en los beneficios dimanantes de la utilización de los recursos genéticos”. Durante la Cumbre de Johannesburgo, los Países Megadiversos sesionaron en varias ocasiones con el fin de coordinar esfuerzos en aras de que quedaran plasmados sus intereses en el Plan de Aplicación propuesto. Las deliberaciones fueron largas y detalladas y los esfuerzos de los Países se divisaron en diferentes frentes de negociación pero con una necesidad común.

El logro alcanzado en Johannesburgo no fue bajo ningún punto de vista objeto de la suerte, sino más bien la respuesta al trabajo de países que en el seno del Convenio sobre la Diversidad Biológica han estado levantando la voz por mecanismos más efectivos y justos para atender las necesidades de los países ricos en biodiversidad pero generalmente conocidos también como países económicamente pobres. No podemos negar que también se ha comentado que la razón de la existencia del Grupo de Países Megadiversos Afines ha respondido a la falta de acción del CDB por atender el tema y a la necesidad de dichos países de unir esfuerzos y tener una voz fuerte en el concierto internacional.

Meses más tarde la resolución 57/260, del 20 de diciembre de 2002, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su 57 período de sesiones, invita a la Conferencia de las Partes a que tome las medidas apropiadas en cuanto al compromiso contraído en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible para “negociar, en el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica, teniendo presentes las Directrices de Bonn, un régimen internacional para promover y salvaguardar la participación justa y equitativa en los beneficios dimanantes de la utilización de los recursos genéticos”.

Es así como en febrero del 2004, bajo la Decisión VII/19, la Conferencia de las Partes Contratantes decide dar al Grupo de Trabajo Especial de composición abierta sobre acceso y participación en los beneficios con la colaboración del Grupo de Trabajo Especial de composición abierta sobre el Artículo 8 (j) y disposiciones conexas, el mandato de asegurar la plena participación de las comunidades indígenas y locales, de las organizaciones no gubernamentales, de la industria y de las instituciones científicas y académicas, así como de las organizaciones intergubernamentales para elaborar y negociar un régimen internacional sobre acceso a los recursos genéticos y la participación en los beneficios con el fin de adoptar un instrumento/instrumentos para aplicar efectivamente las disposiciones del Artículo 15 y del Artículo 8 (j) del Convenio y sus tres objetivos del Convenio.

Las Partes Contratantes reconocen la labor del Grupo de Trabajo Especial de composición abierta sobre acceso y participación en los beneficios que ha

realizado identificando posibles componentes de un régimen internacional, sin prejuzgar los resultados. Se solicita al Secretario Ejecutivo del Convenio que haga los arreglos necesarios para que este Grupo de Trabajo Especial se reúna dos veces antes de la Octava Reunión de la Conferencia de las Partes. Se hace un llamado a los gobiernos, organizaciones internacionales y a todos los interesados directos pertinentes a proporcionar los medios que permitan suficiente preparación y para facilitar la participación efectiva de las comunidades indígenas y locales en el proceso de negociación y elaboración del régimen internacional.

3. Derechos indígenas en la legislación nacional

La mayoría de los pueblos indígenas se enfrentan con la realidad de tener que utilizar el derecho del país del que sus territorios²⁸⁷ forman parte, lejos de ser autónomos o poder aplicar su propio derecho consuetudinario²⁸⁸. El desarrollo de los países y la implantación de un modelo capitalista ha acercado cada vez más las comunidades indígenas a centros de población urbanos, y el comercio entre los denominados "blancos" e indígenas es cada vez más audaz, siendo que la única ley válida es la creada por el legislador, la cual cobija a todos los habitantes de un país, sean estos indígenas, campesinos, afrodescendientes o blancos.

Claramente, dentro del marco jurídico, aunque, como se verá bajo el título de "Derechos Indígenas", ha habido avances en la aceptación de la existencia de la diversidad étnica y cultural, la implementación de estos conceptos es escasa. Algunos de los países latinoamericanos han dado pasos adelante reconociendo, en el derecho positivo, algunos de los más importantes derechos indígenas.

Tendríamos que empezar bajo la sombrilla del pensamiento jurídico de los filósofos del Iusnaturalismo según el cual, para algunos, se podrían encontrar las raíces respecto al tema de los derechos indígenas en América Latina.

Los Iusnaturalistas creían que hay un derecho anterior a todo orden humano fundado en la naturaleza misma del hombre y del universo, y que

²⁸⁷ Algunos indígenas, por ejemplo, en Colombia, reclaman la condición política de nacionalidades y, por consiguiente, la aceptación de carácter de estado nacional como plurinacional.

²⁸⁸ Según Martín von Hildebrand, la resistencia indígena contiene tres ideas principales que le dan vida y vigencia permanente. Primera: la convicción de que el mundo desarrollado de hoy ("la civilización") hará invisible la vida en el planeta. Segunda: es necesario mantener la esperanza de que es posible revertir el proceso. Tercero: esto es posible porque existe la "comunidad" como una fuerza. Pág 2

consistía en un conjunto de reglas de comportamiento obligatorias que podían conocerse por medio de la razón llamadas Derecho Natural²⁸⁹.

El Derecho Natural²⁹⁰ estaría formado por normas anteriores y superiores a toda norma humana, que negaría valor jurídico a todo mandato positivo que se les opusiera. De tal manera que el derecho humano debería someterse a sus criterios ideales de justicia en la medida en que expresan preceptos de valor universal inmutables. El fundamento de este derecho puede ser variado - religioso o racional -, pero siempre jerárquicamente, ordenando sobre la voluntad del legislador. Se indica²⁹¹ que las modernas tesis sobre derechos humanos han tenido como base el pensamiento iusnaturalista relacionando asimismo algunos de estos derechos humanos con los reclamos o derechos indígenas.

Vale aquí hacer notar las palabras del Dr. Martín Mateo²⁹² al decir “ es cierto que sólo un cambio sustancial en nuestros sistemas colectivos y una comprensión naturalista de los remedios sociales podrán hacer positiva la irrescindible unidad hombre-tierra, pero pese a todo habrán de orillarse las previsibles tentaciones panteísticas con el recurso a una ética laica que utilice el apoyo de los medios científicos y tecnológicos para conseguir el reemplazo de la situación indeseable a la que se ha llegado por estas vías. El medio planetario que ahora flota sobre los sectores más sensibles de la sociedad, debe dar paso no a nuevas emociones, sino a una alternativa lógica”.

Las palabras del profesor Martín Mateo retoman especial importancia sobre todo porque en asuntos de reconocimiento de derechos indígenas, es preciso ser realistas y concretos, los pueblos indígenas - y no por ser esta su característica, pero por la situación en que se encuentran de desventaja social son “sectores sensibles”, y ciertamente, aunque es imposible para los que creemos en las reivindicaciones de sus derechos no ser sensibles y llenarse de emociones -, lo que se necesitan son pasos concretos, lógicos y respaldados por una lógica jurídica de aceptación social amplia. Una corriente naturalista podrá servir de base, pero no puede quedar aislada ni ser la única. Por ejemplo, los derechos humanos son una base fundamental

²⁸⁹ Al respecto, ver Eduardo Novoa Monreal, ¿Qué queda del Derecho Natural? Editorial de Palma, Buenos Aires, 1987.

²⁹⁰ Por oposición al derecho natural existiría un derecho positivo, que es el derecho concreto elaborado por el hombre independientemente de sus contenidos de justicia o injusticias, es el único derecho válido y existente, ya que es el único capaz de ser comparado empíricamente. Es vigente porque es elaborado por el hombre y mantiene su observancia actual. Carlos Manavella, Historia del Derecho I, Pág. 27.

²⁹¹ Roque Roldán. El reconocimiento de los derechos indígenas es un asunto global. Doc. Pág. 6.

²⁹² R. Martín Mateo. Tratado de Derecho Ambiental Volumen I. Pág. 68.

para la defensa de los derechos indígenas, pero no pueden quedar aislados de la realidad a que están sujetos los pueblos indígenas en la actualidad.

3.1 Avances nacionales en el ámbito constitucional

En Bolivia, con más de 60% de indígenas en su población, la Constitución, en 1994²⁹³, reconoce dos hechos fundamentales: los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, garantizando su uso y aprovechamiento sostenible, y la posibilidad de aplicar normas de derecho consuetudinario siempre que estas no contradigan la legislación nacional. Todavía la Reforma Constitucional de 1994 va más allá, reconociendo en su primer artículo que Bolivia es “multiétnica y pluricultural”, constituida en República unitaria, dejando en el pasado el trato globalizador en donde solo se constituye una nación sin reconocimiento alguno a las diferencias de los habitantes que la componen. Estos profundos cambios han sido un gran logro para las poblaciones indígenas de este país y también un logro para las reivindicaciones de los derechos indígenas en el ámbito internacional, ya que se reconocen tres de sus principales reclamos.

Brasil cuenta con una impresionante riqueza biológica y diversidad cultural. Sin embargo, antes de 1988, lo que existían eran medidas protectoras con una fuerte intervención estatal, con la idea de que la integración de la cultura indígena a la sociedad era un bien mayor. Con la Constitución Política de 1988 se reconoce a los indios su organización social, costumbres, lenguas creencias, tradicionales y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, correspondiendo a la Unión demarcarlas, protegerlas y hacer que se respeten todos sus bienes.

La Constitución Brasileña reconoce los derechos de los indios sobre sus tierras como un derecho originario; se admitió además que existen derechos indígenas colectivos. Se dispone que las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios se destinan a su posesión permanente, correspondiéndoles el usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos existentes en ellas. Sin embargo, el aprovechamiento de los recursos

²⁹³ Artículo 171: “Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas de las asociaciones y sindicatos campesinos. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado”.

hidráulicos, incluido el potencial energético, la búsqueda y extracción de las riquezas minerales en tierras indígenas sólo puede ser efectuado con autorización del Congreso Nacional, oídas las comunidades afectadas, quedándoles asegurada la participación en los resultados de la extracción, en la forma de la ley.

En Colombia con cerca de 565.000 indígenas, se aprueba en 1991, una nueva Carta Constitucional; en ella se establece²⁹⁴ que, el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural. Como rasgo particular, la Constitución apoya la autonomía y las formas propias de gobierno²⁹⁵ de los territorios indígenas, siendo estos propiedad colectiva y no enajenable. Se establece que los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y las costumbres de sus comunidades, y que, dichos consejos (entre otras), tienen la función de velar por la preservación de los recursos naturales²⁹⁶. Además, la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas²⁹⁷.

Otro caso de reconocimiento de autonomía se da en Nicaragua, donde el Estado por razón de su lengua y origen, promulgó la Ley²⁹⁸ de Autonomías de las Regiones de Costa Atlántica²⁹⁹. La Constitución Política de Nicaragua reconoce la propiedad comunal, el derecho el uso y el disfrute del bosque y sus aguas. Además reconoce el derecho a libre expresión y preservación de su cultura. Por medio de las reformas constitucionales de 1995 se reconoce que Nicaragua es un país pluriétnico y pluricultural, además de las poblaciones indígenas tienen sus propias formas de organización social y administrativa.

²⁹⁴ Artículo 7

²⁹⁵ Autonomía, como ya hemos visto, es uno de los principales reclamos de los pueblos indígenas del mundo. La Constitución Colombiana, en su artículo 287, entiende el concepto de autonomía como: el derecho a gobernarse por autoridades propias, establecer las competencias que les correspondan, administrar los recursos y establecer tributos necesarios para cumplir con esas funciones y participar en rentas nacionales.

²⁹⁶ Al respecto ver artículo 330 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

²⁹⁷ Probablemente, Colombia sea el país en donde más desarrollo a nivel Constitucional se ha tenido en relación al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. "La nueva Constitución, se orienta al logro de dos objetivos esenciales: asegurar a estos pueblos la plena vigencia de sus derechos y garantizar las condiciones para que pueda darse su participación en la vida económica, social y cultural de la sociedad nacional en su conjunto". Sobre el detalle del tema me remito al análisis Constitucional plasmado en E. Sánchez; R. Roldán; M. Sánchez. Derechos e identidad: los pueblos indígenas y negros en la Constitución Política de Colombia de 1991. Santa fe de Bogota, 1993.

²⁹⁸ Ley número 28 del 7 de setiembre de 1987.

²⁹⁹ La Región Atlántica nicaragüense constituye aproximadamente el 50% del territorio patrio, y con cerca de trescientos mil habitantes, representa el 9,5% de la población nacional. M. Acosta, pág. 146.

En relación con la autonomía, el artículo 36 de Ley de Autonomías establece que “la propiedad comunal la constituyen las tierras aguas y bosques que han pertenecido tradicionalmente a las comunidades de la costa atlántica...”, lo cual conforma un régimen *sui generis* para la propiedad comunal en el ordenamiento jurídico nicaragüense. Este hecho es especialmente relevante, ya que demuestra que el régimen de propiedad comunal reconocido por ley ya existía, en este caso, desde 1987 y no son una creación de las actuales leyes de biodiversidad o de un nuevo reconocimiento para los pueblos indígenas. Este asunto lo trataremos en el apartado de derechos *sui generis*.

En el año 2003, se aprueba la Reglamentación de la Ley 28”, Estatutos de Autonomía para la Costa Atlántica de Nicaragua, mismo año en que aprobara la “Ley del Régimen de Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los Ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz”³⁰⁰.

Esto nos lleva a un caso todavía más singular de autonomía territorial y de creación de regímenes comunitarios, que es la historia de Panamá. Ya en 1946 la Constitución Panameña reconocía que se podían establecer comarcas sujetas a regímenes especiales y establecer otras divisiones del territorio por razones de conveniencia administrativa o de servicio público. Se constituyen a partir de este precepto legal, las Comarcas Indígenas de Panamá. Sin embargo, en 1972 la constitución sufre una modificación, y se elimina el capítulo de indígenas y campesinos y la palabra “comarca”. No obstante damos fe aquí de que las comarcas indígenas siguen existiendo³⁰¹ ya que la Constitución deja un portillo, en su artículo 5 al referirse a que “... se podrán crear divisiones políticas ya sea sujetas a regímenes especiales o por razones de conveniencia administrativa o de servicio público”. Lo que se elimina es el término “comarca” y no el derecho a un régimen especial. Esta interpretación no es compartida por aquellos que quieren eliminar las reivindicaciones indígenas. En la Constitución de 1994 el estado Panameño, además, de reconocer las lenguas aborígenes y la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales, garantiza a las comunidades indígenas la reserva de las tierras necesarias y su propiedad colectiva para el logro de su bienestar económico y social. Existen cinco comarcas indígenas, la más reciente - comarca Kuna de Wargandi - aprobada el 7 de julio del 2000.

³⁰⁰ Ley No. 445. La Gaceta Diario Oficial Número 16 del 23 de enero del 2003.

³⁰¹ El 2 de junio del 2000 he recibido, por parte de la Fundación Dobbo Yala un comunicado en que señalan que el día 1 de junio de 2000 se inició en el Parlamento Panameño la discusión, en segundo debate, del anteproyecto de ley que crea la Comarca de Wargandi. Si dicha ley fuese aprobada, sería la quinta comarca existente en Panamá, y sería un gran avance en materia de derechos indígenas. Con esto se le reconocería el derecho que tiene el pueblo de Wargandi, entre otros, a un territorio, al reconocimiento de las autoridades tradicionales, al reconocimiento de la religión de Ibeorgun, a la del uso, manejo y aprovechamiento de sus recursos naturales y a

En Perú, con más del 40% de indígenas en la población, destaca en la Constitución de 1993³⁰², la posibilidad de las comunidades de “ejercer funciones jurisdiccionales dentro del ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona”. Aquí también se protege la pluralidad étnica y cultural de la nación y se tienen como idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes.

La Constitución de Paraguay de 1992 incluye un capítulo V llamado “De los Pueblos Indígenas”, en donde se reconoce la existencia de pueblos indígenas. El derecho aplica su propio sistema de organización, al igual que la sujeción voluntaria de sus normas consuetudinarias para la regulación de convivencia interna, siempre y cuando no contraríen la Constitución ni los derechos fundamentales. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena. Se reconoce la propiedad comunitaria, el derecho a la participación, a la educación y a la asistencia. Estos reconocimientos fueron propuestas que las organizaciones indígenas presentaron al Gobierno, las cuales fueron aceptadas con pocas modificaciones. Sin lugar a duda, esto marca un paso trascendental para los pueblos indígenas de Paraguay, aunque apenas se empiecen a llevar estas medidas a la práctica.

En México -con aproximadamente quince millones de indígenas- la vida de las comunidades es compleja, y prueba de ello es el conflicto en la zona de Chiapas. La Constitución de 1992 reconoce la composición pluricultural, las lenguas, las culturas, los usos, las costumbres, los recursos y formas específicas de organización social. Reconoce personalidad jurídica de los núcleos de población ejidales y comunales. Establece que, en los juicios de materia agraria, se tomarán en cuenta las prácticas y costumbres jurídicas de las comunidades. Indica que, dentro del mismo núcleo de población, ningún ejidario podrá ser titular de más tierra que el total del 5% del total de las tierras ejidales. En este caso, aunque los pueblos convivan en forma de ejidos, cada ejidario (miembro del ejido) puede ser titular de su tierra. Diferencia radical con la mayoría de los países latinoamericanos, en donde la propiedad es comunal y prevalece, como tal, con un único título de propiedad comunal. No entraremos a profundizar en estos conceptos, pero

la propiedad colectiva de la tierra. Por ello invitan todos los hermanos indígenas y no indígenas que apoyan esta causa, a acompañar el lunes 5 de junio de 2000, al pueblo Kuna de Wargandi, a la Asamblea Legislativa, en donde se discutirá, la Ley número 27, por la cual se crea la comarca Kuna de Wargandi, para estar vigilantes por si legisladores o personas que no simpatizan con la lucha de los pueblos indígenas tratan de entorpecer la aprobación de la ley. El día siete de julio del 2000 la Ley de la Comarca de Wargandi es aprobada por mayoría Parlamentaria.

302 Artículo 149.

existe abundante bibliografía sobre la situación de los ejidos en México, así como de los aspectos de aplicación de derechos consuetudinarios en materia agraria³⁰³.

En abril del 2001, la Constitución Mexicana es reformada y se aprueba la Ley Indígena³⁰⁴ en donde se establece, entre otros, que el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.

En Guatemala, con alrededor del 50% de la población conformada por indígenas, la Constitución³⁰⁵ reconoce las características de multiétnica³⁰⁶, pluricultural y plurilingüe. Se prevé, además, que los indígenas gozarán de protección del Estado las tierras y cooperativas de las comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de propiedad comunal o colectiva³⁰⁷. Sin embargo, estos conceptos no han sido eficientemente cumplidos ni suficientes. Después de la guerra civil en Guatemala, se firmaron los Acuerdos de Paz en 1996, dentro de los que se reclama la tenencia de las tierras de los pueblos indígenas³⁰⁸ en forma permanente y amparada. En 1999, se intentó realizar una reforma constitucional no solo para abordar temas indígenas, sino otra serie de factores de índole social y económica, llamando a votación a los ciudadanos guatemaltecos para tomar esta Decisión; pero los votos arrojaron como resultado la imposibilidad de hacer la reforma constitucional. Algunos achacan el resultado a que todas las enmiendas constitucionales se metieran en un solo saco, impidiendo resaltar los reclamos de los pueblos indígenas. Los Acuerdos, a la fecha, no han sido cumplidos en su totalidad, y esto genera un ambiente de incertidumbre para las comunidades indígenas.

En Venezuela en la Constitución de 1961 existía el concepto constitucional de que las comunidades indígenas deben incorporarse progresivamente a la

303 Puede consultarse M. Gómez. "El Derecho Consuetudinario Indígena". México Indígena. Número 25 1987. M. Gómez "Defensoría Jurídica de los Presos Indígenas" Entre la Ley y la Costumbre. IIDh-III, 1990.

304 Dada en la sede Legal del Senado de la República el día 25 de abril del año 2001. Ciudad de México Distrito Federal.

305 Constitución Política de Guatemala del 31 de mayo de 1985

306 *Ibidem*. Ver artículo 66

307 *Ibidem*. Ver artículo 67

308 Son tres los acuerdos principales: Acuerdo para el reasentamiento de las poblaciones desarraigadas por el enfrentamiento armado. Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas. Acuerdo sobre aspectos socioeconómicos y situación agraria. La tierra y los acuerdos de paz. 1999. Pág. 15

vida de la nación, borrando todo rasgo de reconocimiento de la importancia de la diversidad cultural³⁰⁹. Sin embargo, con la nueva Constitución Política de 1999 se da un vuelco total a estos conceptos reconociéndose la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Se indica que corresponde al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley³¹⁰.

En Costa Rica³¹¹, la Constitución de la República no hace ninguna alusión a indígenas. Existe una ley indígena³¹² que da la posibilidad de tener personalidad jurídica a las comunidades por medio de asociaciones de desarrollo. Este tipo de estructura ha creado conflictos entre los mismos indígenas desde su aparición, incluso han creado organizaciones paralelas. La Ley utiliza la figura de una comisión indígena “CONAP”, creada en el ámbito nacional, que ha sido manejada desde sus inicios con una fuerte cuota de poder estatal y poca representación indígena. Hoy constituye una de las principales fuentes de conflicto entre los indígenas, hasta el punto de que el nuevo proyecto de Ley Indígena, que elimina a CONAI, no ha podido ser aprobado principalmente por manipulaciones y problemas entre indígenas.

Esta ley incluso llega a prohibir cantinas y se prohíbe la venta de bebidas alcohólicas dentro de las reservas, hecho que demuestra que no se reconoce la capacidad del indígena para el manejo de su propia comunidad, o sea el concepto de autonomía está totalmente ausente. Finalmente, declara que los territorios indígenas “reservas” - podrían prestarse para confusión con la figura de “reservas naturales” - y les prohíben transmitir tierras a no indígenas. Declara las reservas inalienables, imprescriptibles, no transferibles y exclusivas de las comunidades que las habitan. Sin embargo, los problemas de demarcación de linderos, de falta de título de propiedad y de irrespeto a los derechos consuetudinarios complican la defensa legal

309 Constitución Política de Venezuela de 1961. Artículo 77: El Estado propenderá a mejorar las condiciones de vida de la población campesina. La Ley establecerá el régimen de excepción que requiera la protección de las comunidades de indígenas y su incorporación progresiva a la vida de la Nación”.

310 Artículo 119. Constitución Política de Venezuela 1999.

311 Se reconocen oficialmente, según el Decreto Número 20645-G del 5 de agosto de 1991, ocho grupos étnicos y 22 reservas indígenas dentro del territorios costarricense.

312 Ley número 6172 del 29 de noviembre de 1977

de los territorios de los pueblos indígenas. Esta es una ley totalmente paternalista que, en su espíritu de proteger a los pueblos indígenas, no tomó en cuenta los conceptos fundamentales de autonomía, de respeto a sus propias costumbres y derecho de desarrollarse según sus propias estructuras sociales³¹³. Queda la esperanza de que, en corto tiempo, el nuevo proyecto de ley indígena para Costa Rica sea aprobado.

Estas referencias nos llevan a la conclusión de que los países están haciendo un esfuerzo por aplicar los principios del Convenio 169 y, en alguna medida, alcanzar las demandas de los pueblos indígenas. Hay una corriente de movimiento indigenista que ha avanzado principalmente sobre el reconocimiento de elementos como autonomía, reconocimiento territorial, multietnicidad y derechos a la participación. La mayoría de los autores citados en esta sección dejan ver que la letra de la ley, por buena que parezca, no se ha asemejado a su aplicación. Por ejemplo, en el caso de Colombia, R. Roldán hace referencia a la implementación de las disposiciones aprobadas en la Constitución de 1991, y hace un extenso y detallado análisis de jurisprudencia sobre la aplicación de estos principios. Los resultados encontrados no fueron tan positivos. Se indica, entre otras cosas, que existe una posterior restricción que implica abierta negociación de los derechos étnicos y culturales en virtud de presuntas razones de soberanía, seguridad nacional y ubicación territorial estratégica de las comunidades indígenas. Esto es una abierta incompreensión de la diversidad étnica y cultural, ya que solo se reconocen estos derechos en la medida en que estos se ciñan a las normas imperativas del ordenamiento de la sociedad mayor.

Como se puede ver el camino que todavía queda por recorrer es largo; sin embargo, estamos de acuerdo en que todos estos avances constitucionales son parte de valiosos instrumentos jurídicos que comienzan a reconocer la importancia de la diversidad étnica y cultural para la especie humana. Subsisten los principales problemas sobre la condición de poder tener acceso legalmente al dominio de la tierra. No está del todo claro tampoco cuál es la relación jurídica entre los pueblos indígenas y los recursos naturales. En ningún concepto queremos aquí generalizar las necesidades de los pueblos indígenas; como ya se ha dicho, cada grupo indígena tiene sus propias prioridades: aunque existen algunas similitudes, también existen grandes diferencias.

Las referencias que se han dado en este capítulo son necesarias para poder tener un panorama claro en el momento de referirnos a un derecho particular,

³¹³ El Proyecto de Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas, crea consejos de médicos indígenas, consejos indígenas comunales y regionales; también elimina la CONAI, y reconoce la autonomía de los pueblos, y el derecho de propiedad comunal sobre sus territorios.

que es el derecho de protección de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado a este. Tratándose de derechos indígenas, es necesario mantener una visión integral de la situación que los rodea; de lo contrario, resultará dificultoso poder entender cómo están interrelacionadas las reclamaciones de los pueblos indígenas y el accionar de los estados.

4. Derecho Consuetudinario

La necesidad de reconocimiento del derecho consuetudinario está plasmado en diferentes declaraciones y convenios internacionales³¹⁴. Sin embargo; pareciera subsistir la necesidad de salir de romanticismos, la idea de que el derecho consuetudinario es únicamente el conjunto de “normas ancestrales” que se han mantenido iguales desde épocas de la conquista, no es cierta. La costumbre es cambiante, depende de la situación histórica de las transformaciones del ambiente natural, de la situación política frente al Estado y de las características culturales de cada pueblo. La vigencia del derecho consuetudinario indígena constituye, sin lugar a dudas, uno de los elementos indispensables para la preservación de su cultura³¹⁵.

La relación entre lo que se llama utilización consuetudinaria y lo que se conoce como “derecho consuetudinario”³¹⁶ reviste de especial importancia. El derecho consuetudinario³¹⁷ es considerado una parte integral de la estructura social y la cultura de un pueblo, por lo que su estudio resulta fundamental para entender el manejo que los pueblos indígenas han dado a los recursos naturales. En relación con los recursos naturales, los pueblos indígenas, por lo general, establecen normas consuetudinarias referentes al acceso y la distribución de recursos que pueden ser escasos, como por ejemplo, agua, tierra y recursos del bosque. También hay casos en que se regula el orden interno del uso de esos recursos y el manejo de posibles conflictos.

314 Ver artículo 8 del Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, OIT 1989. Artículos 12 y 33 del Borrador de Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 1994, Principio 4 de los Principios y Lineamientos para la protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas, elaborado por la Sub-comisión de Naciones Unidas sobre la Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías, 1995.

315 Ver Stavenhagen y Iturralde. Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina. Instituto Indigenista Interamericano. México, 1990.

316 Para el jurista Cruz, citado por Manavella, “consuetudo” se traduce por costumbre y está destinado a significar exclusivamente la observancia constante y uniforme de una regla de conducta por los miembros de una comunidad social, con la convicción de su obligatoriedad y de su correspondiente necesidad jurídica.

317 En la época posclásica, durante el Imperio Romano consuetudinario significaba “diuturni actus consensu omnium legem imitantur” cuya traducción es “los actos continuos y prolongados que, con el consentimiento de todos, tienen valor de ley”.

Pero no cualquier práctica social constituye una costumbre. La costumbre debe tener dos elementos uno subjetivo, formado por la opinión o convencimiento de que ese modo de obrar es obligatorio para la comunidad; y el elemento objetivo, que es la práctica reiterada de esa conducta social. A estos se suman su uso por un largo período de tiempo, su eficacia y su aplicación general a toda la comunidad.

En cuanto a la definición de derecho consuetudinario³¹⁸, no existe una única, aunque existe la conciencia de que es una fuente del derecho y existe consenso en que para que la costumbre surja es indispensable que una práctica social más o menos constante se halle unida a la convicción de que dicha práctica es obligatoria³¹⁹.

También existe la idea de que el derecho consuetudinario se refiere a un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto del derecho positivo (escrito) vigente en un país³²⁰. La diferencia más apuntada entre derecho consuetudinario y derecho positivo es que el primero emana de la comunidad, del pueblo; mientras que el segundo emana de una autoridad política constituida. El derecho consuetudinario puede coexistir ³²¹con el derecho positivo de un país o región, o puede presentar, en algunos casos, conflicto entre sistemas legales o jurídicos.

La costumbre jurídica indígena y la ley nacional plantean tres grandes problemas: sistemas normativos diferentes y a veces opuestos; desconocimiento de la costumbre indígena y formas discriminatorias de abordarla; y creer que el reconocimiento de la costumbre jurídica disminuye el poder del Estado. No estamos diciendo aquí que se debe codificar la costumbre³²², de hecho, esto no es posible ya que supondría un conocimiento previo de cada caso susceptible a regulación. Esto, aparte

³¹⁸ Llama la atención la definición presentada por P. Madrigal, V. Solís y otros (1999) que dice: derecho consuetudinario es el derecho introducido por la costumbre; es decir un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas y no codificadas, pero que le sirven a determinado grupo social para normar su vida y sus relaciones. Son normas principalmente orales, aprendidas a través del conocimiento de la cultura que les dio origen". Op. cit., pág.19.

³¹⁹ Valdivia Dounce. Op. cit., pág. 24.

³²⁰ Para algunos antropólogos, esta es una idea simple, tomando en consideración que el derecho consuetudinario surge en el momento en que las sociedades europeas imponen su dominio y tratan de poner su propio derecho occidental. Sin embargo, con todo respeto, discrepo de esta opinión, ya que el derecho consuetudinario nace dentro de las sociedades como una fuente misma del derecho. Los romanos ya utilizaban en sus textos el "consuetudo".

³²¹ El derecho positivo puede coexistir con el derecho consuetudinario, lo que podría significar una adaptación mutua un sistema de pluralismo legal, como, por ejemplo el derecho hindú y el islámico en la India. Stavenhagen. Op. cit., pág. 29.

³²² La elaboración de listas de normas o reglas como método para el estudio científico del derecho consuetudinario ha sido ya desechado desde hace mucho tiempo. Más éxito ha tenido el

de ser una tarea prolongada, también podría ser infinita debido al carácter vivo y cambiante de las culturas. Diferentes pueblos tienen diferentes derechos consuetudinarios³²³.

En relación con el problema de sistemas normativos encontrados, lo que suele suceder es que las comunidades aplican sus propias prácticas y el derecho consuetudinario frente a un sistema legal posterior que ha venido a implantar normativas diferentes. Por ejemplo: dependiendo de los pueblos indígenas de que se trate algunos transfieren las tierras a sus hijos, en otros se ejerce una línea matrilineal, siendo la mujer la que permanece con la tierra; por lo tanto aplicarles un régimen de transmisión de derechos distintos de este estaría transgrediendo su derecho consuetudinario. Al respecto, el Convenio 169 afirma que se deben respetar las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.

Un aspecto importante que caracteriza al derecho consuetudinario es que se trata de un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad (comunidad, pueblo, tribu, etc.) Por ello, cuando hablamos de involucrar a las comunidades locales y pueblos indígenas en la administración de sus recursos naturales, no debemos perder de vista que uno de los factores más determinantes es cómo estas sociedades han coexistido con los recursos naturales históricamente. Sería preciso ver cuáles han sido las prácticas que se han dado, cuáles han sido las costumbres reconocidas³²⁴ y compartidas por los pobladores para el uso y manejo de la diversidad biológica.

4.1 Derechos Consuetudinarios y el CDB

Los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas sobre la diversidad biológica se centran mayoritariamente en la utilización consuetudinaria de estos recursos. El artículo 10 (c) del CDB determina que las Partes Contratantes, en la medida de sus posibilidades, protegerán y alentarán la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible.

estudio sistemático de casos concretos de conflictos y disputas y sus resoluciones. *Satvenhagen*. Op. cit., pág. 32

³²³ Ver Valdivia Dounce. Op. cit., págs. 32, 33.

³²⁴ El elemento determinante que define a la costumbre dentro de la esfera jurídica es su obligatoriedad. Por ello los autores modernos definen la costumbre como una práctica implantada en una colectividad considerada por ésta jurídicamente obligatoria.

De la interpretación de este artículo se podría desprender que, cuando los recursos genéticos se encuentren en territorios indígenas, estarían sujetos al derecho consuetudinario. Este principio se aplica, sin lugar a dudas, al conocimiento, las innovaciones y las prácticas de su propiedad³²⁵.

Aunque el CDB hace un llamamiento a los estados para que protejan y utilicen estas prácticas consuetudinarias que llegan a convertirse en derecho consuetudinario³²⁶, lamentablemente las legislaciones relativas a pueblos indígenas en el ámbito nacional casi no toman en cuenta este aspecto. Los estados impulsan la aplicación de otro tipo de leyes, como leyes especiales y leyes indígenas, que, por lo general, no atienden al derecho tradicional que rige a las comunidades. Aunque algunos textos legales hacen referencia a la protección de las costumbres y tradiciones, esto no ha resultado suficiente.

Por otro lado, no podríamos separar la diversidad biológica del concepto "tierra", y con ello el derecho a la tierra, incluido el acceso, el uso y la distribución del usufructo. En muchos países estos conceptos son parte del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, entendidos integralmente como un único derecho colectivo que, en algunos casos, riñe con el derecho positivo de los estados.

Esta situación ha dado paso a muchos conflictos sobre la propiedad de los recursos acuíferos, forestales y minerales. La aplicación indiscriminada de la legislación en este sentido, en algunos casos, ha negado los derechos ancestrales de las poblaciones indígenas sobre terrenos ocupados pacíficamente desde tiempos inmemorables. Cuando el derecho positivo³²⁷ se antepone al derecho consuetudinario o lo ignora, genera, en la mayoría de los casos, violaciones a los derechos de los pueblos indígenas.

En cuanto a la aplicación del derecho consuetudinario, existen varias líneas de pensamiento. Aquellos que indican que el reconocimiento de la existencia del derecho consuetudinario por parte del Estado abriría espacios de aceptación de un pluralismo legal y jurídico, aportando un elemento indispensable para la mejor defensa de los derechos indígenas. Por otro lado existen los que piensan que reconocer este derecho sería como darle autonomía a una parte de la población y regresar al concepto de tribus ya

³²⁵ J. Mugable y otros. Op. cit., pág. 7.

³²⁶ Existen ciertas características que son de observancia general para que una práctica reiterada se convierta en derecho consuetudinario; estas son: observancia general, largo tiempo de práctica, persuasión de carácter obligatorio y ámbito de eficacia.

³²⁷ El derecho positivo se fue alejando de la costumbre para construirse sobre principios generales básicos del contrato social, como las cartas magnas o constituciones políticas, que regulan situaciones generales, de aplicación general. Probablemente influidos por el método científico

superado históricamente. Otros comparten el criterio de que, cuando se establecen legislaciones diferenciadas para indígenas, se viola el principio de igualdad ante la ley.

Sin embargo, se ha dejado de lado la idea de que el derecho consuetudinario puede coexistir con el derecho positivo. El derecho consuetudinario de las comunidades locales y pueblos indígenas puede ser utilizado en el tanto las normas de derecho consuetudinario sean conocidas por los administradores de justicia. No cabe duda de que muchas de estas costumbres de las comunidades se pudieron haber generado por ausencia de una ley, llenando los vacíos que dejaba el derecho escrito, ya que la mayoría de las normas sobre el manejo y la conservación de los recursos naturales son recientes. Se trata entonces de costumbres que podrían haber estado, o están fuera, o más allá de la ley, y no la contradicen porque regula situaciones no incluidas en la legislación existente. En las mismas enseñanzas del Digesto se afirmaba que “en los casos en que no usamos las leyes escritas, conviene observar lo introducido por los usos y las costumbres”³²⁸.

Permítame ilustrar esta aseveración con un caso ventilado en los Tribunales de Justicia de Costa Rica en el que se discutía la tenencia de la tierra. El juez, amparado en el artículo 5 del Convenio 169, que dispone que deberán respetarse y protegerse las prácticas de los pueblos y deberá tomarse en consideración la índole de los problemas tanto colectiva como individualmente, decide fallar de la siguiente forma: Un conflicto relacionado con indígenas no puede desconocer la forma en que ellos mismos lo solucionan; por el contrario, en la medida en que esas formas sean parte de sus valores y prácticas deben respetarse y protegerse. Este argumento solo encuentra sus límites en la Constitución Política y en los Derechos Humanos. Así lo reconoce el mismo Convenio 169 cuando menciona: “1- al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas deberán tomarse en cuenta sus costumbres y su derecho consuetudinario. 2-Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos en sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionales reconocidos...” Queda claro, sigue diciendo el juez, con ello que las costumbres y el derecho consuetudinario de estos pueblos solo tiene

que parte de lo deductivo, de principios generales o leyes de la naturaleza a la explicación de lo concreto o particular. El interés despertado por temáticas como la vida cotidiana, la identidad cultural, el mismo derecho consuetudinario, están cambiando esta perspectiva. P.Madrigal, V. Solís y otros. Op. cit., pág. 21.

328 Juliano: Libro I, título III, ley 32. Traducido de “de quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est”.

como límite los derechos fundamentales y los humanos. Por eso, al estar contenida esta disposición en un convenio internacional de acuerdo con el artículo 7 de la Constitución Política de Costa Rica (jerarquía de las leyes), el derecho consuetudinario tiene autoridad superior a la ley.³²⁹

De lo anterior podemos aseverar que el Tribunal determina que el derecho consuetudinario, así como lo establece el Convenio 169, puede ser interpretado de tal manera que se le otorga un valor superior a la ley³³⁰, en el tanto que viene dado por un Convenio Internacional que, en la legislación Costarricense, tiene una jerarquía superior a las leyes³³¹.

Este fallo³³² da paso a que asuntos relacionados con el manejo de la diversidad biológica y de recursos biológicos en general, puedan ser tratados alegando normas de derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y poniendo estas por encima de la ley positiva o escrita, únicamente con las excepciones antes mencionadas. Sin embargo, esta importante sentencia no ha tomado la fuerza esperada debido a la falta de conocimiento de las normas de derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y comunidades locales por parte de los administradores de justicia y a lo difícil y costoso que es probar que ciertas prácticas constituyen un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por la colectividad.

Algunos ejemplos de derecho consuetudinario son: protección de biodiversidad por razones religiosas (cerros sagrados), utilización rotativa de tierras para cultivo y de técnicas de caza de animales, delimitación natural de linderos con uso de flores, árboles, arbustos. Llama la atención aquí como, a pesar de que la costumbre ha sido considerada una de las fuentes del derecho³³³,

³²⁹ Resolución del Juzgado Agrario de Limón. Costa Rica. Juez Danilo Chaverri. Octubre de 1993.

³³⁰ Con respecto a esta consideración la Escuela Histórica Alemana intentó resucitar el valor de la costumbre pretendiendo privilegiarla sobre la ley, al considerar que el derecho consuetudinario reflejaba con mayor fidelidad la conciencia jurídica colectiva que el derecho elaborado científicamente y racionalmente. (Manavella 92).

³³¹ Artículo 7. Constitución Política de Costa Rica.

³³² Otros fallos judiciales que han reconocido el derecho consuetudinario para resolver son por ejemplo la sentencia No 19/90 del Tribunal Superior Penal de Pérez Zeledón, al absolver a un individuo indígena del delito de estupro por reconocer en este caso particular, que la costumbre de la comunidad indígena Brus Malis es que las parejas se junten antes de que la mujer alcance los quince años. La Sentencia 951-31 Tribunal Superior Penal de Limón, que otorga el beneficio de condena de ejecución condicional a miembros de comunidades indígenas que ocasionaron a otro indígena daños leves después de una de "chichada" (licor fabricado por los indígenas) con el fin de que los indígenas no se conviertan, por razones de celebración de sus tradiciones, en delincuentes profesionales.

³³³ Para Carlos Manavella, la costumbre es la primera "fonte manifestandi", o sea la primera forma en que se manifiesta el derecho romano en la orden del tiempo. Su "fonte existendi" es el

en la actualidad su reconocimiento es casi nulo. En muchos casos hasta se desconocen o ignoran las prácticas de las comunidades por parte de quienes crean el derecho positivo. Esta situación conlleva a que ciertas normas, dentro de la legislación, especialmente la ambiental, caigan en desuso, debido a que se crean leyes desapegadas de la realidad de las comunidades.

A este caso vale agregar que los romanos hablaban de un tipo de costumbre llamada costumbre derogatoria, que es la que aparece en franca oposición a las normas legales, pues constituye una práctica contraria a la ley, que le impide alcanzar su vigencia o que le hace perder esta con posterioridad. Aunque aquí se habla de los romanos, en la actualidad este tipo de costumbre se está dando, sobre todo en comunidades indígenas con la agravante de que por algún tiempo los miembros de la comunidad se pueden ver sancionados, pero finalmente la práctica contraria es tal que la ley cae en desuso³³⁴.

Con lo anteriormente dicho, tendríamos entonces que afirmar que la identificación, la aplicación y el respeto de los derechos consuetudinarios de los pueblos indígenas compatibles con el uso sostenible y el manejo de la diversidad biológica es un requisito fundamental en la protección de los recursos genéticos y del conocimiento tradicional asociado a estos. Es importante que los estados reconozcan la existencia del derecho consuetudinario indígena, abriendo un espacio para el respeto a la diversidad cultural y la mejor solución de conflictos que atañen a los intereses de la nación.

4.2 Derecho Consuetudinario y Sistemas de Propiedad Intelectual

El derecho consuetudinario también ha sido visto como un elemento determinante para el planteamiento de opciones de protección del conocimiento tradicional. La necesidad de aprender como los pueblos indígenas han protegido y manejado su conocimiento tradicional, así como las similitudes y diferencias entre las prácticas consuetudinarias y los sistemas legales actuales parece hacerse presente.

Los sistemas de propiedad intelectual formales se encuentran muchas veces frente a sistemas de propiedad intelectual tradicionales que permanecen en

"*populus romanus*". Como todos los derechos de los pueblos de la antigüedad, también el derecho romano comenzó por ser parte del carácter consuetudinario. El antiguo "*ius civile*" descansaba sobre preceptos de moralidad basados en la tradición de su pueblo.

334 Este ha sido el caso de los indígenas a quienes se prohíbe cazar con flecha en los ríos, permitiendo el uso de otro tipo de instrumentos, pero la práctica era de tal magnitud que la ley cayó en desuso. En la actualidad algunos ordenamientos expresamente consagran la inadmisibilidad de las costumbres derogatorias.

los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas y comunidades locales por lo general ven los sistemas de propiedad intelectual formales como algo fuera de su realidad, difícil de pagar o de recolectar los requisitos administrativos establecidos por ley.

Es claro que algunos pueblos indígenas tienen sus propios sistemas de protección de su conocimiento tradicional que puede ser depositado en la figura de un miembro de su comunidad conocido entre otros como shaman o curandero. Lo importante es que el conocimiento tradicional puede ser también protegido por expresiones de propiedad intelectual consuetudinaria y no solo por sistemas formales. El buscar el punto de encuentro entre estos dos sistemas es una tarea que esta pendiente.

Una de las expectativas que se refleja en el reporte de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) es precisamente la necesidad de estudiar el derecho consuetudinario y los regímenes informales existentes en comunidades locales y tradicionales, incluyendo conclusiones relevantes para el sistema formal de propiedad intelectual³³⁵. Es preciso tanto que los encargados de la toma de decisiones políticas conozcan los sistemas consuetudinarios, así como sería valioso que los pueblos indígenas y comunidades locales conocieran los sistemas de propiedad intelectual existentes. Probablemente se pueda llegar a un mayor entendimiento, respetando y validando las prácticas consuetudinarias y aprendiendo los unos de los otros en la búsqueda de soluciones conjuntas.

³³⁵ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Reporte sobre propiedad intelectual y conocimiento tradicional. Abril del 2001. Ginebra, Suiza. Pág. 57 a 55.

Capítulo V

El Convenio sobre la Diversidad Biológica y la Distribución Equitativa de Beneficios

1. Actores principales

Es importante aquí determinar quiénes son los actores principales en las negociaciones para obtener una distribución justa y equitativa de los beneficios que se obtienen por medio de la utilización de los recursos biológicos o del conocimiento tradicional asociados a estos. Algunos afirman³³⁶ que existen dos actores principales: los estados que tienen los recursos genéticos *in situ*, y los estados que cuentan con la tecnología moderna necesaria para que estos recursos tomen valor comercial. Para otros son tres los actores principales: los estados³³⁷ que tienen la tecnología, los estados que tienen los recursos (países de origen de recursos genéticos) y las comunidades locales y pueblos indígenas que tienen un conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos.

Otra posibilidad también podría existir para el caso de territorios autónomos de pueblos indígenas con derechos sobre los recursos y sobre el conocimiento, en el cual los actores son las comunidades indígenas y quienes poseen la tecnología, comprendiendo a estos últimos como los estados receptores, en términos amplios, como compañías. Por ejemplo en Nicaragua, según la Ley de la Costa Atlántica³³⁸, el patrimonio comunal de las regiones autónomas lo constituyen, las tierras, las aguas, y los bosques, que han pertenecido tradicionalmente a las comunidades de la Costa Atlántica. En la Propuesta - en borrador - de Ley de Biodiversidad de Nicaragua, se reconoce el derecho de estas comunidades a oponerse al acceso a sus recursos por razones culturales, sociales, económicas o de cualquier otra

³³⁶ L. Glowka 1996. En relación con Convenio sobre Diversidad Biológica

³³⁷ El Estado por medio de sus políticas ejerce un papel fundamental en la distribución de la riqueza, en la utilización del espacio territorial y en el aprovechamiento de los factores productivos. Las condiciones mínimas de un estado de derecho requieren: a) el respeto a los derechos humanos; b) una administración de justicia independiente y eficaz; la capacidad de cumplir con las competencias y atribuciones establecidas; mecanismos e instrumentos que le permitan al ciudadano ejercer sus derechos a ser restituido en su goce. P. Madrigal; V. Solís y otros. Uso sostenible de la biodiversidad en Mesoamérica: hacia la profundización de la democracia. UICN, 1997. Pág. 30.

³³⁸ Ver artículo 36.

índole. El asunto, de si las regiones autónomas tienen la facultad suficiente para realizar contratos de acceso sobre sus recursos, es todavía debatible. Más pareciera, que la balanza se inclinará a realizar contratos accesorios derivados de la figura del consentimiento fundamentado previo y el reconocimiento de la fuente origen del material genético.

La mayoría del intercambio de recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado no se limita a una relación simple de dos o de tres partes. Pueden existir tantas partes como se propongan; por ejemplo: podrían ser dos compañías farmacéuticas y un jardín botánico para hacer biosprospección en calidad de recipientes³³⁹, y el estado y un pueblo indígena en calidad de proveedores. Incluso podría incluir más de dos países dependiendo de donde vengan las compañías en cuestión.

Con esto queremos dejar por sentado que las posibilidades de análisis pueden ser particulares, según la legislación nacional existente en el momento de la negociación, del tipo de negociación y de los propósitos del acceso. Análisis que va de la mano con el artículo tres del CDB que, al igual que la Declaración de Estocolmo³⁴⁰ y la de Río de Janeiro³⁴¹, reconoce que los estados tienen derecho soberano a explotar sus recursos de acuerdo a sus propias políticas ambientales. Mucho dependerá de las pautas que se dispongan en la legislación nacional para este tipo de negociación, que, en todo caso, no tendrá que ser muy cerrada o estricta con el fin de que permita a las partes llegar a acuerdos.

Lo que no está claro aún en este momento en muchos países es cuáles son las reglas que se deben aplicar. De hecho generalmente solo se cuentan dos partes: el Estado que tiene los recursos genéticos y el Estado que cuenta con la tecnología, ignorando la tercera y fundamental parte de cualquier negociación: “comunidades locales y pueblos indígenas”. Pero muchas veces esto se hace con el entendimiento de que, al hablar de Estado en el sentido amplio, se involucra a la sociedad (habitantes de un país), concepto

³³⁹ Muchos jardines botánicos de los países desarrollados cuentan con amplias redes de colaboradores institucionales en países en desarrollo. Por ejemplo, entre los colaboradores del Jardín Botánico de Nueva York se encuentran el Jardín Botánico y el Consejo del Caribe de Dominica, el Departamento de Silvicultura y el Centro IX-Chel de Investigación Tropical, y la Asociación Beliceña de Curanderos Tradicionales. Con el Jardín Botánico de Missouri colaboran, entre otros, el Centro Regional de Estudios Nucleares de Kishasa de Zaire, el Parque Botánico y Zoológico de Tsimbazaza y el Jardín Botánico de Madagascar. Ver, S. Laird. Contratos para la prospección de la biodiversidad. *Prospección de la Biodiversidad*. World Resources Institute. Pág. 124 y 125.

³⁴⁰ Principio 21.

³⁴¹ Principio 2.

que es propio de la definición, y se pretende luego solventar el papel de otros actores por medio de la legislación nacional.

El problema se presenta cuando la legislación nacional no hace las diferencias o no es clara entre quién es dueño del conocimiento tradicional, quién es dueño de los recursos genéticos y quién es dueño de la tierra. Entonces, es confuso el ámbito de obligaciones y derechos entre los diferentes actores. Se pone así todo tipo de negociación en un mismo saco, lo que dificulta la distribución equitativa de beneficios.

Al no tener reglas claras la práctica histórica, con pocas excepciones, ha sido que los países y pueblos indígenas que poseen los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado a estos, no obtienen beneficios económicos directos³⁴². Estos argumentos nos llevan a afirmar que los países ricos en diversidad biológica y cultural tienen que trabajar en la creación de "herramientas" que les permitan definir los derechos y las obligaciones de los diferentes actores involucrados cuando, de acceso a los recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado se trata.

Este conjunto de reglas podría llevar a un uso sustentable y una distribución equitativa de los beneficios que generan los recursos genéticos y el conocimiento tradicional. Además, mundialmente, se contribuiría a la búsqueda por mejorar la salud y el aumento en la seguridad alimentaria. La legislación es esencial para el cumplimiento de las políticas nacionales que aseguren una distribución equitativa de beneficios. Esta legislación debería ser simple, clara y, sobre todo, responder a las necesidades del país y de sus ciudadanos.

El CDB llama a los estados a establecer mecanismos de conservación y distribución justa y equitativa de los beneficios. Sin embargo, se debe tener presente el hecho de los sujetos del derecho internacional público son primeramente los estados. En este sentido un Convenio no genera obligaciones a quien no lo ha suscrito, sólo genera obligaciones entre partes que los hayan suscrito. Por otro lado, compañías privadas, comunidades o individuos no son parte del derecho internacional público. No siendo posible crear obligaciones entre estos porque no son parte del convenio.

En principio, el sector privado, incluidas compañías multinacionales e individuos pueden ser compelidos a cumplir el CDB si las disposiciones

³⁴² Como prerrequisito para cualquier sistema en que se remunere a los habitantes por concepto de material genético o biológico extraído de sus tierras, estas comunidades deben contar con derechos sobre la tierra y sobre sus recursos. Para muchas de estas comunidades la oportunidad única de recibir beneficios. Ver, S, Laird. Op, cit., pág 142.

de esta son transformadas en legislación nacional; lo que significa que, sin legislación nacional, las compañías privadas solo podrían ser llamadas a cumplir el CDB con bases morales. Incluso se podría decir que si la parte no adopta legislación nacional estaría incumpliendo varias de sus obligaciones, ya que el mismo instrumento llama a la creación de legislación³⁴³.

El mismo autor que da esta explicación dice que esta interpretación podría ir en contra del CDB, ya que los principales usuarios de los recursos genéticos son las compañías privadas, los individuos, las comunidades y las organizaciones no gubernamentales. Todo el Convenio fracasaría si estas partes estuvieran excluidas de las disposiciones del CDB³⁴⁴.

Los Estatutos de la Organización de Estados Americanos³⁴⁵, en su artículo 35 establecen que las compañías transnacionales y las inversiones privadas extranjeras deben ser objeto de la legislación del país anfitrión y estar bajo la jurisdicción de sus tribunales competentes, de los tratados y acuerdos internacionales de los que los países son parte, y deben estar conforme a las políticas desarrolladas en los países recipientes. Con esta regulación, por ejemplo, los países podrían crear legislación para regular el acceso a los recursos genéticos y a su conocimiento, el cual las compañías tendrían que cumplir³⁴⁶.

2. El Estado y las comunidades indígenas

A lo largo de la historia el Estado, entendido como gobierno, es el que dispone de los bienes que se encuentran dentro de su patrimonio o de los que son de interés público. Se ha entendido, entonces, que la autorización para el acceso a los recursos genéticos se da entre estados o entre estado y compañías privadas que forma parte de otro estado. También ha reinado la modalidad, ya conocida por todos, del estado que otorga permisos de utilización para uso de los recursos naturales, administrándolos o protegiéndolos en favor de una colectividad.

Sin embargo, cuando de acceso a los recursos genéticos se trata, la gama de posibilidades y complejidad es tal que los estados han optado por otros sistemas de carácter multisectorial o interinstitucional, en donde diferentes

343 Henne. Op. cit., pág. 76.

344 *Ibidem*.

345 Firmados en 1948. El artículo 35 ha sido enmendado por el Protocolo de Buenos Aires en 1967 y por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985.

346 Shelton, pág. 101.

sectores toman parte de la decisión sobre el recurso, sin perder el Estado el control de estos.

Pero, entonces, preguntáramos ¿dónde se sitúa el argumento de la autonomía de los pueblos indígenas y el poder de decidir sobre sus recursos? Lo que la reciente historia está demostrando es que, cuando se realizan acuerdos sobre recursos genéticos, prevalece - aunque en diferentes formas - la figura del Estado, y a las comunidades se les reconoce su derecho a ser "parte" en el entendido de que otorgan el consentimiento previo para la utilización dentro de sus territorios de los recursos genéticos, es decir dan su autorización pero esta llega al Estado y este es el que, en última instancia, expide el permiso de acceso a los recursos genéticos. En el tema de protección del conocimiento tradicional se dan diferentes modalidades en las cuales puede existir acción del Estado. A continuación se darán algunos ejemplos de cómo actúa la intervención del Estado en el tema tratado.

En la Orden Ejecutiva número 247 de Filipinas, el Gobierno estará representado por un comité interagencial compuesto por diferentes entidades, denominado Comité Interagencias de Recursos Biológicos y Genéticos, quienes otorgan permisos y realizan acuerdos de investigación de carácter académico o comercial³⁴⁷. En relación con el acceso de recursos biológicos y genéticos dentro de comunidades indígenas, el estado sólo podrá otorgar autorizaciones con el consentimiento informado previo de la respectiva comunidad.

En Brasil le compete, en el marco del Ministerio de Medio Ambiente, al Consejo de Gestión del Patrimonio Genético, integrado por representantes de los órganos y las entidades de la Administración Pública Federal encargadas de diferentes materias relacionadas con otorgar la autorización de acceso al patrimonio genético nacional, previo consentimiento de su titular³⁴⁸.

En Costa Rica, la Ley de Biodiversidad³⁴⁹ establece la formación de la Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad como órgano desconcentrado del Ministerio de Ambiente y Energía, que está conformado por representantes de Gobierno, del sector campesino, indígena, de las organizaciones no gubernamentales y del sector académico. Esta Comisión tiene una oficina técnica de apoyo, que es la que se encarga, entre otros, de aprobar, rechazar y fiscalizar las solicitudes de acceso. Cuando existe

³⁴⁷ Artículo 6.

³⁴⁸ Brasil, Medida Provisoria No.2.186-16 del 23 de agosto del 2001

³⁴⁹ No.788 del 30 de abril de 1998.

una solicitud de acceso a los elementos de la biodiversidad, el solicitante debe adjuntar el consentimiento previamente informado del fundo donde se desarrollara la actividad. Para el caso de pueblos indígenas y cuando el acceso a los recursos se pretenda realizar dentro de sus territorios, el consentimiento informado previo lo deberá otorgar la autoridad de la comunidad indígena y el Director del Área de Conservación. En relación con el conocimiento tradicional, se establece la creación de un registro de conocimientos tradicionales. A la fecha se está formulando, mediante un proceso participativo, los alcances y naturaleza de los derechos intelectuales comunitarios sui generis y el registro.

En la Propuesta de Reglamento sobre Acceso a los Recursos Genéticos del Perú³⁵⁰ las autoridades competentes encargadas de los temas de acceso incluida la autorización de acceso a recursos genéticos son el Instituto Nacional de Recursos Naturales, Instituto Nacional de Investigación Agraria y el Ministerio de Pesquería dependiendo del tipo de recurso genético del que se trate. Se establece como una entidad de apoyo con funciones específicas el Consejo Nacional Consultivo de Recursos Genéticos (CONARGE), que es una entidad multisectorial consultiva en materia de política sobre conservación y utilización sostenible de los recursos biológicos que contienen los recursos genéticos que contará con el apoyo técnico proporcionado por la Comisión Nacional de Diversidad Biológica (CONADIB). El acceso a recursos genéticos ubicados en tierras de los pueblos indígenas, deberá contar con su consentimiento informado previo expreso. En tal caso, la Autoridad Competente correspondiente notificará a la Secretaría Técnica de Asuntos Indígenas (SETAI) del Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano (PROMUDEH), quien podrá presentar sus observaciones y supervisar las actividades de acceso allí realizadas.

En la Ley que establece Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Vinculados a los Recursos Biológicos³⁵¹ de Perú no se crean autoridades con intervención estatal para conceder autorización para el conocimiento tradicional; más bien, se deja a la voluntad de los pueblos indígenas representados por sus organizaciones para que decidan respecto al acceso y uso de los conocimientos colectivos de conformidad con sus prácticas tradicionales.

Se crean tres tipos de registros: Registro Nacional Público de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, el Registro Nacional Confidencial de

³⁵⁰ Lima, Perú 3 de setiembre del 2001

³⁵¹ Ley número 27.811 del 24 de Julio del 2002. Perú.

Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas y Registros Locales de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, estando los dos primeros a cargo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Perú. Se crea un Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas que será administrado por 5 representantes de organizaciones representativas de los pueblos indígenas, y 2 representantes de la Comisión Nacional de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, los mismos que conformarán el Comité Administrador.

En el Proyecto de Ley de Biodiversidad de Nicaragua, el que otorga la autorización de acceso es el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales. Se solicita consentimiento fundamentado previo de los propietarios o legítimos poseedores del predio en donde se encuentren los recursos genéticos, y una licencia de uso del conocimiento en el caso en que se acceda al conocimiento, innovaciones o prácticas de los pueblos indígenas³⁵².

En Venezuela³⁵³ los permisos de acceso a los recursos genéticos son otorgados por la Oficina Nacional de Diversidad Biológica del Estado Venezolano. Con relación a los conocimientos tradicionales se le asigna a esta Oficina y al Ministerio de Ciencia y Tecnología a que den apoyo a los pueblos indígenas y que en el plazo de tres años contados a partir de la promulgación de la Ley se pongan en ejecución programas para la protección de los conocimientos y prácticas tradicionales. El Estado reconoce a las comunidades locales y pueblos indígenas el derecho a negar su consentimiento para autorizar la recolección de materiales bióticos y genéticos, el acceso a los conocimientos tradicionales y los planes y proyectos de índole biotecnológica en sus territorios.

En Bolivia es el Ministerio de Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente quien tiene la facultad de otorgar o denegar el acceso a los recursos genéticos. Se estipula además, que cuando se involucren comunidades campesinas o indígenas, como proveedores del componente intangible al recurso genético al que se quiera acceder, se acordará la participación de estos sectores en los beneficios derivados de acceso al recurso genético a través de sus organizaciones representativas. Se crea la figura del "anexo" que es el documento suscrito entre el solicitante y el proveedor del componente intangible asociado al recurso genético, a efectos de prever la distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de la utilización de dicho

³⁵² Ver artículo 40, requisitos para el permiso de acceso a los recursos genéticos. Borrador de Ley de Biodiversidad de Nicaragua. Versión 03-09-2000.

³⁵³ Ley 4.780. Ley de Diversidad Biológica del 24 de mayo del 2000. En vigor, julio del 2001.

componente. Este forma parte integrante del contrato de acceso. También se establece la figura de “contratos accesorios” que son aquellos suscritos para actividades relacionadas con el acceso, por ejemplo, el suscrito con el propietario o poseedor del predio donde se encuentre el recurso³⁵⁴.

Atendiendo a la soberanía que ejercen los estados sobre sus recursos genéticos, estos están en condición de establecer las condiciones sobre las cuales los recursos pueden ser utilizados. Como se puede palpar existe una gama de estructuras entre ellas Comités Interagencias, Comisiones nacionales de Gestión de la Biodiversidad, Oficinas Nacionales de la Diversidad Biológica que país con país varían su composición. En algunos países estas estructuras de administración involucran al sector no gubernamental como en el caso de Costa Rica, en otras no como el caso de Filipinas, Venezuela y Bolivia.

En cuanto al tratamiento que da el Estado a la protección del conocimiento tradicional pareciera, al menos en el caso de Perú y de Costa Rica, que el Estado juega un papel más de apoyo a los pueblos indígenas y deja el espacio para que sean los mismos pueblos indígenas quienes se organicen alrededor de una ley que reconoce sus derechos.

No es nuestra intención aquí juzgar si este proceder es el mejor, o si por el contrario, no se reconoce la suficiente autonomía a los pueblos indígenas para manejar sus recursos. Se puede notar que, dentro de los países que se encuentran trabajando en estos aspectos, hay similitudes con leves matices de diferencias. Vale recalcar que en la mayoría de los países mencionados los pueblos indígenas podrían oponerse al acceso a sus recursos genéticos por razones de interés cultural u otros.

3. El Convenio sobre la Diversidad Biológica, los pueblos indígenas y la distribución equitativa de beneficios

El Convenio sobre la Diversidad Biológica entró en vigor el 29 de diciembre de 1993. En la actualidad, 188 países son Partes Contratantes. Según Glowka, “el Convenio provee los lineamientos generales de una nueva relación entre los proveedores de los recursos y los receptores. Pero los detalles de la implementación deben ser definidos primeramente a los niveles nacionales y sub-nacionales por medio de la creación o adaptación de legislación, procedimientos administrativos e institucionales”³⁵⁵.

³⁵⁴ Ver Reglamento de la Decisión 391 sobre un Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos. Decreto Supremo No. 24676 del 21 de junio de 1997. Bolivia.

³⁵⁵ Glowka Lyle. *A Guide to Designing Legal Frameworks to Determinate Access to Genetic Resources*. The World Conservation Union. Environmental Law Center, 1998. Pág.1.

Las dificultades de una distribución equitativa de beneficios es aparente cuando las comunidades locales y pueblos indígenas están presentes. Sin embargo, algunos esfuerzos se han hecho³⁵⁶, y el más relevante de ellos está incluido en el artículo 8 (j) de este instrumento jurídico internacional, que dice:

*“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...”*

Sin quitar mérito al reconocimiento que aquí se da al valor del conocimiento de las comunidades locales, pueblos indígenas y a la necesidad de distribución equitativa de los beneficios, el artículo es débil³⁵⁷. Utiliza la frase “en la medida de lo posible” lo que libera a los estados de lo que es un deber propiamente; es decir, deja una ventana abierta para cumplir o no con este cometido sin que sea urgido por las partes a hacerlo. Por otro lado, relega a la legislación nacional la responsabilidad de respetar, preservar, mantener estos conocimientos y propiciar la distribución equitativa de beneficios. Con esto se entiende que, si no hay legislación nacional que implemente este artículo, este se convierte en un enunciado de buena voluntad con pocas posibilidades de aplicación.

Hay también quienes³⁵⁸ indican que el artículo 8 (j) fue redactado con el fin exclusivo de mejorar la relación de los estados con las comunidades locales y pueblos indígenas dentro del mismo estado. Esta visión, a nuestro criterio,

³⁵⁶ Ver, Reunión del Panel de expertos sobre acceso a recursos genéticos y distribución equitativa de beneficios. Draft Guidelines on Access and benefit sharing regarding the utilization of genetic resources. San José, Costa Rica. 1999. Convención sobre la Diversidad Biológica Cuarta conferencia de las Partes Contratantes. Synthesis of case-studies on benefit sharing. Bratislava. Mayo, 1998. L.Glowka. Legal and Institutional considerations for states providing genetic resources. UICN. 1995.

³⁵⁷ El Derecho Internacional no es desgraciadamente en su actual versión, salvo excepciones, el cause adecuado para ordenar el uso del planeta. El Convenio que estudiamos es quizá también un ordenamiento escasamente imperativo, da algunas veces la impresión de que es algo así como un ejercicio pedagógico o una manifestación de buena voluntad...lo más importante efectivamente “es la voluntad y los medios de llevar a cabo los requerimientos de implantación”. R. Martín Mateo. Tratado de Derecho Ambiental volumen III. Pág. 62.

³⁵⁸ Wolfrum and Stoll, 1996. Chandler, 1993. Citados por L. Glowka. “A guide to designing legal frameworks to determine Access to Genetic Resources”. Página 15.

es reducida en su interpretación y va ligada estrechamente a la definición de estado a la cual se haga alusión.

Lamentablemente, el CDB no incluye una definición de Estado. Sin embargo, el Estado visto como organización política que vela por los intereses de los ciudadanos, debe regular todas las actividades que, dentro de su territorio, sean hechas por nacionales o extranjeros. Según este concepto si uno de los objetivos del CDB es la distribución equitativa de beneficios obtenidos del acceso a los recursos genéticos, el Estado debe pasar, necesariamente en aras de la protección de los intereses de los ciudadanos, a velar por que los conocimientos asociados a estos recursos sean reconocidos, inclusive, en las relaciones entre estados.

Aun si utilizamos un concepto más amplio, de acuerdo con el cual todos los miembros de una sociedad (compañías privadas, comunidades, habitantes) constituyen o forman el Estado, todas estas partes del Estado y estos entre sí deberían buscar cumplir con los objetivos del CDB, dentro de los que se encuentra el de distribución equitativa de beneficios.

Si bien el artículo está sujeto a una efectiva legislación nacional, esto no implica que no exista responsabilidad entre estados de respetar el principio de distribución equitativa de beneficios y de prestar su atención a la importancia de reconocer el conocimiento tradicional. En todo caso, la distribución de beneficios será realizada en condiciones mutuamente acordadas, lo que implica una negociación en cada caso particular, y la definición así, entre las partes de lo que es justo y equitativo.

A pesar de las debilidades del CDB, esta da una posición singular a la protección del conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos si lo vemos desde el punto de partida que persigue la distribución equitativa de beneficios de:

- La utilización de los recursos genéticos (Art. 2 y 15).
- La utilización de los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales (Art. 8j).

El CDB se aplica a Partes Contratantes, es decir, a estados, por lo que se desprende que las Partes cuando realizan una transacción en donde se negocia acceso a recursos genéticos, también deben apoyar los mecanismos (con consentimiento previo de las comunidades o pueblos indígenas) para proteger el conocimiento tradicional asociado a esos recursos, asegurando que los beneficios que se obtengan sean equitativos. Es decir, el artículo

8 (j) y los relacionados con distribución equitativa ya citados no fueron redactados solo para que las comunidades locales y pueblos indígenas se sientan con propiedad de exigir un derecho de reconocimiento y de beneficios, sino también para que los estados tomen en consideración esta necesidad dentro de las posibles negociaciones.

No dejamos de lado el hecho de que los pueblos indígenas persiguen la autodeterminación, lo que conlleva que ellos mismos y según sus propias leyes, sean los negociadores de cualquier arreglo en relación con el destino de sus recursos y su conocimiento tradicional. Sin embargo, en la mayoría de los casos, y sobre todo, tratándose de recursos genéticos, esto se ve relegado al plano del reconocimiento de este derecho de autodeterminación en políticas y legislación en el ámbito nacional.

4. Acceso a recursos genéticos en países en desarrollo

Resulta importante la afirmación obtenida del reporte técnico en relación con el marco legal para el acceso a recursos genéticos en la Comunidad Andina de Naciones, en el sentido de que los países en desarrollo tenían una posición clara con respecto a la inclusión dentro del CDB de tres tipos de acceso:

“Acceso a recursos genéticos con una claro reconocimiento de que sus condiciones se sujetan a la legislación nacional.

Acceso a los beneficios obtenidos por el uso de los recursos genéticos en el desarrollo de la biotecnología. Acceso a la tecnología con un claro reconocimiento de que esta incluye a la biotecnología”³⁵⁹.

Todos estos temas son inseparables el uno del otro. Sin reconocimiento no se pueden obtener beneficios equitativos y sin acceso a la tecnología -con ello a la biotecnología- difícilmente se puede obtener un valor económico. Grandes avances se han producido en este campo al incorporar en el artículo 15 del CDB la disposición de que cada país tomará las medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, para compartir en forma equitativa los beneficios de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos. El artículo 16 estipula que, tanto el acceso a la tecnología como su transferencia, son elementos esenciales para el cumplimiento del Convenio y establece lineamientos generales para la transferencia de esta

³⁵⁹ Unión Mundial para Conservación de la Naturaleza. Comisión de Derecho Ambiental. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Hacia un marco legal para regular el acceso a los recursos genéticos en el Pacto Andino. Octubre de 1994.

tecnología. Finalmente, señala en su artículo 19, que los estados deben adoptar medidas para impulsar condiciones justas y equitativas de los beneficios derivados de las biotecnologías basadas en recursos genéticos aportados especialmente por países en desarrollo.

Como se puede observar, los países en desarrollo lograron, en gran medida, obtener, dentro del texto del Convenio, los enunciados básicos propuestos. Sin embargo, observando detenidamente su texto, se puede percibir claramente que estos son solo pautas generales que pueden seguirse o no, dependiendo del grado de avance de la legislación nacional de cada país. Por ejemplo, los tres artículos utilizan términos tales como la parte contratante “procurará”³⁶⁰, la parte contratante adoptará “medidas legislativas”³⁶¹. El término “procurará” es quizá el más preocupante, puesto que no implica ninguna obligación, sino, más bien, un acto de buena voluntad. Por otro lado, los estados Partes Contratantes, en especial los países en desarrollo, tendrán que hacer una gran labor para revisar y crear toda esta gama de nueva legislación y procedimientos administrativos.

5. Recursos Fitogenéticos

Aunque la presente investigación versa sobre los derechos de “pueblos indígenas” y no sobre “derechos de los agricultores”, es real que en los pueblos indígenas hay agricultores y hay agricultores indígenas. Con esto no se quiere igualar ambos grupos; se deja claro que, así como existe esta similitud existen grandes diferencias. Los pueblos indígenas tienen una tradición más larga de autoorganización que las comunidades agrícolas, que suelen ser más heterogéneas. Tienden a tener una identidad más clara y, en muchos casos, han estado reclamando sus derechos y el reconocimiento formal en el ámbito nacional e internacional por largo tiempo³⁶².

El tema de protección de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional no fue un tema que se inició con el CDB. La Organización para la Alimentación y la Agricultura de las Naciones Unidas, conocida como FAO, ya venía trabajando en este tema con anterioridad, en relación con recursos

³⁶⁰ CBD. Artículo 15, inc. 2. “Cada parte contratante procurará crear condiciones para facilitar a otras Partes Contratantes el acceso a los recursos genéticos para utilidades ambientalmente adecuadas”... Inc. 6: “Cada Parte Contratante procurará promover y realizar investigaciones científicas basadas en los recursos genéticos proporcionados por otras Partes Contratantes con la plena participación de esas Partes Contratantes, y de ser posible en ellas”

³⁶¹ Ver artículo 16, inc. 3. Artículo 19, inc. 1.

³⁶² GRAIN. Hacia un régimen de derechos comunitarios sobre biodiversidad. Revista No 7, 1996, pág. 10.

genéticos animales y vegetales para la alimentación y a los derechos asociados de los agricultores. Ya para entonces los derechos de propiedad intelectual se convierten, en gran medida, en una amenaza para los agricultores ya que no reconocen el valor del recurso genético en la producción final y se restringe su acceso. Esta situación salió a relucir en el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales de 1961 conocido como UPOV³⁶³, que obliga a las Partes a otorgar y proteger derechos al obtentor de una variedad vegetal³⁶⁴ que sea nueva, distinta, uniforme y estable; tema que trataremos en el apartado sobre “¿UPOV como Alternativa?”³⁶⁵.

a) El Sistema Mundial para la Conservación y Utilización de Recursos Fitogenéticos

En 1983, los estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) establecieron el Sistema Mundial para la Conservación y Utilización de Recursos Fitogenéticos³⁶⁶, conocido como “el Sistema”, que está coordinado por la Comisión de Recursos Fitogenéticos, en la actualidad Comisión de Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura³⁶⁷ (CRGAA). Su objetivo es garantizar la conservación segura y promover la disponibilidad y la utilización sostenible

³⁶³ UPOV se basó en la necesidad de la industria agrícola. Permitiendo a las compañías recolectar ganancias comerciales de la venta de semillas y así estimulando el crecimiento de variedades vegetales en forma corporativa, que significa menos actores supliendo el mercado. Estas variedades tienden a reemplazar los diversos y tradicionales materiales y consecuentemente la diversidad que es usada por los agricultores decae. Se debe tomar en cuenta que el UPOV fue obligada a revisar su tratado en 1991 para ver el disfuncionamiento de su propio sistema, que en lugar de proveer incentivos para la innovación, provee de un incentivo para el plagio, (poniendo pequeños cambios sobre las variedades y llamándolas “nuevas” y por ello sujetos de protección). Ver, GRAIN. *Trips versus Biodiversity*. Mayo 1999.

³⁶⁴ En España recientemente se ha aprobado la Ley 3/2000 sobre el Régimen Jurídico de la Protección de las Obtenciones Vegetales. Tiene como objetivo fundamental reforzar, mediante el establecimiento de un régimen jurídico, la protección de los obtentores vegetales y mejorar el funcionamiento de la Administración Pública en relación con esta materia.

³⁶⁵ Verlo en este libro más adelante.

³⁶⁶ Ver, Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. Sistema Mundial para la Conservación y Utilización de los Recursos Fitogenéticos. Documento Informativo, mayo 1994.

³⁶⁷ La Comisión de Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura es un foro permanente en el que los gobiernos debaten y negocian asuntos de interés en relación con los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura. Los principales objetivos de la CRGAA son garantizar la conservación y la utilización sostenible de los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura, así como la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización para las generaciones presentes y futuras. La Comisión trata de alcanzar un consenso internacional en esferas de interés mundial por medio de negociaciones. La Comisión se estableció originalmente en 1983 como Comisión de Recursos Fitogenéticos en la Conferencia de la FAO para ocuparse de asuntos relativos a los recursos fitogenéticos. En 1995 se amplió su mandato para abarcar todos los componentes de la agro biodiversidad de interés para la alimentación y la agricultura

de los recursos fitogenéticos para las generaciones presentes y futuras, proporcionado un marco flexible para compartir beneficios y cargas³⁶⁸.

En el mismo año, mediante la Resolución 8/83, se dio paso a “El Compromiso Internacional sobre Recursos Genéticos”, siendo el primer acuerdo internacional amplio relativo a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura. Según su artículo primero el objetivo de “El Compromiso” es asegurar la prospección, conservación, evaluación y disponibilidad, para el mejoramiento de las plantas y para fines científicos, de los recursos fitogenéticos de interés económico y/o social, particularmente para la agricultura. “El Compromiso” se basó, en un inicio, en el principio de que los recursos fitogenéticos constituyen un patrimonio de la humanidad y de que, por lo tanto, su disponibilidad no debe estar restringida.

Siendo entonces que con la puesta marcha de “El Compromiso”³⁶⁹, en un inicio, se pretendía un acceso libre a los recursos genéticos y al conocimiento asociado a este. De hecho, los concebía como patrimonio común de la humanidad, disponibles a todos. Sin embargo, algunos países vieron esto como un ataque a sus sistemas de protección de derechos de propiedad intelectual. Ante esto se inició el concepto de soberanía nacional sobre los recursos de la biodiversidad, incorporado formalmente en “El Compromiso” en 1991. También, en 1989, mediante un anexo a “El Compromiso”, se instituye el Derecho del Agricultor³⁷⁰. En la resolución 5/89 sobre Derechos de los Agricultores se establecen tres formas de apoyar a los derechos del agricultor:

- Asegurar que la necesidad de la conservación sea globalmente reconocida y que sean accesibles suficientes fondos para esta actividad.
- Asistir a los agricultores y comunidades agrícolas, en todas las regiones

³⁶⁸ Ver, Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura *Revision of the International Undertaking issues for consideration for stage II: access to genetic resources and farmers rights*. CPGR/94/WG9/4. Mayo, 1994. D. Cooper. *The International Undertaking on Plant Genetic Resources*. Plant Genetic Resources. Vol.2, Number 2. Cambridge. UK. 1993.

³⁶⁹ Forman parte del sistema 140 países, de los cuales 123 son miembros de la Comisión y 110 se han adherido a El Compromiso Internacional. De América Latina se han adherido a ambos Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela. Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. *Sistema Mundial para la Conservación y Utilización de los Recursos Fitogenéticos*. Op. cit., págs. 1,3.

³⁷⁰ Es el resultante de las contribuciones pasadas, presentes y futuras de los agricultores en la conservación, mejoramiento y viabilidad de los recursos genéticos, particularmente de aquellos ubicados en los centros de origen o diversidad. Este concepto reconoce la contribución de los agricultores en forma de una retribución, que se incrementaría a través del Fondo Internacional para los Recursos Fitogenéticos establecido por la FAO, en beneficio, también, de los gobiernos. Esto se ha considerado insuficiente, y se están buscando otras formas de retribución.

del mundo, pero especialmente en las áreas de origen/diversidad de recursos genéticos vegetales en la protección y conservación de sus recursos genéticos vegetales y de la biosfera natural.

- Permitir a los agricultores, sus comunidades y países en todas las regiones, participar por completo de los beneficios derivados, en el presente y en el futuro, del uso mejorado de los recursos genéticos vegetales, a través del mejoramiento vegetal y otros métodos científicos.

Es importante tener claro que los derechos del agricultor no les permiten a estos la propiedad sobre los recursos genéticos. No les dan el derecho de decidir sobre el acceso y la utilización del material genético y no pueden demandar pagos por el uso de este material. A cambio, la compensación espera ser realizada por medio de un Fondo para la Conservación y Utilización de los recursos Fitogenéticos³⁷¹. Los gobiernos participantes se han obligado a financiar proyectos que beneficiarían a los agricultores que desarrollan y mantienen el germoplasma³⁷².

Aunque el tema en cuestión aquí es la protección de recursos genéticos y conocimiento tradicional con fines comerciales, especialmente ante los intereses de industria farmacéutica, y no la protección de recursos genéticos con fines alimentarios o de la agricultura³⁷³, pareciera, como ya hemos afirmado, que existen ciertas similitudes en ambas luchas.

5.1 El CDB y los Recursos Fitogenéticos para la Agricultura y Alimentación

La primera similitud que el Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos y el CDB comparten es el concepto de "soberanía" de los estados sobre los recursos de la diversidad biológica. "El Compromiso" lo reconoce en 1991, y un año después es consagrado el CDB. Ambos reconocen que las comunidades locales (agricultores) y pueblos indígenas tienen derecho sobre sus recursos y conocimiento tradicional; que es necesario asegurar la conservación de los recursos biológicos; y que es necesario hacer partícipes a las comunidades y pueblos indígenas de los beneficios obtenidos de la comercialización de sus recursos y su conocimiento.

³⁷¹ Hay dificultades en la implementación de los derechos de los agricultores. Uno de los mayores problemas en el Fondo es que es voluntario y se ha mantenido muy pequeño. *Ibidem*, pág. 7.

³⁷² Suikkari, *op. cit.*, pág. 7.

³⁷³ Con la adopción en 1996 en Leipzig, por la FAO de un Plan Mundial para la Conservación y Utilización Sostenible de los Recursos Biogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, existen esperanzas en relación con la promoción de actividades agrícolas, que verosíblemente se verían favorecidas como consecuencia de una gestión positiva de la biodiversidad. R. Martín Mateo. Tratado de Derecho Ambiental. Vol.III. pág. 74.

En relación con la distribución de beneficios, el CDB los persigue por medio de “acuerdos mutuos entre las partes”; mientras que en el Compromiso se perciben mediante un sistema multilateral, por medio de un Fondo para la Conservación y Utilización de los Recursos Fitogenéticos³⁷⁴ que se convierta en elemento decisivo para asegurar un plano de igualdad en la aplicación de los derechos del agricultor³⁷⁵.

Las Partes de “El Compromiso” han reconocido la relación existente entre ambos instrumentos internacionales, y en la resolución 3 del acta final de Nairobi expresan la necesidad de buscar soluciones para las cuestiones pendientes relativas a los recursos fitogenéticos, en particular el acceso a las colecciones *ex situ* no comprendidas en el CDB y la cuestión de los derechos del agricultor.

En 1993, en consecuencia, la Conferencia de la FAO por Resolución 7\93³⁷⁶ solicitó la revisión del Compromiso Internacional y pidió que se proporcionara en la CRGAA un foro destinado a las negociaciones entre los gobiernos para la adaptación de un nuevo Compromiso Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos, en armonía con el CDB. Se puede resumir que la importancia de este tema está también relacionada en tres temas prioritarios la necesidad de hacer un examen de la cuestión del acceso en condiciones concertadas mutuamente a los recursos filogenéticos; las colecciones *ex situ* que el CDB no abarca por no ser adquiridas de acuerdo con el Convenio, o que fueron adquiridas antes de su entrada en vigencia; y los aspectos relacionados con los derechos del agricultor que deben también ser vistos a la luz del CDB³⁷⁷.

Las colecciones más grandes del planeta de germoplasma *ex situ* están almacenadas en los llamados Centros de Investigación para la Agricultura,

³⁷⁴ Sobre el Fondo, puede verse Food and Agriculture Organization, *Progress Report on the Global System for the Conservation and Utilization of Plant Genetic Resources*. Abril, 1993.

³⁷⁵ El concepto de derecho de los agricultores se limita propiamente a las especies domesticadas, no a las silvestres. Su aplicabilidad como derecho a la prospección de la biodiversidad se encuentra aun más limitada por las ambigüedades de qué sería exactamente lo que se iría a proteger, y cuales estados o grupos recibirían beneficios del Fondo. Los derechos del agricultor todavía no pueden ofrecer protección para los componentes de la biodiversidad en hábitats naturales. Sin embargo; el sistema tal puede facilitar enormemente la distribución equitativa de los beneficios obtenidos del uso del material genético silvestres, Correa. *Biological resources and intellectual property rights*. European Intellectual Property Rights. 1992.

³⁷⁶ Asimismo, la Comisión de Recursos Fitogenéticos, mediante la resolución 93/1, recomienda hacer un llamado para que las organizaciones intergubernamentales negocien la armonización del Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos con el Convenio sobre la Diversidad Biológica y se comprendan los derechos de los agricultores.

³⁷⁷ Las comunidades indígenas han desarrollado técnicas de selección y mejoramiento que, dentro de esta investigación, se han catalogado como tecnología tradicional.

bajo la sombrilla del Grupo Consultivo sobre Investigación Agrícola Internacional (CGIAR)³⁷⁸. Varias preguntas surgen aquí en relación con los conceptos contenidos en él, como, por ejemplo: ¿Cuáles son las fuentes de origen del germoplasma? ¿Cuál es su "status" legal? ¿Existió conocimiento informado previo cuando se tomó el germoplasma de su fuente de origen?

A pesar de que, por razones de seguridad alimentaria del mundo, estos centros son considerados fideicomisarios a favor de la comunidad internacional y el germoplasma es puesto a la disposición del mundo, estas preguntas persisten. Las dudas se acrecientan cuando se piensa que las colecciones de germoplasma pueden seguir creciendo y poniéndose a disposición de la comunidad sin conocimiento o consentimiento de sus propietarios. Dejamos claro que no se duda de la conveniencia de tener disponibilidad sobre el germoplasma para fines alimentarios; sin embargo, debe trabajarse en conciliar este concepto con el de distribución equitativa de los beneficios que se generan.

La FAO ha respondido a estas necesidades iniciando un proceso de reforma del Compromiso y en noviembre de 2001, después de un largo período de negociaciones, la Conferencia de la FAO³⁷⁹ adoptó el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, que abarca todos los recursos fitogenéticos importantes para la alimentación y la agricultura, y está en consonancia con el Convenio sobre la Diversidad Biológica. El Tratado entró en vigor el 29 de junio de 2004.

El Tratado establece en su artículo primero como objetivo la conservación y la utilización sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización en armonía con el Convenio sobre la Diversidad Biológica, para una agricultura sostenible y la seguridad alimentaria.

Las Partes Contratantes acuerdan establecer un sistema multilateral que sea eficaz, efectivo y transparente para facilitar el acceso a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y compartir, de manera justa y equitativa, los beneficios que se deriven de la utilización de tales recursos, sobre una base complementaria y de fortalecimiento mutuo. El sistema multilateral se aplica a más de 64 cultivos y forrajes principales. El órgano rector del Tratado está integrado por los países que lo han ratificado.

³⁷⁸ Es una asociación compuesta por 40 agencias donantes que invierten 300 millones de dólares anuales para mantener 18 Centros de Investigación Agrícola situados alrededor del mundo.

³⁷⁹ Resolución 3/2001

Las condiciones de acceso y distribución de los beneficios se establecen en un “Acuerdo de transferencia de material”.

Podrán obtenerse recursos del sistema multilateral con fines de utilización y conservación para la investigación, el mejoramiento y la capacitación. Cuando se obtiene un producto comercial utilizando estos recursos, el Tratado prevé el pago de una parte equitativa de los beneficios monetarios resultantes, siempre que el producto no pueda ser utilizado sin restricción por otros para investigación y mejoramiento ulterior. Si otros pueden utilizarlo, el pago es voluntario³⁸⁰.

El Tratado reconoce la contribución de las comunidades locales e indígenas y los agricultores de todas las regiones del mundo, en particular los de los centros de origen y diversidad de las plantas cultivadas, a la conservación y el desarrollo de los recursos fitogenéticos que constituyen la base de la producción alimentaria y agrícola en el mundo entero. Esta es la base de los Derechos de los agricultores, que incluyen la protección de los conocimientos tradicionales, y el derecho a participar equitativamente en la distribución de los beneficios y en la adopción de decisiones nacionales relativas a los recursos fitogenéticos. Otorga a los gobiernos la responsabilidad de aplicar estos derechos.

6. Desarrollo de la legislación

A continuación presentamos cuál es el estado del desarrollo de la más relevante legislación nacional basada en las cláusulas del CDB

País o región	Cuerpo legal	Propuestas de Ley
Argentina		Proyecto de Ley sobre Acceso a los Recursos Genéticos de la Diversidad Biológica. (2002)
Bolivia	Reglamento de la Decisión 391 sobre un Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos. (Decreto Ejecutivo No.24676. 21 de junio de 1997)	
Brasil	Medida Provisoria 2.186-16 Reglamenta el Art. 225 Inciso II (1), II (4) de la Constitución y Artículos 1, 8(j), 10(c), 15, 16 del CDB. 23 de agosto del 2001	Proyecto de Ley Número.306/1995. Sobre Acceso a la Biodiversidad e Instrumentos de Control de Acceso a los Recursos Genéticos. Propuesta del Poder Ejecutivo del Gobierno Federal de Brasil. 1998. (en Senado)

³⁸⁰ Datos en: <http://www.fao.org/ag/cgrfa/Spanish/itpgr.htm>

País o región	Cuerpo legal	Propuestas de Ley
Camerún	Ley 94/01 del 20 de enero de 1994.	
Chile		Proyecto por el que se establecen Normas para la prospección de la Biodiversidad en el Ámbito de la Agricultura.
Centroamérica	Acuerdo Centroamericano de Acceso a los Recursos Genéticos y Bioquímicos y al conocimiento Tradicional Asociado CCAD Mayo 2001. Sujeto a revisión y ratificación por los Estados.	
Comunidad Andina	Decisión 391. Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos. de julio de 1996 Decisión 486 Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Setiembre del 2001.	
Costa Rica	Ley de Biodiversidad. No.7788. 23 de abril de 1998. Normas Generales para el Acceso a los Elementos y Recursos Genéticos y Bioquímicos de la Biodiversidad. Decreto Ejecutivo DAJ-D-020-2003-MINAE.	
Ecuador	Ley de biodiversidad de Ecuador del 2 de setiembre de 1996. Compuesta por dos artículos y sujeta a reglamentación.	Borrador de Ley Sobre Conservación y Uso Sustentable de la Biodiversidad del Ecuador. Mayo, 2000.
Filipinas	Orden Ejecutiva número 247. Marco Regulatorio para la Bioprospección de Recursos Genéticos, de 1995. Orden Administrativa 96-20 de 1996.	
India	Ley de Diversidad Biológica	
Madagascar		Proyecto de Ley Régimen de Acceso a los Recursos de la Diversidad Biológica.
Nepal	Ley de Recursos Genéticos. Acceso Utilización y Distribución de Beneficios. Ley No.2058 del 2001	
Nicaragua		Borrador de Ley Marco sobre la Diversidad Biológica. (2000)
Panamá	Resolución N2 AG-O164-2002. Del 22 de abril de 2002 "Por medio de la cual se crea la Comisión Nacional de Biodiversidad. Ley.20 Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas para la Protección y Defensa de la Identidad Cultural y Conocimientos Medicinales. 22 de junio del 2000.	Anteproyecto de Ley Marco para la Protección, Conservación, uso y Gestión de la Diversidad Biológica y los Recursos Biogenéticos. (1993)

País o región	Cuerpo legal	Propuestas de Ley
Perú	Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos No.27811 del 8 de agosto del 2002 Ley sobre la Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica. N26.839 del 8 de julio de 1997. Reglamento de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales. DS008-96	Propuesta de Reglamento sobre acceso a los recursos genéticos. (en consulta pública)
Venezuela	Ley de Diversidad Biológica. No. 4.780 del 24 de mayo del 2000.	
Organización de Unidad Africana (OAU)	Ley Modelo y Declaración de Derechos Comunales sobre Acceso a Recursos Biológicos. 1998	

Fuente: elaboración propia.

Como se puede observar, en América Latina, en la actualidad, estamos en el momento histórico de la creación de leyes sobre acceso a los recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado, que, además, compartimos con el resto del mundo.

De este cuadro se desprende que el “desarrollo de legislación” en este campo recientemente ha comenzado, lo que no permite poder hacer un análisis profundo de su aplicación. La creación de legislación no es tarea fácil, sobre todo por que toca los intereses de muchos sectores en el ámbito nacional e internacional y se mete generalmente en la esfera del comercio internacional. En este libro se enfatizan las leyes y los proyectos de ley de América Latina, foco principal de esta investigación, y Filipinas, por el hecho de haber sido la primera legislación en el mundo que atendió los postulados del CDB.

Es un hecho que el CDB solo se podrá implementar si los países hacen un esfuerzo por desarrollar su legislación nacional. Sin embargo, no todos parecen coincidir en que este tipo de legislación es necesaria. Hay quienes abogan por legislación flexible y limitada, generalmente los países desarrollados y aquellos que quieren proteger sus recursos a toda costa, para asegurar una distribución equitativa de beneficios -países en desarrollo -.

Ha existido la crítica, por ejemplo, de que el Régimen Andino de Acceso de los Recursos Genéticos es excesivamente burocrático y complicado; sin embargo, este tipo de comentarios generalmente son de aquellos que buscan la facilidad de tener acceso a los recursos con el menor control posible. El tema en sí es complejo y requiere de capacitación de las personas para tener una mejor comprensión del tema. Si bien es cierto que el CDB persigue la utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica, también persigue la distribución justa y equitativa de los beneficios que se generen de la utilización de estos recursos. Con esto deja un espacio abierto para que los países tomen sus propias decisiones sobre cómo alcanzar esos objetivos, basándose en una serie de lineamientos que, mayoritariamente, llaman al desarrollo de legislación.

En un taller europeo sobre acceso a los recursos genéticos y aspectos relacionados, en junio de 1999, se presentaron algunos argumentos económicos que se derivan de la excesiva legislación en países en desarrollo, los cuales son: costos altos de transacción, conflictos de intereses y el problema de "free-rider". En relación con los costos altos de transacción, estos incluyen los costos de búsqueda, negociación e implementación. Las negociaciones son simples cuando la información sobre los costos y beneficios de la negociación están disponibles. Los países en desarrollo desconfían de que los países desarrollados den toda la información necesaria. También existe el temor de que el conocimiento tradicional sea robado porque el sistema de derechos de propiedad intelectual no responde a esta demanda de protección. Cuando la implementación de un acuerdo toma tiempo, los costos aumentan. Cuando los arreglos requieren técnicos expertos, para dar seguimiento a los acuerdos y para mantener el engranaje necesario dentro de la administración del Estado, pueden significar elevados costos.

Sobre los conflictos de intereses se refiere, sobre todo, a conflictos internos en el ámbito nacional sobre cómo deben repartirse los beneficios: conflictos entre personeros de Gobierno, grupos indígenas, organizaciones no gubernamentales y sector privado. Por ejemplo, el primer borrador de Ley de Biodiversidad de Costa Rica generó problemas entre estos sectores, teniendo incluso que retomar el proyecto y elaborar una nueva versión. Esto implica que la creación de este tipo de arreglos en donde existen múltiples intereses llama a la cooperación y entendimiento entre sectores que no siempre es simple.

El problema denominado "free-rider" se enfoca en cómo terceros se podrían ver beneficiados de la transferencia de recursos genéticos sin que el país de origen sea compensado. Por eso es necesario pensar en que no debe

haber terceras partes beneficiadas sin el consentimiento de la autoridad competente.³⁸¹ Este tipo de situaciones se pueden dar cuando los recursos genéticos salen del país luego de una autorización de acceso y son transferidos a una tercera parte para fines distintos y desconocidos por el país de origen.

Una serie de medidas que podrían ser tomadas para reducir los costos de transacciones son:

1. Legislación y reglamentaciones sencillas y claras.
2. Arreglos institucionales integrados para determinar y conceder el acceso.
3. Legitimidad pública y derechos de propiedad en los procedimientos normativos.
4. Determinación de un solo acceso para solicitudes múltiples.
5. Incentivos para fomentar las acciones contractuales³⁸².

Una legislación sencilla y clara debería permitir dar, a los posibles usuarios, los procedimientos y formularios necesarios para el acceso a los recursos genéticos y al conocimiento tradicional asociado. También agilizaría la función del Estado. Se requiere que se designe un solo departamento, oficina o centro encargado del trámite administrativo o “ventanilla única” para evitar costos burocráticos a ambas partes. En relación con la legitimidad pública, se requiere que los derechos sobre los recursos genéticos y el conocimiento tradicional sean conocidos por todos los ciudadanos para facilitar la legitimidad de los arreglos. La determinación de un solo acceso para solicitudes múltiples implica que los arreglos de otorgamiento de licencias que permiten recopilar materiales durante un período especificado y convencido de tiempo, reduce a un mínimo la carga de negociar y administrar acuerdos múltiples con uno o muchos usuarios³⁸³.

No obstante por positivas que parezcan estas sugerencias, esto dependerá de la capacidad de los estados y de la legislación existente sobre acceso a los recursos genéticos y el conocimiento asociado. Quizá la realidad de algunos países de América Latina no permita, en este momento, aplicar este juego de reglas.

381 Con respecto a estos tres elementos ver el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Report on the European Workshop on Genetic Resources Issues and Related Aspects. Op. cit., pág. 45, 46.

382 Sobre este punto, ver, dentro de este trabajo, la sección “Fomentado Acuerdos Contractuales”.

383 Sobre los mecanismos para evitar altos costos de transacción, ver, el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Opciones para Arreglos de Acceso y Distribución de Beneficios. págs. 12,13 y 14.

Capítulo VI

De los Derechos de Propiedad

1. Derechos de propiedad y distribución justa y equitativa de beneficios

El corazón de la discusión sobre la distribución equitativa de beneficios derivados del conocimiento tradicional asociado al acceso a los recursos genéticos radica en quién es el propietario de estos recursos. Sin embargo, no se trata solamente de otorgar “derechos de propiedad” sino de reconocer y respetar las contribuciones de un grupo particular de seres humanos.

El concepto de “propiedad” no es ajeno a los pueblos indígenas, incluso en muchas de sus más recientes declaraciones³⁸⁴ lo que se reclaman precisamente es el reconocimiento de “derechos de propiedad” sobre el conocimiento tradicional, la tierra y sus recursos. El que los pueblos indígenas algunas veces tengan visiones diferentes a las occidentales sobre los derechos de propiedad, no quiere decir que ignoran el concepto, sino que pueden no estar familiarizados con los diferentes sistemas de propiedad existentes³⁸⁵.

Es aquí donde se deben distinguir diferentes tipos de propiedad: propiedad de la tierra - territorios, propiedad de los recursos genéticos y propiedad del conocimiento tradicional, innovaciones y prácticas.

2. Derechos de propiedad sobre la tierra - territorios

El derecho a la tierra es el corazón de las reclamaciones y problemas de los pueblos indígenas. La relevancia de la relación entre territorios, tenencia

³⁸⁴ Declaración Mattaatua de los Derechos Intelectuales y Culturales de los Pueblos Indígenas, Nueva Zelanda, junio de 1993. Declaración del II Foro Mesoamericano y del Caribe sobre Derechos Intelectuales Comunitarios. Costa Rica 1998. La Declaración Julayinbul sobre los Derechos Indígenas de Propiedad Intelectual de 1993.

³⁸⁵ El borrador de reporte de la OMPI sobre conocimiento tradicional (julio-2000) indica que es necesario el estudio del derecho consuetudinario y de los regímenes informales de propiedad intelectual en las comunidades locales y tradicionales, incluyendo conclusiones relevantes para el sistema de propiedad intelectual formal. Pág. 14.

de la tierra y acceso a los recursos naturales que se encuentran en ella es indiscutible. Si no hay un reconocimiento del derecho de propiedad difícilmente se pueden reconocer medidas legales especiales cuando el acceso a los recursos genéticos se realiza en territorios indígenas.

Abordar el tema de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en América Latina da como para hacer varios trabajos de investigación, sobre todo porque las situaciones son diferentes en cada país. Por ejemplo, en Panamá y Nicaragua se reconocen los territorios indígenas y se les da autonomía territorial siempre que no contradigan la Constitución ni los derechos fundamentales. En otros países, como Costa Rica se reconocen los territorios indígenas, pero no se da ningún tipo de autonomía. La diversidad de situaciones es variada no solo en cuanto a su legislación sino también en cuanto a los niveles de implementación de la norma jurídica establecida³⁸⁶.

Sin lugar a dudas, lo que une a todos los pueblos indígenas de América Latina, y ha sido la lucha más importante por ya varios milenios, es el exigir el derecho a los territorios que les pertenecen³⁸⁷ y que han sido amenazados en diferentes épocas de la historia.

La concepción indígena de “propiedad” difiere sustancialmente de los enfoques jurídicos existentes ya que se fundamenta en aspectos y valores culturales. Los pueblos indígenas tienen una visión más integradora en donde la propiedad, el uso y la administración de los recursos naturales funciona como un solo sistema y es regulado como tal³⁸⁸. En la actualidad,

³⁸⁶ Ver, Fundación GAIA; CEREC. Derechos territoriales indígenas y Ecología en las selvas tropicales de América Latina Bogotá, Colombia. Enero 1992 Fundación GAIA; CEREC. Reconocimiento y Demarcación de Territorios Indígenas en la Amazonía, Bogotá, Colombia. Febrero, 1993. E. Kemp; E. Hillary. Protecting Indigenous peoples in protected areas. The Law of the Mother. Sierra Club. 1993. A.Ventururini. El derecho de los indígenas venezolanos al usufructo de las tierras, bosques y aguas que ocupen. Instituto Agrario Nacional. Caracas, Venezuela. 1975.

³⁸⁷ Dos áreas han constituido el espacio de formación y aplicación de los ordenamientos sobre territorios indígenas: la de las tierras ocupadas, con título o por posesión coloniales, por los pueblos indígenas en regiones de tiempo atrás vinculadas a la economía de mercado, y la de las tierras selváticas, ocupadas por poblaciones que por lo regular, derivan su subsistencia de actividades como la cacería, la pesca, la recolección y la agricultura de subsistencia. El área de las tierras, de tiempo atrás vinculadas a la economía, tiene una larga trayectoria, notablemente influenciada por los postulados y orientaciones del derecho indiano. El área de tierras selváticas es de aparición reciente en el derecho indigenista y ha recibido también su impronta de la normatividad que rige a las comunidades indígenas del área de tierras vinculadas a la economía. R. Roldán. Notas sobre la legalidad en la tenencia de la tierra y el manejo de los recursos naturales de territorios indígenas en las regiones tropicales de varios países suramericanos. Ponencia presentada en el seminario sobre el balance de la situación actual de los pueblos indígenas de la cuenca Amazónica. Villa Leyva, Colombia. 1992

³⁸⁸ Ver, D.Shelton. Indigenous views of land and the environment. Banco Mundial. Washington D.C. 1991.

los ordenamientos jurídicos tienden a separar los derechos de propiedad sobre la tierra, de sus frutos (usufructo) y de su administración (algunas veces estatal por razones de interés público). Por ejemplo, cuando hay tala ilegal la mayoría de los casos se persigue indemnizar al dueño de la tierra pero no al ecosistema³⁸⁹; es decir, la indemnización es de carácter privado y no una cuestión de interés público. Otro ejemplo es, en algunos países, la separación que se hace de los recursos del suelo (flora y fauna) y los encontrados en el subsuelo (petróleo y minerales) para ponerlo en manos de los estados por motivos de interés nacional. También cuando se separa el agua que corre por los ríos imponiéndole la categoría de dominio público o privado. Para los indígenas, esta separación no permite la protección de la vida en la tierra.

Señala A. Hurtado³⁹⁰ que se ha querido imponer a las culturas indígenas la concepción desarticulada de la naturaleza, promoviendo el reconocimiento el derecho de uso sobre los recursos naturales pero no el de propiedad de la tierra, o el reconocimiento sobre ésta pero sin autonomía para el manejo de los recursos naturales. Entre los tres aspectos: propiedad, uso y manejo o administración, se observa un desarrollo desigual que ha obrado en detrimento de los recursos naturales.

Desde la perspectiva legal, hay tres elementos que caracterizan a los derechos de propiedad de los pueblos indígenas: el atributo de propiedad colectiva o comunal, su carácter de inalienable y que son derechos territoriales y no sobre tierras³⁹¹. La propiedad es colectiva en oposición a la individual. La experiencia ha sido, por lo general, que, cuando se otorgan títulos individuales sobre territorios indígenas con una visión más occidental, automáticamente los indígenas pierden su sentido de arraigo y terminan por perder sus propiedades³⁹². La propiedad privada colectiva es diferente de la propiedad estatal y de la netamente privada e individual. La titularidad de la propiedad corresponde a una colectividad, la comunidad indígena, concebida como la totalidad de los integrantes de una población que se identifican entre ellos mismos como indígenas.

³⁸⁹ Ya se habla en el derecho ambiental de la posibilidad de obligar al imputado a la restitución del ambiente al estado en que se encontraba antes de la comisión del delito, sobre todo en caso de contaminación de aguas.

³⁹⁰ Fundación GAIA. 1992. Op. cit., pág. 25.

³⁹¹ Ver M. Colchester. Op. cit., pág. 9.

³⁹² La visión indígena de legalización de la tierra es diferente a la visión gubernamental pues los pueblos indígenas parten de una conceptualización comunitaria "colectiva" y territorial, y el estado de una conceptualización individualista y parcelaria. Ver, M. Chapin y otros. Memoria de la Primera Jornada Indígena Centroamericana sobre Tierra, Medio Ambiente y Cultura. Editorial Azer. Honduras, 1996.

Por ejemplo en Costa Rica, el derecho de propiedad de los pueblos indígenas se encuentra inscrito en el Registro Público de la Propiedad a nombre de las *asociaciones de desarrollo integral* reconociéndoles su titularidad, propiedad y, por consiguiente, posesión. De manera que “el uso de los recursos existentes en los territorios indígenas corresponde a su propietario -sea la comunidad indígena-, y es la estructura jurídica que asume esta persona jurídica -la Asociación de Desarrollo Integral Indígena- la que determina por medio de los mecanismos estatutarios respectivos cómo instrumentalizar esos derechos³⁹³.

En Nicaragua³⁹⁴, las Comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad nacional; dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme con sus tradiciones. El Estado reconoce las formas comunales de propiedad de las tierras de las Comunidades de la Costa Atlántica. Igualmente reconoce el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de sus tierras comunales.

En Paraguay³⁹⁵ los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo.

En Venezuela la Constitución Política de 1999 por primera vez reconoce derechos indígenas y ordena “demarcar” las tierras ocupadas ancestral y tradicionalmente por los indígenas, a los que garantiza el derecho a la propiedad colectiva de sus territorios calificados de inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles.

La palabra “territorio” envuelve en forma integral no solo a la tierra, sino también a sus recursos biológicos como ecosistema. Los pueblos indígenas no sólo luchan por la tierra como espacio geográfico sobre el cual habitan y del cual derivan su subsistencia, sino que reclama un territorio, concepto mucho más amplio y que engloba el anterior. Se concibe al territorio como el

³⁹³ Al respecto véase R. Chacón. El derecho de los pueblos indígenas (las comunidades indígenas en el caso de Costa Rica sobre los recursos naturales existentes dentro de sus territorios. San José, Costa Rica. 2000.

³⁹⁴ Artículo 89, Constitución Política de Nicaragua 1995.

³⁹⁵ Artículo 64, Constitución Política de Paraguay, 1992.

conjunto de relaciones que una sociedad establece con su espacio geográfico en un momento dado de su existencia³⁹⁶.

La palabra “inalienable” quiere decir no asignable, no transferible. En este sentido los territorios no están sujetos a venta o traspaso de propiedad comunal. Como se ha ilustrado poco a poco la Constituciones Políticas y otros cuerpos normativos de los países en América Latina han avanzado en el reconocimiento de estos derechos. Sin embargo, la puesta en práctica y cumplimiento de las estipulaciones continúa siendo un proceso lento.

Otro aspecto relevante en la carrera por interpretar las formas de manejo de los pueblos indígenas, en relación con la diversidad biológica, nos lleva directamente a pensar en la función ecológica de la propiedad como un aspecto que necesita ser desarrollado en la legislación de los países. La función ecológica de la propiedad se basa en que el ciudadano tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado para desarrollarse. La propiedad cumple esta función ecológica en bienestar del ciudadano, quien tiene el deber de conservarla. Es decir, unen así, en un concepto jurídico, la propiedad, la diversidad biológica y el conocimiento sobre funciones ecológicas. Quizá esta es una concepción moderna de un concepto tradicional.

En Costa Rica la función ecológica de la propiedad ha dado paso a la posesión ecológica³⁹⁷ que ha sido entendida por los Tribunales³⁹⁸ como la actividad de conservar, y cuidar que el estado natural de los recursos no se altere; es la conservación del estado natural de las tierras con los únicos fines de protección. Se afirma que a medida que avanza la ciencia, la tecnología y por la propia conveniencia social, se van creando más tipos de posesión como la ecológica³⁹⁹. Según este concepto, existe la posibilidad

³⁹⁶ Ver, La Lucha Guambiana por la Tierra. Revista Letras de tierra, No 2, Bogotá, 1980, pp. 55-66

³⁹⁷ En la posesión ecológica se encuentran dos elementos fundamentales de toda posesión: el “corpus” y el “animus”. El “corpus” es el elemento físico o material de la situación de hecho. Con él se indica la relación de hecho que existe entre la persona y la cosa. El “animus” es la voluntad que existe en la persona por la cual se clasifica y se caracteriza la relación de hecho; sirve por así decirlo, de respaldo a los actos posesorios ejercidos sobre la cosa. En la posesión ecológica no bastan los actos materiales, como vigilancia, reforestación, investigaciones científicas; tiene que existir el “animus” de tener el bien para sí con la especial característica de que se posee no solo con beneficios para el poseedor, sino para el resto de la humanidad. Se posee ecológicamente cuando se omiten ciertas actividades con el “animus” de proteger. Tribunal Superior Agrario de Costa Rica. Voto Número 691 del 8 de noviembre de 1996.

³⁹⁸ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Tribunal Superior Agrario de San José. Sentencia 582 de agosto de 1994.

³⁹⁹ Resulta importante que en esta sentencia el juez Agrario se declara incompetente por razón de la materia; afirmando que se trata de un caso de posesión ecológica y no agraria. Indica que, en este caso, las tierras que han sido destinadas a perpetuidad a la conservación del recurso natural bosque y todo su ecosistema y a pesar de su aptitud agraria, no van a ser destinadas a

de que una persona podría someter un reclamo por la posesión ecológica de sus tierras⁴⁰⁰.

Uno de los casos más complejos de derechos sobre territorios indígenas lo experimenta Guatemala. Según datos de la Coordinadora Nacional Indígena y Campesina de Guatemala⁴⁰¹, entre el 15 y el 22% de la tierra cultivable está en manos del 98% de la población. Esta situación de desigualdad ha generado grandes conflictos que se pueden detectar a lo largo de la historia de este país. Para finalizar la guerra, en 1996, se firman los Acuerdos de Paz, entre los que se encuentra el reasentamiento de la población desarraigada por el conflicto armado y el acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas que plantean propuestas para la solución de la problemática agraria. Se han logrado algunos avances, como la Ley del fondo de tierras, aprobada en mayo de 1999, y el Fondo de tierras denominado “Contierras”; sin embargo, todavía no se han producido las transformaciones esperadas y requeridas por los pueblos indígenas.

Para los pueblos indígenas la tierra es más que un medio de subsistencia, más que un recurso natural. Ella representa un soporte de vida social y está estrechamente ligada a las creencias y al conocimiento. Hay casos que no son coincidencia; por ejemplo: en Panamá las principales zonas de bosque primario las constituyen los territorios ocupados por las etnias guayi, kuna, embera y teribe. La tierra es el elemento principal que envuelve los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociados a estos. Lamentablemente, aunque pareciera que existe cierto acuerdo en que el conocimiento de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales abre una puerta de oportunidades y alternativas para el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes del planeta, el reconocimiento de derechos sobre sus territorios, en algunos casos, no ha podido ser alcanzado.

El concepto “tenencia de la tierra” encuentra definiciones dispares, oscilando (en el caso de América Latina) entre dos grandes grupos, quienes ponen el énfasis en los aspectos de distribución de la tierra entre los distintos actores sociales rurales y las relaciones que entre ellos se generan, y quienes *ponen el acento en las formas y derechos de propiedad, de acceso y uso de los recursos*. Se señala

esa actividad. Para producir agrariamente es necesario realizar una actividad cultural que causa destrucción del estado natural de las cosas. Este criterio es además sostenido por la Sala Primera de Casación.

400 E. Espinoza; G. Aguilar. Compendio de Legislación Indígena son énfasis en protección de sus territorios. Centro de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales. San José, Costa Rica. Marzo 1996.

401 Al respecto, ver CAHDEA, Tierras Nativas. MOPAWI. Pág. 85.

que una definición práctica de “tenencia de la tierra” debe integrar ambos aspectos: la distribución de la propiedad y los derechos de propiedad⁴⁰².

Las comunidades locales y los pueblos indígenas viven una compleja realidad jurídica en cuanto a la propiedad, la tenencia, y el uso o acceso a los recursos que se derivan de esta. Algunas comunidades no tienen títulos de propiedad, otras solo tienen derechos de posesión, otros ni siquiera se preocupan por esta complejidad y se encuentran perdiendo sus tierras después de muchos años de posesión. Hay comunidades que se dividen y se individualizan las tierras, y existen las que viven de acuerdo con sistemas de propiedad comunitaria. La gama de situaciones es variada y, algunas veces, cruda de relatar.

En el campo del uso de los recursos naturales todavía se complica más. Hay países que reconocen los derechos de propiedad sobre el suelo, pero no sobre el subsuelo; es decir, no sobre los minerales. Por ejemplo, si se encuentra petróleo, este sería propiedad del Estado y no de los propietarios de la tierra. Puede darse que la propiedad de la tierra incluya la de los derechos de propiedad a los recursos biológicos (plantas, animales y otros organismos). Hay países en que la propiedad de la tierra no garantiza la propiedad de los recursos biológicos. Otros declaran los recursos naturales de dominio público; es decir, son de todos, no del propietario de la tierra, lo que ya se presta a discusión en cuanto al tema de acceso a recursos genéticos. Todo esto, sin dejar de lado las áreas protegidas que se han ubicado en algunos casos sobre estas comunidades, negando o desconociendo sus derechos. Y ante este abanico de situaciones, se encuentran las comunidades que dependen y viven de la tierra.

Pero también hay espacios positivos. Parece que se empieza a reconocer que existen comunidades culturalmente diversas y pueblos que se diferencian del resto de la sociedad que quieren y necesitan mantener esa diferencia. Por otro lado, el tema de la tierra se liga estrecha e inseparablemente a luchas por autonomía territorial, por autogobiernos, por derechos de alimentación y de preservación cultural, y por derechos sobre reconocimiento de un conocimiento tradicional en el manejo de los recursos naturales. La tierra y el acceso a sus recursos envuelven la vida de quienes la habitan. Así que es un tema del que se podrían subdividir innumerables aspectos de la vida cotidiana de las comunidades locales y pueblos indígenas.

⁴⁰² Ver C. van Dam. La tenencia de la tierra en América Latina. El estado del arte de la discusión en la región. UICN. Agosto de 1999.

El Convenio 169 (O.I.T.) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes ha querido establecer obligaciones en relación con el tema de derechos de propiedad. Aunque este Convenio ha sido considerado un instrumento débil, provee de algunas medidas importantes para la protección de los derechos indígenas y, particularmente, para el reconocimiento de tierras, territorios y uso de recursos naturales.

Al respecto, el Convenio, en su parte II, título, *Tierras*, nos dice que deberá reconocerse a los pueblos el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, los gobiernos deben tomar medidas necesarias para garantizar la protección de esos derechos de propiedad y posesión.

En cuanto al acceso a recursos naturales, se establece que deberán protegerse los derechos a los recursos naturales que estén en sus tierras, comprendiendo el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. Asimismo, señala la obligación de los gobiernos de consultar a los pueblos interesados cuando se realice prospección o explotación de minerales o recursos del subsuelo que pertenezcan al Estado pero que se encuentren en tierras de los pueblos interesados.

Todos estos compromisos ratificados por los gobiernos padecen, en su mayoría, problemas de implementación. Prueba de ello es la innumerable cantidad de juicios que se ventilan en los tribunales de justicia por problemas de propiedad, o la lucha de grupos como el Congreso General Gnobe-Bugle de Panamá⁴⁰³ que rechazó un proyecto de explotación minera de cobre y el gobierno autorizó la concesión para su explotación. Cabe aquí destacar que los problemas de los pueblos indígenas no se limitan únicamente a la usurpación de tierras que, históricamente, les han pertenecido, sino a los efectos negativos que pueden producir determinadas obras en el ambiente como lo son, entre otras, las explotaciones petroleras sin previsiones ambientales, la tala de bosque y la contaminación de aguas. El Banco Mundial⁴⁰⁴ y el Banco Interamericano de Desarrollo⁴⁰⁵ ya se han percatado de que algunos de los proyectos que se financian tienen serios impactos

⁴⁰³ Herasto Reyes, *La Prensa Panamá* 1997. Los grupos indígenas se han reunido con 11 ministros de Gobierno y de Justicia para discutir la delimitación de su comarca; sin embargo, no se ha logrado tal definición. Gobiernos van, y gobiernos vienen, y los intereses de las compañías transnacionales y de los grandes terratenientes forasteros parece que están por encima de un pueblo que ha vivido siempre en esas tierras.

⁴⁰⁴ Ver *Directriz Operacional 4.20 y 4.10* del Banco Mundial.

⁴⁰⁵ Durante el año 2003 el BID empezó la preparación de un nuevo documento de estrategia sobre el desarrollo indígena y una nueva política operacional sobre poblaciones indígenas. El objetivo de estos documentos, solicitados por el Directorio Ejecutivo de la institución, es fortalecer las iniciativas del Banco para incorporar los temas indígenas en su programa de operaciones.

sobre los pueblos indígenas y han elaborado algunas medidas sobre cómo enfrentar esta situación.

Se destaca la labor que en 1993 realiza el grupo de trabajo sobre pueblos indígenas de las Naciones Unidas, presentando una versión final del borrador de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. El documento que todavía es un borrador; sin embargo, constituye un trabajo fundamental cuando de pueblos indígenas y reconocimiento de derechos se trata. Incluye el derecho de estos pueblos a tener control sobre el acceso a los recursos naturales y la propiedad de plantas, animales y minerales que sean vitales para sus culturas. También trata su derecho de propiedad, desarrollo, control y uso de sus tierras y territorios, incluidos su ambiente total de la tierra, aire, agua, zonas costeras, flora, fauna y otros recursos que ellos han poseído, ocupado o usado. Abarca; además, entre otros, el derecho a tener especiales medidas para controlar, desarrollar y proteger sus ciencias, tecnologías y manifestaciones culturales, incluidos recursos humanos y otros recursos genéticos; semillas, medicinas, conocimiento de las propiedades de la flora y fauna. Precisamente la falta de reconocimiento de estas demandas por parte de los gobiernos hace que el tema de los derechos sobre tierra, territorios y acceso a los recursos se torne, día a día, en una prioridad.

Durante la Cumbre Internacional de los Pueblos Indígenas sobre Desarrollo Sostenible quedó plasmado en la Declaración de Kimberley⁴⁰⁶ que los Pueblos Indígenas, reafirman su derecho a la autodeterminación, a poseer, controlar y manejar nuestras tierras y territorios ancestrales, aguas y otros recursos. Indicando que las tierras y territorios son la base de su existencia. Algunos afirman que no hay claridad en cuanto a lo que comunidades locales y pueblos indígenas quieren en relación con el tema en mención; sin embargo, en este caso las demandas son claras y la falta de reconocimiento por parte de los gobiernos, latente. Más bien, durante muchos años ha convenido poner el tema como algo que sale de la realidad y que se tiende a idealizar, siendo algo concreto en lo que se podría trabajar.

La realidad es que existen conflictos de tenencia de la tierra, de sobreexplotación de recursos naturales y de piratería del conocimiento tradicional asociado a esos recursos. La supervivencia cultural⁴⁰⁷ de muchas

⁴⁰⁶ Declaración de Kimberley. Cumbre Internacional de los Pueblos Indígenas sobre Desarrollo Sostenible Territorio Khoi-San Kimberley, Sudáfrica, 20 - 23 de agosto de 2002.

⁴⁰⁷ UCN. Jeffrey A. McNeely 1995. La sobreexplotación de los recursos naturales es esperada en tiempos de rápidos cambios culturales, ya que los controles tradicionales se rompen y los humanos aprenden a explotar los recursos naturales en nuevas formas. El movimiento de europeos en las Américas es tan solo el más dramático ejemplo de este proceso.

comunidades locales depende directamente de cómo ellos manejan los recursos naturales. Además, la pérdida de estos recursos causa un profundo impacto en sus culturas. Esto no es un problema trivial, podría hacer desaparecer a las culturas que han probado poder coexistir sosteniblemente con los recursos naturales.

3. Derechos de Propiedad sobre los Recursos Genéticos

El concepto de acceso sin limitaciones ha ido cambiando, primero, con el Compromiso Internacional de Recursos Fitogenéticos⁴⁰⁸, que establece el derecho soberano de dichos recursos y luego con el Convenio sobre Diversidad Biológica, que, en su artículo 15, reconoce “el derecho soberano de los Estados sobre sus recursos naturales, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos incumbe a los gobiernos nacionales y está sometida a la legislación nacional”.

A pesar de que la redacción pareciera sugerir que los estados son los dueños de los recursos genéticos en su territorio, las interpretaciones⁴⁰⁹ que se han dado de este artículo van más en la línea de que el estado tiene autoridad única y exclusiva para regular el acceso a los recursos genéticos. Se delega así al ámbito nacional la responsabilidad de ejercer esa autoridad. De hecho, el poder de regular el acceso a los recursos genéticos es resultado del derecho soberano⁴¹⁰ de los estados sobre los recursos naturales.

Al respecto indica R. Martín Mateo “...la tutela de los derechos es asignada a los Estados que son los únicos que disponen del “imperium” necesario para hacerlos respetar, y quienes deben establecer las compatibilidades

⁴⁰⁸ Esta decisión cierra la trayectoria seguida por el Sistema Global para las plantas creado por la FAO en 1983 que, tras partir del contrario principio de que los recursos genéticos son patrimonio de la humanidad y deben ser disponibles sin restricción, termina admitiendo que se pueden cargar costos. (Anexo I, Resolución 4/89) reconociendo los derechos soberanos de los Estados (Resolución 5/89). R. Martín Mateo. Tratado de Derecho Ambiental. Vol. III. Pág. 85.

⁴⁰⁹ L.Glowka. 1996. Guía del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Se confirma la autoridad que tienen los gobiernos para determinar el acceso a los recursos genéticos, conforme con la legislación nacional, y reconoce que esa autoridad se deriva de los derechos soberanos de los estados sobre sus recursos naturales. Para Marie Bystrom, Peter Einarsson, Gunnel Axelsson. Fair and Equitable 1999. Si los recursos genéticos están incluidos dentro del derecho real de propiedad, es un asunto de jurisdicción nacional.

⁴¹⁰ El Convenio de 1992 evidentemente tiene como justificación el establecimiento de un régimen de tutela supranacional de ciertos recursos, sin los que no se hubiera impulsado su adopción, se apresura a invocar el indudable consenso político universal sobre el respeto de la soberanía nacional, para reforzar los poderes de los estados que no obstante, teóricamente, estarían interesados en limitar recíprocamente su hegemonía. R. Martín Mateo. Tratado de Derecho Ambiental. Vol. III. Pág. 59.

adecuadas entre uso económico y conservación..."⁴¹¹ Por ejemplo, uno de los puntos fundamentales para la realización de una Decisión sobre acceso a los recursos genéticos de la Comunidad Andina de Naciones⁴¹² fue considerar las circunstancias en que el proveedor⁴¹³ no era una entidad pública, y cuando conforme con la ley correspondiente, el proveedor, siendo el sector privado o una población indígena o local, estuviera facultado para proveer dichos recursos. Según el criterio expresado por la UICN/CDA⁴¹⁴ y la SPDA⁴¹⁵, en estos últimos casos siempre será necesaria la autorización de la autoridad estatal competente.

Sin embargo, este punto es discutido por algunos pueblos indígenas que reclaman su autonomía y la posibilidad de tomar libremente sus decisiones en relación con el manejo de sus recursos naturales o el conocimiento tradicional asociado a estos⁴¹⁶. Para ellos, existe la necesidad de definir claramente, en el ámbito legal, cual es la relación entre los derechos del Estado y los derechos de los pueblos indígenas al recurso.

En algunas publicaciones consultadas⁴¹⁷, se indica que la base legal para esta reclamación se fundamenta en que tanto el CDB como el Convenio 169 de la OIT reconocen el derecho de los pueblos indígenas sobre los recursos biológicos. Sin embargo, no es del todo cierto que el Convenio 169 de la OIT y el CDB reconozcan el "derecho" de los pueblos indígenas a los recursos. Lo que dispone el Convenio 169⁴¹⁸ es que, en caso de que los recursos

411 *Ibidem*

412 Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia.

413 Quién tiene la propiedad y el derecho de disponer de los recursos genéticos o del conocimiento tradicional asociado.

414 Unión Mundial para la Naturaleza. Comisión de Derecho Ambiental.

415 Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.

416 Comunidades locales poseen los recursos biológicos y genéticos en sus tierras, incluyendo muchas de las plantas medicinales. Ellos tienen sentimientos ambiguos en como se deben administrar estos recursos. En una mano están preparados a compartir sus recursos y su conocimiento con relación a las propiedades curativas, en la otra mano no pueden aceptar el perder control sobre el manejo de esos recursos, o transferir materiales o conocimiento sin tener la suficiente información del propósito de la transferencia y las implicaciones comerciales. Algunos informantes indicaron que las comunidades preferían mantener un control total sobre sus recursos y conocimiento. Ellos no quieren estar confinados al simple papel de proveedores de material y conocimiento para el beneficio de intereses comerciales en los que ellos no van a tener participación y que además no se compartirán conocimientos o beneficios económicos con las comunidades. OMPI. Reporte de Misiones a Panamá y Guatemala, 17 al 22 de enero de 1999. Vale mencionar que los pueblos indígenas persiguen la autonomía de sus territorios y con ello el control sobre sus recursos naturales, lo que no quiere decir que estos no puedan ser compartidos si se hace bajo una base sólida en donde se dé una distribución justa y equitativa de beneficios que genera su utilización.

417 Ver GRAIN. Revista número 7, pág. 14. GRAIN/GAIA Conflicto entre comercio global y biodiversidad. Pág. 1.

418 Artículo 15.2.

existentes en tierras indígenas pertenezcan al Estado, se deberán establecer procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados antes de proceder a autorizar la prospección o explotación de los recursos existentes. El CDB⁴¹⁹, por ningún lado, reconoce este derecho; lo que establece es que se deben respetar los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas para la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad; reconoce, además, la dependencia de estos pueblos con los recursos biológicos.

En efecto, los tiempos en que los recursos biológicos eran considerados “patrimonio común” quedó en la historia⁴²⁰, y en la actualidad tenemos que guiarnos por el concepto de “interés común” de la humanidad, que, más ni menos, es el interés internacional en la conservación de la diversidad biológica, aunque este pertenezca a diferentes estados y esté regulada por distintas leyes. Las regulaciones de acceso que se conocen hasta el momento se apegan al CDB y se fundamentan el derecho soberano de los Estados sobre el uso y aprovechamiento de sus recursos. Por ejemplo, la Orden Ejecutiva No.247 de Filipinas indica que la Constitución Política de este país en su artículo 12, establece que la vida silvestre, la flora y la fauna entre otros, son propiedad del Estado. En Costa Rica, la Ley de Biodiversidad⁴²¹ señala que el Estado ejercerá la soberanía completa y exclusiva sobre los elementos de la biodiversidad, siendo las propiedades bioquímicas y genéticas de los elementos de la biodiversidad silvestres o domesticadas de dominio público. Además, la Ley de Vida Silvestre ya establecía que la flora silvestre y el desarrollo de recursos genéticos silvestres que constituyen reservas genéticas son de interés público, siendo en este caso particular, que los recursos no son exclusivos de quienes tienen el derecho de propiedad sobre la tierra.

Al particular tendríamos que afirmar que, aunque el asunto de soberanía se pretenda ver como un problema entre gobiernos y pueblos indígenas, este “problema” no es real. La soberanía de un país no tiene necesariamente que ir en menoscabo de los pueblos indígenas. De hecho, si se reconoce que lo que el estado tiene es la potestad para determinar las formas de acceso a los recursos biológicos, entonces este mismo estado puede establecer mecanismos mediante los cuales se respeten los derechos de los pueblos indígenas a decidir sobre sus recursos; es decir, a ser autónomos en este

419 Ver preámbulo y Art. 8 (j).

420 La mayoría de los Estados encontraron que el término “patrimonio común” se prestaba para conflicto en relación con la soberanía de los países. A pesar de que el CDB dice que la diversidad biológica es de interés público, el debate continúa. Comentario por Kirk Talbot.

421 Ver artículos 2 y 6.

sentido, sin tener necesariamente que entrar en una confrontación con el estado. De la mano con este reconocimiento de soberanía en la mayoría de la nueva legislación se reconoce el derecho a que las comunidades locales y los pueblos indígenas se opongan al acceso a sus recursos y al conocimiento asociado, por motivos culturales, espirituales, sociales, económicos o de otra índole. En algunas legislaciones, como la de Brasil,⁴²² la autorización de acceso y de entrega será otorgada previo consentimiento de la comunidad indígena interesada, habida cuenta de la opinión del órgano indigenista oficial, cuando el acceso tenga lugar en territorios indígenas. En Costa Rica, la Ley de Biodiversidad, prevé el consentimiento fundamentado previo por parte de los pueblos indígenas antes de que el Estado autorice un contrato de acceso, rescatando la posibilidad de los pueblos indígenas a negarse a tal acceso. Es decir, existe un doble control de los recursos con respeto a las decisiones de los pueblos indígenas.

Entonces, realmente lo que existe es una lucha por el reconocimiento de la "autonomía" de los pueblos indígenas y por hacer entender a los estados que, para los pueblos indígenas, no se pueden separar los conceptos de tierra, recursos biológicos y conocimiento. Ciertamente, hay un gran camino por recorrer, y una de las tareas más grandes es la de crear legislación que, sin menoscabar la soberanía del estado, respete los derechos de los pueblos indígenas a sus recursos.

El consentimiento fundamentado previo antes de que el estado dé permiso para acceder a los recursos genéticos en territorios indígenas se presenta como una solución. Sin embargo, es tema de discusión, ya que, en el caso de que exista negativa por parte de la comunidad indígena, en algunos casos el estado siempre estaría facultado para otorgar el permiso si este alega interés público de la actividad. Es decir, el interés de la comunidad indígena sería considerado menor al interés de nación y por lo tanto, se concede el permiso. Caso que sucede, por ejemplo, con exploraciones o explotaciones petroleras y mineras en territorios indígenas.

Otro aspecto que es indispensable rescatar es el acceso a los recursos genéticos desde la perspectiva de región. Ya se ha mencionado que, de acuerdo con el artículo tres del CDB, el estado tiene el derecho soberano a explotar sus recursos biológicos. Sin embargo, también este artículo señala la obligación de los estados de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros estados o zonas situadas fuera de su jurisdicción.

⁴²² Artículo 16(9). Medida Provisoria 2.186-16 de agosto del 2001.

Los recursos genéticos no tienen límites fronterizos. En este sentido, muchos de los recursos que se encuentran en un estado se pueden igualmente encontrar en los estados vecinos. Esta realidad puede generar conflictos, como por ejemplo, ¿quién negocia que? ¿A qué precio? ¿Bajo cuáles reglas? Resulta también dificultoso poder controlar el acceso a los recursos genéticos si países con recursos similares tienen distintas capacidades y formas de proceder. Las regulaciones del acceso a los recursos genéticos, en alguna medida, tendrían que incluir una forma de accionar conjunta que impida el flujo ilegal de recursos genéticos.

Como parte de una estrategia para evitar la competencia entre países, y valorando la especial concentración de riqueza biológica en una misma región, se han hecho esfuerzos por acordar algunas pautas comunes. Así, por ejemplo, los países de la Comunidad Andina de Naciones tomando en cuenta, entre otras, sus similitudes en cuanto diversidad biológica y cultural y la necesidad de fortalecer la integración y la cooperación aprobaron en 1996, la Decisión 391 del Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos. En África, la Ley Modelo de la Organización de la Unidad Africana para la Protección de los Derechos de las Comunidades Locales, los Agricultores y Mejoradores, y para Regular el Acceso a los Recursos Genéticos constituye un marco para que los países tengan un modelo a seguir para elaborar sus leyes nacionales estableciéndose, entre otros, dentro del modelo la figura del consentimiento informado previo de las comunidades locales. Otro reflejo de esfuerzos nacionales lo es el Acuerdo Centroamericano de Acceso a los Recursos Genéticos y Bioquímicos y al Conocimiento Tradicional Asociado en donde los países que constituyen la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo delimitan algunos de los elementos a seguir en materia de acceso a recursos genéticos. En Asia la Asociación de Asia Meridional⁴²³, convino a final de 1999, en no transferir recursos fitogenéticos a países que no fueran miembros, al mismo tiempo que permitían el libre intercambio entre los países miembros para fines de investigación.

Un enfoque regional ofrece también una oportunidad a los estados miembros para elaborar una estrategia regional respecto al acceso y a la distribución de beneficios, incluida la identificación de los recursos genéticos y su utilización sostenible, la identificación de las necesidades de creación de la capacidad y el fomento de la investigación, la capacitación y la transferencia de tecnología. En un acuerdo cooperativo más firme, pueden elaborarse mecanismos regionales especiales, tales como fondo común y una base de datos común para fines de registro e inscripción⁴²⁴.

⁴²³ Bangladesh, Bhutan, India, Maldivas, Nepal, Pakistán y Sri Lanka.

⁴²⁴ Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Examen de las Disposiciones de Mecanismos de Acceso y Distribución de Beneficios. Nota del Secretario Ejecutivo, pág. 5.

4. Derechos de Propiedad sobre el Conocimiento Tradicional

El conocimiento tradicional tiene un derecho de propiedad de quién o quiénes lo poseen, y como tal, puede ser objeto de negociación. Si bien es cierto, como ya hemos apuntado, que los conceptos de propiedad de los pueblos indígenas pueden variar de los occidentales y entre sus mismas comunidades, también se debe reconocer que dentro de estos pueblos indígenas existen regímenes locales o tradicionales de derechos de propiedad intelectual que serían precisos estudiar con mayor profundidad e incluso comparar con los derechos de propiedad intelectual existentes⁴²⁵.

Algunos juristas no comparten el criterio de que el conocimiento es un bien que se encuentra dentro de la esfera del comercio ya que consideran que, al ser el conocimiento un bien intangible⁴²⁶, es difícil de tutelar. Sin embargo, pongamos un ejemplo simple: cuando se contrata a un consultor "experto" en determinado tema, este goza de un contrato y es pagado por dar su conocimiento a quien lo contrate. Este conocimiento también es intangible en el momento de la contratación; sin embargo, se concreta cuando se entrega el producto.

El conocimiento tradicional debe ser visto como un bien jurídico que puede ser objeto del derecho y, por lo tanto, de negociaciones, reclamaciones e indemnizaciones. Si el conocimiento tradicional es visto como un bien en el que se invierte una vez, es decir, por una suma o compensación específica se obtiene el conocimiento, y este no puede volver a ser negociado ni utilizado por su propietario, será un bien percedero. Sin embargo, precisamente esta es la posición que no se debe permitir, y más bien, se debe interpretar que el conocimiento tradicional es un bien que puede ser tutelado por el derecho y que permanece con su dueño, aunque este lo pueda transferir basándose en una negociación establecida; por ejemplo, podría darse mediante una licencia de uso, un contrato o cualquier otro medio efectivo pero no como un derecho de propiedad.

⁴²⁵ Las misiones de la OMPI sobre "propiedad intelectual y conocimiento tradicional" demostraron claramente la necesidad de un estudio para establecer la relación entre los sistemas consuetudinarios de protección del conocimiento tradicional y el sistema de propiedad intelectual, particularmente las implicaciones para el sistema de propiedad intelectual de un sistema consuetudinario de propiedad intelectual. Al respecto ver OMPI borrador de reporte sobre propiedad intelectual y conocimiento tradicional 1998-1999. Págs. 13, 14 "Informal IP regimes and Customary Law".

⁴²⁶ Regular el acceso a los recursos genéticos implica la necesidad de considerar el elemento intangible que se encuentra unido al recurso per se y que no es otra cosa que un conocimiento en constante evolución, fruto de muchos años y en ciertos casos, siglos de maduración. Comentario por SPDA/UICN/CDA, 1994.

Por otro lado, este conocimiento estará dando sus frutos o beneficios continuamente si a partir de él se descubre algún producto comerciable. Por esta razón, al pensar en compensación, esta no debe ser negociada en términos de un bien perecedero, sino más bien con compensaciones permanentes que puedan darse por medio de un porcentaje de las regalías del producto descubierto. También se debe guardar la propiedad de este conocimiento y permitir su transmisión (sin fines comerciales) a otras comunidades y a las futuras generaciones. Podríamos, entonces, pensar en una técnica de mercado en donde también el usuario pague un valor correspondiente al conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos y que hace posible la creación de un producto farmacéutico en el momento en que compra el producto.

Este punto es polémico y discutible. Hay quienes opinan que no es justo para el comprador; sin embargo, el problema radica en que este costo nunca ha sido incluido dentro del “rubro” de costos de las compañías farmacéuticas. Pocos son los usuarios que cuestionan el costo del producto y las ganancias de las compañías farmacéuticas. No queremos aquí decir que las compañías farmacéuticas no deberían lucrar, sino que todos deben beneficiarse de sus aportes. Si se cobra el costo del uso de la tecnología, también se puede cobrar el costo del conocimiento tradicional utilizado.

El concepto de que el conocimiento tradicional debe ponerse al servicio de la humanidad es acertado. No obstante, poner los conocimientos tradicionales al servicio de la humanidad no significa que estos tengan que ser entregados gratuitamente y sin reconocimiento alguno. Indica Dutfield, citado por Bystrom, “a menos que los dueños de ese conocimiento hayan acordado darlo, documentarlo o diseminarlo, el uso de ese conocimiento constituye una clara violación al CDB”⁴²⁷. Es claro que el objetivo del CDB de distribución equitativa de beneficios queda totalmente anulado si partimos del concepto de que el conocimiento tradicional es de libre disposición.

Por otro lado, considerar que el conocimiento tradicional es de dominio público ha sido tema de discusión y hay quienes no toman en consideración la protección del conocimiento que se encuentra en el dominio público⁴²⁸.

⁴²⁷ Dice, además, que la iniciativa llamada Global Biodiversity Informatics Facility, en donde se planea poner en Internet el conocimiento tradicional sin la autorización de sus legítimos dueños, debe ser examinada.

⁴²⁸ En Costa Rica, de acuerdo con la Ley de Biodiversidad, artículo 78 se establece que el Estado no ofrece ninguna forma de protección a: las invenciones esencialmente derivadas del conocimiento asociado a prácticas biológicas tradicionales o culturales en dominio público.

A pesar de esto, debe entenderse que los conocimientos siempre tienen una fuente de origen, y que sea de dominio público no necesariamente quiere decir que la fuente haya desaparecido.

Muchos apuntan a la imposibilidad de separar los recursos genéticos del elemento intangible, es decir, el conocimiento, atreviéndose a señalar que es el conocimiento el que determina el valor del recurso genético⁴²⁹. Al respecto, señala D. Pombo⁴³⁰ “no se puede separar el conocimiento, lo intangible y lo tangible de la biodiversidad. No es posible manejar de un lado el problema del conocimiento y por otro lado hablar de compra y venta de recursos biológicos como una cosa independiente. La biodiversidad incluye el conocimiento. Si no hay conocimiento no hay posibilidad de que los elementos de la biodiversidad se vuelvan recursos para la sociedad. Es el conocimiento lo que define a los recursos”.

Cierto es que si no se tiene o genera conocimiento sobre el recurso, este tiene poca o ninguna utilidad para fines comerciales. Prueba de ello es que, según D. Simpson, “sería poco práctico el recolectar grandes cantidades de organismos antes de realizar algunos exámenes. Expertos estiman que solo 1 de 10.000 muestras de material natural se convierte en un producto comercial.” Sin embargo, como se explicó anteriormente mediante el proceso etnobotánico⁴³¹ estas cifras pueden mejorar cuando se utiliza el conocimiento tradicional asociado a la diversidad biológica. Esto nos lleva a pensar que el conocimiento tradicional asociado a estos recursos facilita, en gran medida, esta tarea. Sigue explicando el autor “que los vendedores (proveedores)⁴³² podrían incluso encontrar ventajoso establecer su propia capacidad de investigación para acrecentar su conocimiento sobre el valor y uso de recurso y transmitirlo luego a los compradores (receptores)”. Los proveedores podrían incluso obtener mejores beneficios si son capaces de realizar sus propias investigaciones. Es inevitable entonces pensar en que la combinación de instituciones como el Instituto Nacional de Biodiversidad de Costa Rica que a la fecha ha desarrollado una importante capacidad científica con el conocimiento tradicional de los pueblos indígenas podría dar como resultado una mejor negociación para el Estado costarricense y sus ciudadanos.

429 La biodiversidad y el conocimiento indígena son inseparables. Ellos constituyen en todo sentido - espiritual, cultural, intelectual, territorial y económico - una parte colectiva, inalienable e integral de nuestras culturas. Red de Biodiversidad de los Pueblos Indígenas. Declaración de los Pueblos Indígenas sobre Acceso y Derechos de Propiedad Intelectual. Segunda COP del CDB. 1995.

430 Derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de América Latina. Pág. 277.

431 Ver referencia en páginas anteriores de este libro.

432 Lo escrito entre paréntesis no es del texto original.

Algunos intentos han sido ya realizados para determinar el valor del conocimiento tradicional; por ejemplo, en México⁴³³ se realizó una evaluación y sistematización del conocimiento indígena sobre las plantas de las selvas tropicales de este país. Se utilizaron para ellos tres procedimientos principales basados en: 1) investigación bibliográfica, es decir, lo que ya está en el dominio público; 2) banco de datos etnoflorísticos, que se puso en una base de datos computarizada y recopilaba, entre otros, tipo de uso, descripción y ubicación de la planta y grupo indígena que suministró la información; 3) banco de datos florístico, que contiene especies de plantas de la flora tropical húmeda de México. Se indica que en 1995, el banco contaba con 13.330 especies de plantas registradas, teniendo uno o más usos para los pueblos indígenas.

De esta forma se ha calculado que las 1.052 especies de plantas dan lugar a 3.173 productos. Que una sola hectárea de selva primaria abastece al productor indígena con entre 125 y 170 productos, pues la mitad o más de las especies arbóreas presentes en esa área les son de alguna utilidad. Estos datos confirman, de manera cuantitativa, la estrecha interrelación que se establece entre estas culturas y el universo de la flora tropical.

No se hace, dentro del documento, referencia a derechos de propiedad intelectual, ni ningún otro tipo de derechos concerniente a los pueblos indígenas. Tampoco se especifican los fines de estos bancos. Lo que resalta del estudio es la importancia de valorar el aporte de los pueblos indígenas en relación con el manejo de la naturaleza. Se tiene un enfoque más científico y no de protección de derechos; sin embargo, aporta datos relevantes con respecto al uso del conocimiento tradicional.

La Sociedad Peruana de Derecho Ambiental⁴³⁴ ha identificado algunos elementos que parecen gozar de aceptación para proteger los derechos de propiedad colectiva del conocimiento de los pueblos indígenas:

- a) Asegurar el reconocimiento de la naturaleza colectiva del conocimiento, de las presentes y futuras generaciones de pueblos indígenas.
- b) Asegurar que el control del uso de conocimiento permanezca en las manos de los pueblos indígenas, aunque esa información se encuentre en el dominio público.

⁴³³ El estudio en detalle puede consultarse en Toledo Víctor y otros. La selva útil etnobotánica cuantitativa de los grupos indígenas del trópico húmedo de México. Revista *Inter ciencia*. Volumen 20. México D.F Julio-agosto de 1995.

⁴³⁴ Tobin Brendan. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Protecting Indigenous and Local Community Rights. Reflections on some lessons learned the hard way. Agosto de 1996. Pág. 3.

- c) Asegurar que el ejercicio de los derechos de una comunidad, o grupo de comunidades, pueblos o poblaciones no infrinja los derechos de otras comunidades o poblaciones para controlar y usar sus recursos.
- d) No crear sistemas monopolistas de derechos sobre el conocimiento, y prevenir la posibilidad de adquisición de derechos monopolistas sobre el conocimiento o los recursos biológicos asociados.
- e) Asegurar la distribución equitativa de beneficios entre las comunidades.
- f) Asistir en la reevaluación de conocimientos indígenas, promover su uso tradicional y minimizar los impactos adversos sobre los recursos y culturas.
- g) Establecer la presunción que el uso de los recursos sobre los que existe el conocimiento, en particular relacionado con plantas medicinales, implica el uso de ese conocimiento.

También resulta interesante ver algunas de las conclusiones del Taller Regional sobre Protección del Conocimiento y Tecnologías sobre la Diversidad Biológica Amazónica⁴³⁵. Este dice que los regímenes y sistemas de propiedad intelectual deben tener en consideración las disposiciones del CDB; que se deben considerar sistemas sui generis de protección del conocimiento tradicional y los recursos biológicos asociados de acuerdo con el CDB y los ADPIC; además de establecer como requisito previo en el trámite de patentes la evidencia de la procedencia legal de los recursos genéticos utilizados; la necesidad de demostrar el consentimiento informado previo del país de origen y, eventualmente, de los proveedores de los recursos accedidos. Nótese que estas conclusiones realizadas en mayo de 1996, son foco de especial atención en la actualidad como medidas indispensables para la protección del conocimiento tradicional asociado a recursos biológicos.

Existe ya legislación que reconoce el derecho de los pueblos indígenas sobre su conocimiento tradicional. Por ejemplo, sobre el particular en el Acuerdo de Cartagena -actual Comunidad Andina de Naciones-⁴³⁶ define componente intangible como “todo conocimiento⁴³⁷, innovación

⁴³⁵ Ver Secretaría Pro Tempore del Tratado de Cooperación Amazónica. Memorias del Taller Regional sobre Protección de Conocimientos y Tecnologías sobre la Biodiversidad Amazónica. Perú, 1996.

⁴³⁶ Artículo 1. Decisión 391. Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos, adoptada el 2 de julio de 1996.

⁴³⁷ Según M. Ruiz, este artículo se refiere a todo tipo de conocimiento, no solo al conocimiento tradicional, por lo que no se le da una posición única ni especial al aporte del conocimiento indígena en la biodiversidad y su posición particular de que no es protegida por ningún sistema de protección intelectual.

o práctica individual o colectiva, con valor real o potencial asociado al recurso genético o sus productos derivados o al recurso biológico que los contiene, protegido o no por regímenes de propiedad intelectual”⁴³⁸. Tanto el borrador de Ley de Biodiversidad de Nicaragua como la Ley de Biodiversidad de Costa Rica integran, dentro la definición de diversidad biológica, el elemento intangible comprendido como los conocimientos, las prácticas y las innovaciones de los pueblos indígenas. Se reconoce separadamente el hecho de que el conocimiento tradicional es un elemento intangible en forma colectiva o individual siempre que esté asociado a los elementos de la biodiversidad.

El Proyecto de Ley sobre Acceso a los Recursos Genéticos de Diversidad Biológica de Argentina en su artículo 26, denominado componente intangible reconoce y protege los conocimientos, las prácticas e innovaciones de los pueblos indígenas y comunidades locales. En Brasil, la Medida Provisoria 2.186-16 en su Capítulo III, Protección de los conocimientos tradicionales asociados, establece que estos quedan protegidos contra la utilización y la explotación ilícita y otras acciones perjudiciales no autorizadas. En Venezuela, la Ley de Diversidad Biológica⁴³⁹ establece que el Estado reconoce y se compromete a promover y proteger los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y locales sobre sus conocimientos tradicionales.

Otro caso que resulta interesante es la propuesta que tenía Colombia (1994) para un Régimen común de acceso a los recursos genéticos en los países de la Comunidad Andina de Naciones. Se proponían diferentes sistemas de conocimiento y diferentes regímenes de acceso, aduciendo que el régimen común de protección y acceso a los recursos genéticos se basa en el reconocimiento de la indisolubilidad entre el recurso genético y su conocimiento asociado. Por esta razón, el carácter individual o colectivo de ese conocimiento obliga a la definición de dos regímenes claramente diferenciados. En los casos en los cuales el conocimiento es individual, se aplican los sistemas de patentes o de obtentores vegetales, que confieren derechos de propiedad privada. En el caso de que los conocimientos constituyan parte integrante del patrimonio colectivo, la protección del conocimiento escapa de esa lógica y requiere sistemas acordes con los usos y costumbres tradicionales y colectivas. Se propone, entonces, un régimen común de acceso con base en la coexistencia de dos regímenes: uno privado y uno colectivo.

⁴³⁸. Decisión 391. Comunidad Andina de Naciones.

⁴³⁹ Capítulo III. Ley No.4780 del 24 de mayo del 2000.

4.1 Conocimiento tradicional de dominio público

El que el conocimiento tradicional se encuentre en el dominio público⁴⁴⁰ es un punto que ha sido tema de discusión, en especial, por quienes pretenden dar una protección jurídica al conocimiento tradicional de los pueblos indígenas.

Dominio en el derecho civil equivale a propiedad o derecho de usar, gozar o disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas por las leyes. El dominio público, entonces, es el destinado al uso público, al de todas las personas.

Quizá el punto más álgido de la discusión se presenta en el caso de las publicaciones de antropología o etnobotánica⁴⁴¹ que han puesto mucha de la información sobre plantas medicinales y conocimientos tradicionales, en algunos casos con un grado alto de detalle, a disposición del público⁴⁴². No queremos aquí juzgar a botánicos, sociólogos u otros profesionales que se han adentrado en estos campos; sin embargo, la realidad de las cosas es que han puesto esta información dentro de la esfera del dominio público. Este debate, que no es del agrado de muchos, se trata tímidamente, y todavía no se toman medidas al respecto. Se han fundado recientemente nuevas revistas académicas⁴⁴³ dedicadas a los estudios de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. Como ya hemos dicho, el problema es que la información es puesta en el dominio público y puede ser utilizada comercialmente antes de que los pueblos tengan oportunidad de definir sus derechos. También existen manifestaciones de que el conocimiento tradicional mayoritariamente se encuentra en la

440 El conocimiento indígena es tratado en la mayoría de los sistemas legales como parte del dominio público. El dominio público se refiere a todo el conocimiento, que no es secreto o no está protegido por derechos de propiedad intelectual; el conocimiento en el dominio público puede ser usado por cualquier persona o corporación tan pronto sale de la comunidad y no existen obligaciones legales claras en cuanto a la necesidad de retornar beneficios a las comunidades. Ver, Indigenous Peoples and Sustainability. Chapter 6. Who "owns traditional resources?". IUCN, 1997.

441 Ver, V. Toledo y otros. La Selva útil: etnobotánica cuantitativa de los grupos indígenas del trópico húmedo de México. Revista Interciencia. Vol.20, No.4. México, julio-agosto 1995.

442 Pocos párrafos pueden ilustrar tanto como el siguiente: "...a muchos de los curanderos que utilizan las hierbas les va a degradar este libro, puesto que puede privarles de su profesión, una vez revelados sus secretos. La mayoría de ellos se negó a mostrarme las plantas medicinales, por esa razón. En casi todos los casos me cedieron las hojas o la raíz de la planta yan machacadas o recogidas. Pero después de cierta persuasión, me mostraron la planta con la condición de no revelarlo a nadie más" Kokwaro. Medical Plants of East Africa. (prefacio) 1976. Citado por W. Reid y Otros. Pág. 40.

443 Al respecto cita E. Daes. Journal of Ethnobiology, Journal of Ethnopharmacology, y Indigenous Knowledge and Development Monitor. Pág. 35.

esfera del dominio público porque se traspasa entre comunidades, familias o intergeneracionalmente⁴⁴⁴.

No olvidemos que no es posible, por el momento, someter a regímenes de propiedad intelectual lo que ya se encuentra en el dominio público. Tampoco que las innovaciones informales se consideren de dominio público, mientras que las invenciones modernas desarrolladas a partir del conocimiento tradicional o de una innovación informal sí son objeto de protección dentro de los derechos de propiedad intelectual.

Esta situación, a toda luz desequilibrada, nos lleva a hacer un gran número de preguntas. ¿Por qué quienes dan el conocimiento no son reconocidos? ¿Por qué, una vez que se entra en la esfera del dominio público, parece que se da un castigo en lugar de un incentivo por compartir, lo que en muchos casos, es indispensable para la salud o la alimentación? ¿Por qué no se da una distribución equitativa de los beneficios que se generan? ¿Qué pueden hacer las partes de este conflicto? ¿Qué acciones se pueden tomar en el ámbito nacional?

Algunas de las posibles respuestas⁴⁴⁵ se dan a lo largo de esta investigación, sin embargo, vale la pena aquí detenerse en una de las preguntas: ¿Qué acciones pueden realizarse en el ámbito nacional? Cuando pensamos en dominio público, seguidamente hacemos la congruencia con pertenencia de todos. Algunos autores incluso dicen que este tipo de bienes debe estar sujeto a un régimen jurídico excepcional, especialmente protector de la afectación de la cosa a su destino de utilidad pública. Según este supuesto, tendríamos que, en los casos en que ya el conocimiento fuera de dominio público, este debería estar sujeto a un régimen especial de protección, sobre todo, por tener una utilidad pública. Este tipo de régimen especial podría incluir a su vez los atributos de fuente origen, y de protección penal contra usos indebidos.

Por el momento, la situación es poco clara, y algunas legislaciones han optado por excluir estos bienes de sus regímenes de protección. Por ejemplo, en Costa Rica, la Ley de Biodiversidad⁴⁴⁶ establece que el Estado reconoce

444 Algunos poseedores de conocimiento tradicional están opuestos a formas de protección o regulación del conocimiento tradicional precisamente porque este está basado en la noción de "dominio público" y no debe ser objeto de derechos exclusivos. Ver M. Brown. Can Culture be copyrighted? *Current Anthropology*. 1998.

445 Ver, Convenio sobre la Diversidad Biológica. Grupo de expertos en acceso y distribución de beneficios. Arreglos de acceso y distribución de beneficios para fines científicos y comerciales. San José, Costa Rica, 1999.

446 Ley número.7788 del 30 de abril de 1998.

la existencia y validez de las formas de conocimiento e innovación y la necesidad de protegerlas mediante mecanismos legales apropiados para cada caso específico. Esta protección se otorga por medio de patentes, secretos comerciales, derechos de fitomanejador, derechos intelectuales comunitarios *sui generis*, derechos de autor, derechos de los agricultores. Sin embargo, excluye de la posibilidad de incluir dentro de estas formas de protección a las invenciones esencialmente derivadas del conocimiento asociado a prácticas biológicas tradicionales o culturales de dominio público.

Este artículo puede tener dos interpretaciones. La primera, que se está protegiendo el conocimiento tradicional que ya está en el dominio público, impidiendo que se aplique alguna forma de propiedad intelectual o industrial por medio de una invención o derecho de autor. Pero, por otro lado, podría pensarse que tampoco se está dando la posibilidad de protección efectiva o de reconocimiento a las comunidades sobre su conocimiento o, eventualmente, sobre su propia innovación. Lo que la Ley busca es proteger estos conocimientos. Incluso, en el artículo 82, establece los derechos intelectuales comunitarios *sui generis* como los conocimientos, las prácticas e innovaciones de los pueblos indígenas y comunidades locales relacionados con el empleo de los elementos de la biodiversidad y el conocimiento asociado; se indica que se realizará un inventario de los derechos comunitarios *sui generis* que permita al Estado negarse a otorgar derechos de propiedad intelectual sobre esos derechos comunitarios. No obstante, a la fecha, no es claro el alcance de estos derechos comunitarios ni sus implicaciones jurídicas.

El borrador de Ley de Biodiversidad de Nicaragua - versión 2000, en discusión - indica que la puesta del conocimiento tradicional sin la autorización de sus propietarios en el dominio público mediante publicaciones o cualquier otro medio constituye delito, sin desestimar los correspondientes daños y perjuicios. Dentro de la sección propiamente de delitos se incluye que la sustracción del conocimiento tradicional de los pueblos indígenas, comunidades étnicas y locales en forma dolosa por medio de artificios, o engaños constituye robo y será sancionado de acuerdo a la legislación penal en la materia. Establece un sistema de protección *sui generis* para proteger la propiedad colectiva sobre los conocimientos, clasificando como falta grave el acceder a los recursos genéticos o biológicos o el conocimiento tradicional asociado sin observar los procedimientos previstos por la Ley.

Como podemos ver, se pueden vislumbrar tres versiones de una misma situación: Primero, los que piensan que cuando se pone el conocimiento tradicional en la esfera del dominio público por medio de libros, bases de

datos, registros o cualquier otro sistema de información, se está protegiendo el conocimiento porque se impide que este pueda ser patentado y puede ser usado libremente por cualquiera. Segundo, los que piensan que el conocimiento no puede ser patentado porque todavía no existe claramente una forma, dentro de la esfera del comercio internacional, que asegure los derechos de las comunidades indígenas, por lo que seguir poniendo el conocimiento en el dominio público y de libre acceso es un riesgo para las comunidades. Se agrega a esto el hecho de que la mayoría de las veces, cuando se pone este conocimiento en bases de datos o publicaciones, las comunidades o individuos no son compensados y pocas veces reconocidos. Tercero, los que no otorgan ningún tipo de derecho de propiedad intelectual sobre invenciones derivadas de conocimientos tradicionales de dominio público, como una forma de protección al conocimiento que ya es accesible libremente a la humanidad y protegen los derechos de los pueblos indígenas sobre el conocimiento tradicional que no está en el dominio público por medio de sistemas *sui generis* de protección.

Si el conocimiento tradicional cada vez más se pone en el dominio público va ser “accesible para todos y los pueblos indígenas, perderán control sobre este y serán más vulnerables siendo el conocimiento potencialmente más usado por terceras partes”⁴⁴⁷, sin reconocimiento alguno sobre los beneficios que se generen. Indiscutiblemente, con esta posición no queremos decir que no hay que compartir, sino que hay que compartir el conocimiento en beneficio de la humanidad, pero con el adecuado reconocimiento y distribución equitativa de los beneficios que se puedan obtener. Por otro lado, en el caso de registros de conocimiento, estos deberían ser absolutamente de uso confidencial para evitar que entren en la esfera del dominio público antes de ser protegidos.

El único instrumento jurídico que aborda el tema de conocimientos tradicionales en el dominio público es la Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos del Perú, que estipula en su artículo 13 que el conocimiento colectivo está en el dominio público cuando ha sido accesible a personas ajenas a los pueblos indígenas en dos situaciones:

- Que estuviere en los medios de comunicación masiva, tales como publicaciones.
- Cuando se refiera a propiedades, usos o características de un recurso biológico que sean conocidos masivamente fuera del ámbito de los pueblos y comunidades indígenas.

447 Palabras de M. Ruiz, mayo de 1999.

El primer supuesto hace alusión al hecho de que el conocimiento ya estuviera libre de acceso a cualquier persona por ejemplo mediante libros o artículos, asunto al que nos hemos referido con anterioridad. El segundo supuesto es poco claro en su redacción. M. Ruiz nos ha explicado que el supuesto es el siguiente: “muchas plantas medicinales, entre otras, uña de gato, sangre de grado y manzanilla se comercializan como plantas medicinales en un mercado informal al cual cualquiera tiene acceso. Además, se conocen ampliamente las características y efectos de estas plantas, a partir de información que manejan las comunidades. Si una empresa decide, por ejemplo, coleccionar estas plantas *in situ* - y conoce sus propiedades - podría negociar con las comunidades respecto a su uso. Obviamente, el incentivo es mínimo en la medida que si se conoce para qué sirve la planta y los conocimientos respecto a la misma, para qué complicarse negociando sobre los mismos; en todo caso, no se quiere cerrar la opción a esta posibilidad que - confiando en que con algún nivel de buena fe y decencia de quienes quieran coleccionar - este supuesto pueda darse”⁴⁴⁸.

De acuerdo con estos dos supuestos, en los casos en que estos conocimientos hayan entrado en el dominio público en los últimos 20 años, se destinará un porcentaje del valor de las ventas brutas, antes de impuestos, resultantes de la comercialización de los productos desarrollados a partir de estos conocimientos colectivos, al Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

No se le da protección legal al conocimiento colectivo de dominio público, excluyéndolo de la posibilidad de estar protegido contra adquisición o uso no autorizado; precisamente, porque se encuentra en el dominio público, y se puede acceder fácilmente. Como se puede notar, en el caso de Perú, si el conocimiento está en el dominio público, la única manera de reconocimiento es que la parte “recolectora” reconozca libremente el origen de ese conocimiento⁴⁴⁹.

La Medida Provisoria 2.186-16 de Brasil, aunque habla directamente de conocimiento tradicional en el dominio público, indica, en su artículo nueve, que las comunidades indígenas y locales que crean, desarrollan, poseen

448 Aclaración hecha por Manuel Ruiz, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, el 11 de julio del 2000.

449 El tema del dominio público es opcional para las partes. Es decir si una compañía decide negociar respecto a conocimientos que pudieran estar en el dominio público y, que, “pertenecen” a al pueblo indígena, no hay ningún problema con eso. Esto se tomó de una experiencia práctica que ocurrió en el Perú, en donde la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental estuvo involucrada. Si funcionó en esa ocasión, pero no funcionaría como una regla general, es opcional. Comentario realizado por M. Ruiz. Setiembre. 2000.

o conservan los conocimientos tradicionales vinculados al patrimonio genético se garantizará el derecho a hacer constar el “*origen del acceso de los conocimientos*” tradicionales en todas las publicaciones, utilidades, investigaciones y divulgaciones e impedir que terceros no autorizados:

- Utilicen, realicen pruebas o investigaciones en relación con los conocimientos tradicionales asociados;
- Divulguen, transmitan o retransmitan datos o informaciones que constituyen los conocimientos tradicionales asociados o forman parte de ellos.

También se les garantiza el derecho a obtener de la explotación económica por terceros, directa o indirectamente, de los conocimientos tradicionales asociados, cuyos derechos les pertenecen. Esta regulación puede ser vista como una medida de protección en caso de que se quiera poner el conocimiento en el dominio público por medio, entre otros, de publicaciones o investigaciones.

En año 2002, la Declaración Kimberly⁴⁵⁰ estipuló que el conocimiento no es del dominio público, es propiedad cultural e intelectual colectiva, protegido bajo el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. Además, indica que el uso no autorizado y la apropiación indebida del conocimiento son una usurpación. Que el reconocimiento y la aceptación nacional, regional e internacional de los Pueblos Indígenas es fundamental para conseguir la sostenibilidad humana y ambiental y que los sistemas de conocimiento deben ser respetados, promovidos y protegidos, y deben garantizarse y asegurarse los derechos colectivos de propiedad intelectual.

⁴⁵⁰ Dada en la Cumbre Internacional de los Pueblos Indígenas sobre Desarrollo Sostenible Kimberly, Sudáfrica, 20-23 de agosto de 2002

Capítulo VII

Derechos de Propiedad Intelectual

1. Los Derechos de Propiedad Intelectual

Los sistemas de derechos de propiedad intelectual son derechos privados que crean un monopolio legal sobre la explotación comercial de la propiedad intelectual en un período específico de tiempo. Existen diferentes clasificaciones de los derechos de propiedad intelectual (DPI): derechos de autor y derechos conexos; derechos *sui generis* como protección del conocimiento tradicional y los derechos de propiedad industrial dentro de los que se encuentran, entre otros, los secretos Industriales y/o comerciales, las marcas comerciales, las patentes y derechos de obtentores de variedades vegetales⁴⁵¹.

Los DPI son discutidos a la luz de transacciones comerciales con posibilidades de explotación comercial. Es decir, el sistema no nació exclusivamente para proteger sino dentro del ámbito económico. Así que la protección de la propiedad intelectual no es el principal estímulo de la investigación, sino la perspectiva de comercialización que se pueda tener sobre los productos⁴⁵². Afirma, R. Martín Mateo "...las relaciones económicas entre biodiversidad y propiedad industrial⁴⁵³ aparecen sólo allí donde hay contenidos económicos

⁴⁵¹ El tema de los derechos de propiedad intelectual y pueblos indígenas no solo se centra en el tema relacionado con el conocimiento tradicional sobre los elementos de la diversidad biológica - siendo este el tema que nos ocupa -. Existen otros conocimientos tradicionales que merecen protección jurídica. Por ejemplo en la moda y en las pasarelas poco a poco se van imponiendo los motivos indígenas, pero sin sello o marca ajena que en nada tienen que ver con nuestros pueblos. Personas ajenas a nuestros pueblos escriben, graban y venden los cantos, leyendas y cuentos para fines comerciales sin importar el derecho de autor de los pueblos afectados. Se marginan los conocimientos de los indígenas, ricos en medicina, arte, artesanía, música literatura entre otros. Pareciera que la cultura indígena esta destinada a dar la cara folclórica a la humanidad desconociendo su verdadero valor. Al respecto ver A. López. Iniciativas para la Protección de los Derechos de los Titulares del Conocimiento Tradicional, las Poblaciones Indígenas y las Comunidades Locales. Documento OMPI, julio de 1998.

⁴⁵² Por ejemplo, una firma productora de medicamentos le interesa más buscar el componente activo para la cura del cáncer que para la cura de "leishmaniasis", una enfermedad propia de las selvas de trópico y con un mercado para el medicamento pobre y reducido. Programa de Semillas. Op. cit., pág. 7.

⁴⁵³ Cuando se habla de "propiedad industrial" es importante tener en cuenta que forma parte

explotables a través de la protección de una innovación”⁴⁵⁴. Una de las más importantes justificaciones para otorgar derechos de propiedad intelectual es premiar y promover la innovación para beneficio de los intereses públicos. En este sentido se pretende un balance entre los intereses privados y el acceso a los productos de la innovación.

En el ámbito del debate surgido a partir del CDB con relación a la propiedad Intelectual, se resaltan las posibilidades limitadas de los países en desarrollo para acceder a los DPI⁴⁵⁵, a pesar de que generalmente son los países de origen de los recursos biológicos y las comunidades que poseen conocimiento tradicional⁴⁵⁶. Varios autores⁴⁵⁷ afirman que los sistemas de propiedad intelectual no llenan las expectativas de quienes tienen el conocimiento tradicional y por lo tanto, lo que se debe buscar son otros sistemas de protección del conocimiento tradicional basados en derechos indígenas, sistemas comunitarios o colectivos o sistemas sui generis a los cuales nos referiremos más adelante.

del concepto más amplio de “propiedad intelectual”. Así, la “propiedad industrial” no es algo tangible como una fábrica, equipos y materiales para la producción industrial, sino más bien algo intangible aunque en la mayoría de los casos de extremado valor. OMPI. Principales aspectos de la propiedad industrial. Pág. 4.

454 Tratado de Derecho Ambiental. Vol. III. Pág. 95.

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

456 Ver, J. Caillaux. Los derechos de propiedad intelectual, sus relaciones con la diversidad biológica y la protección de los derechos de los países amazónicos, especialmente de comunidades indígenas y locales sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Lima, Perú, 1996. GRAIN. Derechos de propiedad y biodiversidad: mitos económicos. Biodiversidad.No.18. Diciembre, 1998. GRAIN/GAIA. Conflictos entre los derechos de propiedad intelectual de la OMC y la gestión sostenible de la biodiversidad. Abril, 1998. M. Ruiz. Entre el acceso a los recursos genéticos, los derechos de propiedad intelectual y la protección de los conocimientos tradicionales de comunidades indígenas y locales. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Octubre de 1997.

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

Esta discusión, vista desde la perspectiva de los intereses de los pueblos indígenas⁴⁵⁸ y comunidades locales, se centra en que el esfuerzo intelectual (“conocimiento tradicional”) de estas poblaciones no puede ser reconocido por medio de una patente, secreto comercial, derechos de autor o derechos de obtentor. Mientras tanto, el conocimiento moderno basado en los métodos científicos puede ser y es reconocido por estos instrumentos jurídicos de protección. Esto sitúa a los pueblos indígenas y las comunidades locales en una situación de desventaja, poniendo su conocimiento tradicional en peligro de ser monopolizado o privatizado, una vez que ha sido adquirido por quienes, con el uso de la tecnología moderna, generan nuevos productos susceptibles de ser utilizados comercialmente.

Se pueden identificar tres formas específicas de concebir los derechos de propiedad intelectual⁴⁵⁹:

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

Los basados en la compensación o distribución equitativa presuponen que se realizarán contratos o acuerdos comerciales en donde se negocian los derechos sobre patentes, utilización de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales. Se utiliza el término “compensación” que no es igual al de “distribución equitativa”, ya que muchas veces lo que se logra es una compensación, más que un acuerdo equitativo. La distribución de beneficios queda a libre negociación de las partes. La segunda forma se basa en formas de derechos de propiedad intelectual ya existentes, hace alusión al reconocimiento de los derechos privados sobre productos o procesos; tal es el caso de las patentes o certificados del obtentor. Además, estos derechos, en algunas ocasiones, incluyen el uso de conocimientos tradicionales generalmente no autorizados. Finalmente, están las basadas en la propuesta de protección de los recursos biológicos y conocimientos tradicionales con

⁴⁵⁸ Sin embargo, existen otros puntos de vista, como la de los defensores de los sistemas de DPI que dicen “que los sistemas de DPI no fueron diseñados para contribuir a recompensas equitativas por una amplia gama de esfuerzos o actividades o por actividades realizadas en un pasado lejano. Estos sistemas no están diseñados para crear derechos de propiedad u otorgar recompensas económicas a las poblaciones actuales a cambio de inventos o de esfuerzos de conservación por parte de sus ancestros en generaciones pasadas. Por el contrario, los sistemas de DPI, con el propósito de limitar las concentraciones de poder económico, han sido concebidos específicamente para conferir derechos de propiedad pero por un tiempo limitado”. Documento UNEP/CBD/COP/3/22 Pág. 16.

⁴⁵⁹ Al respecto, ver G. Vélez op. cit., pág. 12.

un derecho de propiedad intelectual *sui géneris*⁴⁶⁰, sujetos al artículo 27 (3.b) de los ADPIC o TRIPs⁴⁶¹.

También existen tres tipos de propiedad intelectual claramente definidos, que son vinculantes al Convenio sobre la Diversidad Biológica:

- DPI que se derivan de la utilización de los recursos genéticos.
- DPI relativos a tecnologías transferibles⁴⁶².
- DPI de comunidades indígenas y locales sobre los productos de su esfuerzo Intelectual.

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

2. Los Derechos de propiedad intelectual y el Convenio sobre la Diversidad Biológica

Muchas partes del CBD están ligadas implícita o explícitamente a los derechos de propiedad intelectual⁴⁶³ -DPI-, y esto se debe a que toca dos temas fundamentales que no escapan de esta discusión, que son los recursos genéticos y el conocimiento tradicional como componente intangible⁴⁶⁴.

⁴⁶⁰ Ver, C. Montecinos. *Sui Géneris, a dead end alley*. Revista, Seedling Vol.13 número 4. Diciembre 1996.

⁴⁶¹ Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionado con el Comercio⁴⁶¹, conocido como ADPIC o TRIPs -Trade Related Intellectual Property Rights-.

⁴⁶² Ver, D. Alexander. *Some themes in intellectual property and the environment*. Intellectual Property and Environment. Vol.2, number 2. Cambridge, UK. 1993.

⁴⁶³ Los objetos de la propiedad intelectual son las creaciones del ingenio humano, el intelecto humano. Es por esta razón que a este tipo de propiedad se la califica de propiedad "intelectual". Se puede afirmar, en una forma un tanto simplificada, que la propiedad intelectual guarda relación con los elementos de información que pueden incorporarse en objetos tangibles al mismo tiempo que en un número ilimitado de copias en diferentes lugares, y en cualquier parte del mundo. La propiedad no se encuentra en esas copias sino en la información que ellas contienen. Al igual que en la propiedad de bienes muebles e inmuebles, la propiedad intelectual se caracteriza también por las limitaciones que pesan sobre ella, por ejemplo, la duración limitada del derecho de autor y las patentes. OMPI. *Principales aspectos de la propiedad intelectual*, Pág. 4.

⁴⁶⁴ El borrador de reporte de la OMPI sobre conocimiento tradicional (1998-1999) formula que durante el período de consulta con poseedores de conocimiento tradicional y usuarios tanto en países desarrollados como en vía de desarrollo, estos han afirmado que: "el conocimiento tradicional es una constante y renovable fuente de bienestar tanto como activo económico y como patrimonio cultural.

Sumado a este hecho llama a las partes a la distribución equitativa de los beneficios obtenidos de la utilización de la diversidad biológica.

Seguidamente nos adentraremos en este tema en el entendido de que sólo se abarcan los aspectos relacionados directamente con las más recientes preocupaciones de los pueblos indígenas - acceso a recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado - y no se abarcan los aspectos de transferencia de tecnología. Tampoco el análisis es final, puesto que la complejidad del tema permite para diferentes interpretaciones.

El artículo 16 sobre acceso y transferencia de tecnología indica que, en el caso de tecnología sujeta a patentes y otros derechos de propiedad intelectual, el acceso a esa tecnología y su transferencia se asegurarán en condiciones que tengan en cuenta la protección adecuada y eficaz de los derechos de propiedad intelectual y sean compatibles con ella (16.2). Se promueve el acceso a la tecnología que utilice material de recursos genéticos y la transferencia de esa tecnología, en condiciones mutuamente acordadas, incluida la tecnología protegida por patentes y otros derechos de propiedad intelectual (16.3). 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 (16.5).

Desde la creación del CDB se entendía que podían existir conflictos por derechos de propiedad intelectual, de hecho, ya existían en el momento mismo en que entra en vigor el Convenio⁴⁶⁵. Se hace así un llamado, dentro del espíritu de la cooperación internacional para que los DPI no obstaculicen los objetivos del CDB. De hecho apunta Dutfield⁴⁶⁶ que la utilización de los términos "protección "adecuada y eficaz" de los derechos de propiedad intelectual" hace una relación directa con el Acuerdo ADPIC que utiliza el mismo lenguaje.

El artículo 17 del CDB establece que las partes contratantes "facilitarán el intercambio de información de todas las fuentes públicamente disponibles".

⁴⁶⁵ El Convenio incluyó las patentes en el contexto de los derechos y obligaciones generados con la transferencia de recursos genéticos. Esta fue también una de las más espinosas cuestiones que se abordaron en la discusión del texto finalmente aprobado, por conectar con una de las instituciones claves del sistema económico contemporáneo. R. Martín Mateo. Tratado de Derecho Ambiental. Vol.III. Pág. 94.

⁴⁶⁶ G.Dutfield. Intellectual Property Rights Trade and Biodiversity. 2000. Pág. 34

Este punto nos llama a preguntarnos si esto incluiría el conocimiento tradicional que se encuentre en el dominio público. Sigue diciendo que esta información se utilizará para fines de “conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica...”; es claro que el conocimiento tradicional es información que puede ser utilizada con estos fines. Por último, señala que deben tomarse “en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo”, a lo que añadimos que una necesidad de estos países es la protección y el control sobre los recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado.

En su segundo párrafo, ese artículo, en forma específica, indica que el intercambio de información incluye, entre otros, “conocimientos autóctonos y tradicionales” por sí solos y en combinación con tecnologías. El tema de aplicación de los DPI, aunque no se menciona, es un elemento vital de este intercambio propuesto.

Asimismo, el texto del Convenio especifica que, de conformidad con la legislación y las políticas nacionales las Partes, desarrollarán y fomentarán métodos de cooperación para el desarrollo y la utilización de tecnologías, incluidas “tecnologías autóctonas y tradicionales”. Se reconoce, de esta forma, la existencia de conocimientos y tecnologías autóctonas o tradicionales, puesto que se hace alusión a su aporte en la conservación, su uso sostenible y la posibilidad de transferirlas.

Otro artículo que sin lugar a dudas está relacionado con los derechos de propiedad intelectual aunque no se aborde el tema específicamente dentro de su texto es el 8 (j) en donde se hace un llamado a preservar y respetar conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas. No se puede negar que, para dar protección a estos tres elementos, (conocimientos, innovaciones y prácticas) indiscutiblemente se tiene que pasar por el análisis de los sistemas de DPI⁴⁶⁷.

La más importante preocupación de los pueblos indígenas en relación con los DPI es que, aunque son tratados - vagamente - en el CDB, no se especifica ningún mecanismo para proteger los recursos genéticos y su conocimiento asociado al nivel de las negociaciones internacionales. Los DPI otorgan derechos de propiedad sobre una fuente intangible que consiste

⁴⁶⁷ Por otro lado los sistemas de conocimiento tradicional tienen una creciente aceptación como fuente de información útil para alcanzar el desarrollo sostenible y con estudios en comunidades locales se ha dado evidencia que la protección del conocimiento tradicional puede proveer significantes beneficios ambientales así como posibles aplicaciones comerciales. Ver OMPI, borrador de reporte sobre conocimiento tradicional.

en información que puede llevar a una innovación. Esta información, en muchos casos, está compuesta por el conocimiento tradicional de estos pueblos, a quienes no se les reconoce ningún beneficio. El CDB es débil en este punto, y deja a voluntad de los estados la posibilidad de protección jurídica sobre este elemento.

3. El Acuerdo ADPIC

El Acuerdo⁴⁶⁸ sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionado con el Comercio⁴⁶⁹, conocido como ADPIC o TRIPs⁴⁷⁰ - Trade Related Intellectual Property Rights - establece reglas mínimas para ser adoptadas e implementadas en el ámbito nacional por los estados miembros. Impone derechos de propiedad intelectual privados. Su objetivo principal es implementar lineamientos universales mínimos de aplicación general para la protección de los derechos de propiedad intelectual⁴⁷¹.

Son establecidos con base en el argumento⁴⁷², debatido en la última ronda de negociaciones del GATT - la cual duró ocho años para concluir (1986-1994) y que terminó con el establecimiento de la OMC - que la ausencia de derechos de propiedad intelectual estrictos en los países en desarrollo⁴⁷³

⁴⁶⁸ Fue adoptado en Marrakesh, Marruecos, el 15 de abril de 1994. Entró en vigor en 1995.

⁴⁶⁹ C. Vicente. Biodiversidad y Plantas Medicinales. "Las cláusulas sobre derechos de propiedad intelectual relacionados con el Comercio ADPIC, incluidos en la Ronda de Uruguay del GATT, significan, de hecho, permitir a las compañías transnacionales apropiarse de conocimientos ancestrales de nuestros pueblos".

⁴⁷⁰ V. Shiva El Acuerdo sobre ADPIC del GATT puede transformarse en la herramienta más poderosa para la colonización final de la biodiversidad y de los diferentes sistemas de conocimiento autónomo.

⁴⁷¹ Ver, World Wide Fund for Nature. International discussion paper. The UN Biodiversity Convention and the WTO, TRIPS agreement. Gland, Suiza. Junio, 1995.

⁴⁷² También debe verse que, durante las negociaciones de este acuerdo, los países en desarrollo veían la iniciativa de países desarrollados como una peligrosa tentativa de coartar su libertad y soberanía en un tema tan delicado como el de la propiedad intelectual, donde los objetivos nacionales y el interés público son de crucial importancia. Que los beneficios se han distribuido de manera muy desigual entre los miembros de la comunidad internacional. Por ello es injusto pretender una regulación uniforme dirigida a destinatarios de diferentes estudios económicos. Sin embargo, a pesar de esta posición, se produjo un profundo giro en las posiciones de los países, no se sabe si debido a una causa coyuntural o estructural. Se suponen varias posibilidades, como mediación del costo de oportunidad de no negociar, que podría conllevar el aumento de las sanciones multilaterales. Ver Cabrera Jorge. Propiedad Intelectual, Ronda de Uruguay y Transferencia de Tecnología. Pág. 130 a 132.

⁴⁷³ Los países en desarrollo han indicado que los derechos de propiedad industrial, deberían funcionar a escala nacional, ya que su aplicación internacional contribuiría a congelar la desigualdad, por lo que su implementación generalizada debería aplazarse hasta que se consiguiese una cierta aproximación entre las condiciones económicas e industriales. Esta discusión parece superada tras los denominados acuerdos TRIP. R. Martín Mateo. Tratado de Derecho Ambiental. Vol.III. Pág. 94.

constituía una distorsión comercial, que costaba a los países industrializados en el orden de 200.000 millones de dólares de pérdidas al año por regalías no percibidas. En este sentido, el ADPIC vino a ajustar la normativa de DPI para que puedan ser aplicados universalmente⁴⁷⁴.

Sobre los alcances del ADPIC y el objetivo del CDB de distribución justa y equitativa de los beneficios que se obtienen con el uso de la biodiversidad y la necesidad de proteger el conocimiento tradicional, hay quienes ven el ADPIC como una verdadera amenaza a las comunidades locales y pueblos indígenas porque se van a monopolizar recursos comunes sobre los cuales se han mantenido las costumbres de compartir semillas e innovaciones⁴⁷⁵. Incluso se afirma que debe eliminarse por completo la obligación de dar derechos de propiedad intelectual sobre variedades vegetales, en virtud de los derechos de las comunidades locales y pueblos indígenas que tienen derecho a conservar sus recursos. Que ningún estado debería estar obligado⁴⁷⁶ a privatizar dichos recursos por medio de derechos de propiedad intelectual⁴⁷⁷. Se piensa que los ADPIC constituyen una disposición absolutamente inadecuada para establecer nueva normativa sobre derechos a la biodiversidad. Piensan incluso que la opción de conceder sistemas sui géneris de derechos sobre los recursos se entiende cada vez más como una trampa⁴⁷⁸.

Otros indican que en realidad los sistemas de patentes pueden apoyar a los objetivos del CDB porque las corporaciones se sentirían más libres de aplicar patentes y con ello más motivadas en invertir en la investigación de productos naturales y comprometerse en la distribución justa y equitativa de beneficios. Algunos también afirman que el proceso para que el CDB y ADPIC lleguen a un acuerdo será largo y que se puede esperar a que esto pase. Por lo tanto, se deben hacer intentos para trabajar con los derechos de

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

475 Ver al respecto D. Posey. Beyond Intellectual Property: toward traditional resources rights for indigenous peoples and local communities. 1996.

476 Fue Estados Unidos que abogó por la inclusión de este artículo bajo presión de la industria farmacéutica. Los países en desarrollo indicaron que las diferentes economías necesitaban diversas herramientas para estimular la innovación y que el imponer reglas uniformes para proteger los monopolios en forma de derechos de propiedad intelectual beneficiaría más a multinacionales extranjeras que a sus propias industrias. GRAIN. For a Full Review of TRIPs 27.3 (b). Pág. 2

477 GRAIN. Revista Número 18, Pág. 30.

478 GRAIN/GAIA. Conflictos entre comercio global y biodiversidad. Pág. 7.

propiedad intelectual existentes y también por crear nuevos mecanismos que protejan los derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales en el ámbito nacional. A continuación se explican algunos de los alcances del ADPIC y su relación con el tema referido.

3.1 El ADPIC y las Patentes

Cuando se aprobó el ADPIC⁴⁷⁹ uno de sus aspectos más controvertidos fue el contenido en su artículo 27.3(b) sobre la extensión del sistema de patentes a organismos vivos⁴⁸⁰, que dio como resultado lo siguiente:

- a. Las Partes tienen opción de ofrecer protección de patentes a todas las invenciones que empleen recursos genéticos; debe otorgarse protección a microorganismos.
- b. La protección de variedades vegetales debe otorgarse ya sea a través de patentes, o de un sistema sui géneris o la combinación de ambos⁴⁸¹.
- c. Las partes tienen la opción de excluir⁴⁸² las plantas y los animales, excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente

⁴⁷⁹ El ADPIC puede afectar las leyes de patentes en el ámbito nacional, con relación a: Tiempo de Protección: debe durar al menos 20 años. (Art. 33). Inversión de la carga de la prueba: si el objeto de la patente es un proceso para obtener un producto, las autoridades judiciales deben tener la autoridad de ordenar al defendido que pruebe que el proceso para obtener un producto idéntico es diferente del proceso patentado. (Art.34) Licencias: El licenciamiento y el uso por parte del Gobierno de una invención sin autorización del dueño son permitidos pero son sujetos a un número importante de condiciones. (Art. 31). Productos y procesos. Derechos exclusivos deben ser conferidos mediante una patente de producto incluyendo, hacer, usar, ofrecer, vender e importar el producto. Patentes de Procesos deben dar derechos de protección no solo para el uso del proceso, pero también para el producto obtenido del uso del proceso. Los dueños de patentes deben además tener derecho a asignar o transferir por sucesión la patente y concluir contratos de licencia. (Artículo 28).

⁴⁸⁰ No se trata de un tema simple, por ejemplo, las solicitudes para patentar células humanas a partir de muestras obtenidas en pueblos indígenas es cuestionada ética y moralmente por quienes rechazan la idea de apropiarse de la vida mediante la concesión de derecho de propiedad intelectual sobre cualquiera de sus formas.

⁴⁸¹ Punto al que nos referimos con detenimiento en la sección ADPIC y un sistema sui géneris.

⁴⁸² Existen tres excepciones de "exclusión" en el ADPIC:
Artículo 27.2. Los países pueden excluir de la patentabilidad invenciones que puedan alterar el orden público o la moral.
Artículo 27.3 (a). Los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de seres humanos o animales.
Artículo 27.3 (b). Las plantas y los animales, excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos.

biológicos para la producción de plantas o animales⁴⁸³ que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos.

Este mismo artículo, en su apartado 2 y 3.a y 3.b, estipula que los Miembros podrán excluir de la patentabilidad:

- a. Las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación.
- b. Los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales;
- c. 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.

Bajo el ADPIC una vez otorgada la patente los titulares de patentes tendrán asimismo el derecho de cederlas o transferirlas por sucesión y de concertar contratos de licencia y se le confiere a su titular los siguientes derechos exclusivos:

- a. Cuando la materia de la patente sea un producto, el de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen actos de: fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines del producto objeto de la patente;
- b. Cuando la materia de la patente sea un procedimiento, el de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen el acto de utilización del procedimiento y los actos de: uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines de, por lo menos, el producto obtenido directamente por medio de dicho procedimiento.

⁴⁸³ Sobre el particular el límite entre lo patentable y lo no patentable es de difícil establecimiento desde el punto de partida jurídico y ético. Al respecto afirma Reichman: "...existen desacuerdos con relación a la patentabilidad de los llamados producto de la naturaleza y de la materia viva en general; respecto del criterio apropiado para determinar la novedad y el nivel inventivo; para el depósito y el cumplimiento de los requisitos; y el campo apropiado de protección". J.H Reichman. Implications of the draft TRIPs Agreement for developing countries as competitors in an integrated world market. UNCTAD\OSD\DP\73.GE Pág. 9.

Según el artículo 27 (1), “las patentes podrán obtenerse para todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos⁴⁸⁴ en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva⁴⁸⁵ y sean susceptibles de aplicación industrial⁴⁸⁶. Por ejemplo, basado en este artículo los países de la Comunidad Andina de Naciones han definido⁴⁸⁷ que: “Los Países Miembros otorgarán patentes para las invenciones, sean de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas⁴⁸⁸, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial⁴⁸⁹.”

Una invención es una idea nueva que permite en la práctica la solución de un problema determinado en la esfera de la técnica. En la mayoría de las legislaciones relativas a las invenciones, la idea, para ser susceptible de protección legal (ser patentable), tiene que ser nueva en el sentido de que no ha sido publicada o utilizada públicamente; no debe ser evidente, o sea, que no se le ocurra a cualquier especialista del campo industrial correspondiente al que se le pida que resuelva ese problema determinado; y tiene que ser aplicable en la industria, o sea, que se pueda fabricar o utilizar industrialmente⁴⁹⁰ Una invención se considerará nueva cuando no está comprendida en el estado de la

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

485 Resulta difícil determinar un único inventor o titular del invento. Estos se encuentran difundidos y utilizados por muchas comunidades.

486 No se puede garantizar una aplicación industrial inmediata, generalmente necesitan adecuaciones.

487 Artículo 14, Decisión 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial, del 14 de setiembre del 2000.

488 Sólo para el efecto de la determinación de la novedad, también se considerará dentro del estado de la técnica, el contenido de una solicitud de patente en trámite ante la oficina nacional competente, cuya fecha de presentación o de prioridad fuese anterior a la fecha de presentación o de prioridad de la solicitud de patente que se estuviese examinando, siempre que dicho contenido esté incluido en la solicitud de fecha anterior cuando ella se publique o hubiese transcurrido el plazo previsto en el artículo 40. Artículo 16, Decisión 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Países de la Comunidad Andina de Naciones.

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

490 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Introducción a las Patentes, Modelos de Utilidad, Dibujos y Modelos Industriales, Indicaciones Geográficas y Marcas. Mesa Redonda sobre Propiedad Intelectual y pueblos indígenas. Ginebra, 23 y 24 de julio de 1998.

técnica. El estado de la técnica comprenderá todo lo que haya sido accesible al público por una descripción escrita u oral, utilización, comercialización o cualquier otro medio antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida⁴⁹¹.

Una patente⁴⁹² puede definirse como una concesión, por el Estado, de deberes y derechos exclusivos por un tiempo limitado respecto a una invención nueva⁴⁹³, inventiva⁴⁹⁴ y de aplicación industrial⁴⁹⁵. La industria farmacéutica ha tenido, desde sus inicios, una fuerte relación con el sistema de patentes. La patente ha sido considerada su pilar fundamental, y esto precisamente porque algunas de sus innovaciones son de fácil reproducción, lo cual puede causarles grandes perjuicios económicos.

Se otorga así la exclusividad total por un período de 20 años, en donde se garantiza que no se va dar tal imitación. Idealmente, se busca la obtención de la patente de procedimientos y de productos⁴⁹⁶. Los derechos generalmente denominados “derechos exclusivos de explotación” consisten, por regla general, en lo siguiente:

- En el caso de las patentes de productos, el derecho de impedir que terceros realicen actos de: fabricación, uso, oferta a la venta, venta o importación respecto del producto objeto de la invención;

⁴⁹¹ El requisito de novedad es imposible de cumplir por parte de los pueblos indígenas, ya que los conocimientos y prácticas ya han sido comercializadas consuetudinariamente entre las mismas comunidades a lo largo de los años.

⁴⁹² Conviene recordar que el derecho clásico de patentes fue concebido esencialmente para proporcionar protección a las invenciones mecánicas, y que, a diferencia de éstas, las invenciones biotecnológicas presentan la peculiaridad de ser auto replicables, toda vez que la materia viva sea capaz de reproducirse por sí misma. Iglesias Prada J. op. cit., pág. 201.

⁴⁹³ Se considera que una invención es nueva cuando antes de la fecha de presentación de la solicitud de la patente, se ha hecho no accesible al público en el propio país o en el extranjero por una descripción, escrita u oral, por una utilización o por cualquier otro medio.

⁴⁹⁴ Una invención implica una actividad inventiva si aquella no resulta de dominio público, de una manera evidente para un experto en la materia; cuando resuelve problemas técnicos no superados hasta entonces.

⁴⁹⁵ Cuando la invención es susceptible de aplicación industrial, cuando su objeto puede ser fabricado o utilizado en cualquier industria.

⁴⁹⁶ La protección que confiere una patente de invención significa que toda persona que desee explotar una invención deberá obtener la autorización de la persona a quien se ha concedido la patente -denominada “titular de la patente”- para poder explotar la invención. Toda persona que explote una invención patentada sin la debida autorización comete un acto ilícito. Se habla de “protección” puesto que se trata de proteger al titular de la patente contra la explotación no autorizada de la invención. Esa protección tiene una duración limitada. De conformidad con el Artículo 33 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (“el Acuerdo sobre los ADPIC”), concertado en 1994, el plazo de la protección no debe finalizar antes del vencimiento de un período de veinte años contados a partir de la fecha de presentación. OMPI. Principales Aspectos de la Propiedad Industrial. Pág. 6.

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

El tratamiento internacional de las patentes ha sido dado por el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1983, administrada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). El Convenio de París permite que los alcances de la protección de la patente sean definidos por cada país. Por cuestiones éticas, morales, políticas y públicas, muchos estados no permitían patentación de formas de vida. En los Estados Unidos en 1980⁴⁹⁷ patentaron, por primera vez, los organismos vivos, y fue aquí donde se inició la controversia sobre si los instrumentos internacionales debían o no patentar formas de vida. El Convenio de París fue discutido cuando se negoció el ADPIC en 1994⁴⁹⁸.

Las patentes de invenciones incluyen sustancias aisladas o procesos para producir sustancias, grupos de genes, procesos y descubrimientos de la ingeniería genética y microorganismos. En todos estos casos el material biológico es utilizado. Sin embargo, este tiene que ser distinguido de la invención protegida. Sin importar si la patente protege un producto particular, la extensión de la protección no incluye, en ninguna circunstancia, material genético original. Mientras los recursos genéticos son la fuente de material para la investigación y el desarrollo biotecnológico, los derechos de propiedad intelectual se aplican sobre un resultado particular: un proceso útil o producto⁴⁹⁹.

El término “patentes de material biológico” se refiere a aquellas patentes que utilizan, como materia de partida para poder ejecutar la invención, un material de procedencia biológica. Es precisamente la obtención de patentes de invenciones que utilizan, entre otros, como materia prima, semillas, hojas, raíces y que se encuentran en la naturaleza como recurso

⁴⁹⁷ El caso fue el conocido como “Diamond versus Chakrabarty”, en donde se otorga la patente sobre una bacteria que era capaz de cortar el petróleo, con un uso potencial de limpieza. La decisión de la Corte dice: “el peticionario ha producido una nueva bacteria con características diferentes claramente marcadas a las que se pueden encontrar en la naturaleza. Su descubrimiento no es un hecho de la naturaleza, sino suyo por lo tanto es un asunto patentable, bajo la Ley de Patentes” *Walden Jan. Op. cit.*, pág. 128.

⁴⁹⁸ Ver L.Glowka *A guide to Designing Legal Frameworks to Determinate Access to Genetic Resources*, pág. 13.

⁴⁹⁹ Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. *Report of the European workshop on genetic resources issues and related aspects*. Pág. 75.

biológico o genético. La aplicación más extendida de estos materiales es utilizar el extracto o sustancia biológica como ingrediente activo de un medicamento. La mayoría de estas patentes se encuentran, pues, dentro del sector farmacéutico⁵⁰⁰. De acuerdo con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), ciudadanos y corporaciones de los países industrializados tienen el 95% de las patentes en África; casi el 85%, en América Latina; y el 70%, en Asia⁵⁰¹. Es decir, el sistema de patentes opera en gran medida para los países desarrollados⁵⁰².

Sobre el uso de las patentes existen dos corrientes bien definidas, por un lado, aquellos que argumentan que los efectos de estas actuaciones van en detrimento de las comunidades indígenas que no solo no fueron compensadas, y más bien, en algunos casos, han sido robadas, sino que, además, el uso que han venido dando a la planta podría verse restringido, una vez patentado, si lo quisieran usar con fines comerciales. Por otro lado hay quienes creen⁵⁰³ que hay que reconocer que una patente no confiere al titular los derechos absolutos para controlar la necesidad de información que se requiere para poner a prueba el invento. Por el contrario, el titular está obligado a revelar dicha información al público⁵⁰⁴ con el fin de obtener la patente, y el público es libre de intercambiar y utilizar esta información, salvo en el caso de que se tenga el propósito de utilizar el invento. Es decir, es el invento en sí lo que no se puede utilizar, no los elementos que lo componen. Lo que sí se debe tener presente es que el conocimiento tradicional que se utiliza para llegar a una invención podría por medio de una patente ponerse en la esfera del dominio público y por lo tanto no ser susceptible por sí solo a reconocimiento dentro del sistema de derechos de propiedad intelectual porque podría perder su cualidad de inventivo y novedoso. No dejamos de largo la distinción que existe entre en “dominio público” y de “libre

500 Sukhwani Asha, op. cit., pág. 1,2.

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

502 Genetic Resources Action International and The GAIA Foundation. Global Trade and Biodiversity in Conflict. Pág. 7.

503 Documento UNEP/CBD/COP/3/22. Noviembre de 1996, Pág. 7.

504 Según el artículo 29 del ADPIC dentro de las condiciones impuestas a las solicitudes de patentes se encuentran: se exige al solicitante de una patente que divulgue la invención de manera suficientemente clara y completa para que las personas capacitadas en la técnica de que se trate puedan llevar a efecto la invención, y podrán exigir que el solicitante indique la mejor manera de llevar a efecto la invención que conozca el inventor en la fecha de la presentación de la solicitud o, si se reivindica la prioridad, en la fecha de prioridad reivindicada en la solicitud. Se podrá exigir al solicitante de una patente que facilite información relativa a sus solicitudes y las correspondientes concesiones de patentes en el extranjero.

acceso” explica S.Macdonald citado por G.Dutfield⁵⁰⁵ que el hecho de que la patente obligue a referirse a la información no implica que la información sea entendible o descodificada. Siendo que la información que se encuentra en la especificación de patente es en muchos casos solo accesible a aquellos que entienden el lenguaje en que los abogados la pusieron.

Sobre este tema, que es complejo, hay muchos mitos, desinformación y malas interpretaciones. Pareciera que existe una confusión al creer que cuando se patenta una invención que utiliza el conocimiento tradicional su poseedor o poseedores no pueden utilizar más ese conocimiento o material genético; sin embargo, es importante distinguir que la patente solo cubre la invención que se describe o su producto final por lo que no prohíbe al pueblo indígena del uso del conocimiento. Lo que se prohíbe es el uso del conocimiento si es utilizado dentro del mismo proceso o para llegar al producto que lleva a la invención. El argumento de que se ven limitados en el uso del conocimiento es débil para proteger el conocimiento tradicional o lograr la distribución justa y equitativa de su utilización, siendo que en lo que se ven limitados en todo caso es a la invención que tiene como componente su conocimiento tradicional y sus recursos⁵⁰⁶.

Quizás lo que más preocupa es la falta de reconocimiento de que existe un conocimiento que pertenece a los pueblos indígenas que se está utilizando y por lo tanto debe reconocerse. No todo el conocimiento tradicional se encuentra en el dominio público y en todo caso siempre existe una fuente de origen del conocimiento. Los pueblos indígenas⁵⁰⁷ ya han expresado que están dispuestos a compartir sus conocimientos y recursos con la humanidad, siempre y cuando sean ellos quienes definan cuándo, dónde, cómo, por quiénes y en beneficio de quiénes lo harán. Lo que persiguen es que se respeten sus formas de vida, diversidad cultural, tierras, territorios y conocimientos tradicionales.

Un ejemplo de la falta de este reconocimiento es el citado por Bytrom, Einarsson y otros⁵⁰⁸: “La patente sobre la planta ayahuasca (*banisteriopsis caapi*) que los pueblos indígenas de la Amazonía usan ampliamente para curas

⁵⁰⁵ Ver G. Dutfield en *Intellectual Property Rights, trade and Biodiversity*, 2000. Págs. 61-60.

⁵⁰⁶ Según R. Salazar, “la patente como instrumento jurídico permite proteger al titular para que pueda explotar la invención de manera exclusiva durante el período de vigencia de la patente o ceder su uso vía licencia a terceros”.

⁵⁰⁷ Red de Biodiversidad de los Pueblos Indígenas. Segunda Conferencia de las Partes del CDB. Declaración de los Pueblos Indígenas sobre Acceso y Derechos de Propiedad Intelectual. Diciembre de 1995.

⁵⁰⁸ También citan el caso de la planta *Curcuma Longa*, conocida en la India por sus potenciales medicinales y patentados en EE. UU en 1995. En 1996 el Gobierno de la India presentó la queja a la Oficina de Patentes, basados en que no se podía comprender ninguna novedad.

medicinales o propósitos religiosos fue patentada en 1986, en la oficina de Patentes y Registro de Marcas de los Estados Unidos (Reg. No. 5751 del 17 de junio de 1986), por Loren Miller, como una nueva variedad de Ayahuasca denominada Banisteriopsis Caapi (cv) Da Vine. En 1999, el organismo que coordina las organizaciones indígenas de la cuenca del Amazonas (COICA) solicitó al Centro para la Ley Ambiental Internacional (CIEL) que presentara una petición de revisión de la patente. CIEL alegó que Da Vine no era ni nueva ni distinta. Argumentaron también que el conceder la patente era contrario a los aspectos públicos y morales del “Patent Act” debido a la naturaleza sagrada del Banisteriopsis caapi en la región del Amazonas. Se logra así que la patente sea cancelada. Sin embargo, en el año 2001, la patente entra en vigor nuevamente debido a la fecha de la solicitud de la patente, esta no se encontraba cubierta por las nuevas reglas en los EE.UU para el reestudio “inter partes”, por lo cual CIEL no pudo contraargumentar los argumentos realizados por el poseedor de la patente⁵⁰⁹.

Quizá el caso más controvertido es el del *azadirachta indica*, o conocido como “neem”, que es un árbol que crece en la India y que ha sido utilizado tradicionalmente por nativos con fines médicos, cosméticos, como combustible y como insecticida. Los principios y las propiedades del “neem” han sido conocidos y usados en la India por siglos. En este sentido es parte del dominio público. Las comunidades protestaron al Gobierno de la India porque en Estados Unidos se habían concedido patentes utilizando el “neem” como materia prima de partida. La patente se había concedido sobre productos que utilizaban “neem” como materia prima, introduciendo pocas modificaciones en el proceso. La utilización masiva del “neem” por empresas norteamericanas subió el precio de este recurso, y ahora es poco accesible para los pobladores de la India. Las protestas del Gobierno llegaron a foros internacionales⁵¹⁰ e incluso establecieron procesos contra patentes que utilizaban el “neem” en Europa y Estados Unidos de Norteamérica, siendo que los jueces en ambos casos expresaron dudas considerables sobre la inventiva y novedad del producto.

También a fines de los años 80, investigadores franceses y bolivianos, con base en estudios etnobotánicos en la etnia Chimane, un pueblo indígena que habita en las zonas contaminadas con la enfermedad leishmaniasis típica de las zonas tropicales, “descubrieron” la planta llamada evanta,

⁵⁰⁹ Ver información en: http://www.coica.org/sp/ma_documentos/ayahuasca_sp01.html

⁵¹⁰ Sobre el caso completo y detalles sobre las patentes otorgadas a partir del “neem”, véase Research Foundation for Science, Tehnology and Natural Policy. Intellectual Piracy and Neem Patents. The Neem Campaign. New Delhi, India. 1993. V.Shiva; R.Holla-Bhar. Intellectual Piracy and the neem tree. The Ecologist. Vol.23, No.6. November/December, 1993.

que aplicada en forma de cataplasma es usada por este pueblo indígena amazónico para tratar la enfermedad. Hechos los análisis de laboratorio en Francia y en Bolivia se comprobó la gran eficacia de esta planta en el tratamiento de esta enfermedad. Los componentes activos de la familia de los alcaloides fueron bautizados como “chimaninas” en honor al pueblo indígena que aportó su conocimiento tradicional. Sin embargo, sin consultar al pueblo Chimane, los investigadores franceses y bolivianos acudieron al sistema de patentes internacional llamado PCT para patentar este “su descubrimiento” y la patente les fue otorgada al Instituto Francés de Investigación Científica para el Desarrollo en Cooperación, mejor conocido como ORSTOM, por haber “descubierto” un producto natural para combatir la enfermedad, sin contemplar ningún derecho para el pueblo Chimane. Como resultado, los chimanes no tienen ningún derecho a decidir cómo se puede utilizar este producto, y menos a obtener un beneficio en caso de su utilización comercial, incluso a pesar de haber llamado “chimaninas” a los compuestos activos⁵¹¹. En este caso se podría interponer un proceso legal para comprobar las características de invención y novedad de la patente, sin embargo los pueblos indígenas tienen limitaciones para estas acciones. El mismo ADPIC estipula como una medida de exclusión las invenciones que no son nuevas, que no envuelven un proceso inventivo y que son inaceptables de aplicación industrial.

Es importante destacar que con el ADPIC se da la conversión de la carga de la prueba, lo que apunta a que el demandado sea quien tiene que probar que el procedimiento para obtener un producto es diferente del patentado⁵¹². Esto indica que es tarea del dueño de un derecho de propiedad intelectual que este se implemente, y esta no es tarea del Gobierno. Debe identificar los infractores y demandar la parte que está infringiendo su derecho. Para los pueblos indígenas es difícil poder tener este tipo de control o tener los medios para realizar tales demandas. Por otro lado, la protección que se le da a la patente no expedirá hasta transcurrido un período de 20 años⁵¹³, no impidiéndose que se dé por un mayor plazo⁵¹⁴.

Estos son solo algunos ejemplos, a la fecha existen una gran variedad de casos⁵¹⁵ de reclamos de pueblos indígenas en materia de derechos de

⁵¹¹ Caso presentado por Antonio Jacanimijoy en la mesa redonda de la OMPI sobre propiedad intelectual y conocimiento tradicional de 1998.

⁵¹² Artículo 34, ADPIC.

⁵¹³ Ver, Baker & McKenzie. Patents: case law arising from introduction of the new patent law. Latin American Legal Developments Bulletin. Vol.7, No.4. Octubre 1999.

⁵¹⁴ Artículo 33, ADPIC.

⁵¹⁵ El artículo de GRAIN-CAMBIOS, “Patentes, piratería, falsas promesas”, presenta detalladamente 14 casos de patentes otorgadas en diversos países del mundo.

propiedad intelectual bien documentados. Se deja claro que los sistemas de propiedad intelectual tal y como están diseñados no reconocen los derechos de los pueblos indígenas sobre su conocimiento. Que los pueblos indígenas se encuentran en una posición débil por falta de recursos, falta de asistencia legal y la complejidad del tema. Lo cierto del caso también es que por ejemplo el costo de una aplicación de patente en Estados Unidos cuesta alrededor de \$20.000 dólares. Los sistemas de propiedad intelectual deben proteger todos los conocimientos que tienen un valor económico o cultural y que son útiles a la humanidad. Los DPI no deben ser considerados como la única forma de proteger el conocimiento tradicional especialmente porque se limitan únicamente a regular las relaciones comerciales. No se puede en este libro dar una respuesta a todas las situaciones que puedan encontrar, ya que tienen que ser analizadas caso por caso. Lo que sí es una realidad es que el mal tratamiento del tema, y su desconocimiento, hace muchas veces que esta lucha sea vista como poco seria y sin profundidad.

Según R. Salazar, “en la actualidad, por presiones del comercio internacional se tiende a que los países cuenten con sistemas de protección de propiedad intelectual sumamente estrictos, para garantizar que los inventores gocen de los beneficios otorgados por la patente por más tiempo”. Esta situación da origen a que el sistema de patentes no reconozca las contribuciones de las comunidades locales, quienes, por medio de su conocimiento han desarrollado esas variedades patentadas. Sin embargo, existe otro sistema de innovación, que es el sistema de innovación comunal. Al respecto dice V.Shiva: “el sistema de innovación comunal más informal a través del cual los agricultores producen, seleccionan y mejoran cultivos. Las semillas de estos agricultores reflejan la inteligencia, la inventiva y el ingenio de un pueblo”. Esta misma inventiva es la que utilizan las comunidades indígenas cuando usan una planta para curar una enfermedad, cuando mezclan varios extractos vegetales para aliviar un mal⁵¹⁶.

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

⁵¹⁶ La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual ha planteado dos aspectos que se contemplan dentro de la posibilidad del uso de los sistemas de propiedad intelectual para proteger el conocimiento tradicional: 1- *Asuntos legales*: necesidad de explorar el papel potencial de los sistemas de propiedad intelectual con relación a la protección del conocimiento tradicional. Tomando en consideración que existen muchos ejemplos de conocimiento tradicional que podrían ser protegidos mediante el sistema de propiedad intelectual actual; y que hay retos para mejorar el sistema legal de los derechos de propiedad intelectual. 2- *Asuntos Operativos*: costos asociados con los costos de las patentes, poco conocimiento de los sistemas de propiedad intelectual. Probablemente el abordar estos dos aspectos podría darnos una mejor visión de la situación y posibles expectativas a largo plazo. OMPI. Op. cit., Págs. 15 y 16.

- El costo del registro de derechos de propiedad intelectual es inaccesible a pueblos indígenas⁵¹⁷.
- La concesión de derechos de propiedad intelectual no se extiende al material que se encuentra en el dominio público, siendo que una parte importante del conocimiento indígena ya está en el dominio público.
- Los criterios para obtener patentes como novedad, invento⁵¹⁸, reproductividad y aplicación industrial no son relevantes para la protección del conocimiento tradicional.
- No incluyen la posibilidad de derechos colectivos, entre ellos, para generaciones pasadas o futuras. En este sentido, se excluye la posibilidad de conceder protección cuando no se identifica el inventor, impidiendo proteger la innovación colectiva realizada durante muchos años por comunidades indígenas y locales⁵¹⁹.
- No toman en cuenta las leyes consuetudinarias ya existentes en relación con derechos de propiedad en pueblos indígenas y comunidades locales.

Los derechos de propiedad intelectual, especialmente según los ADPIC, solo reconocen el conocimiento y la innovación cuando generan beneficios económicos, no cuando únicamente solucionan necesidades sociales. Es para la industria de los recursos genéticos y no para los pequeños de la sociedad⁵²⁰.

Sin embargo, y a pesar de estas limitaciones, los sistemas de propiedad intelectual son una realidad y el que las patentes no sea el mecanismo más adecuado para proteger el conocimiento tradicional existe la posibilidad el promover que los registros públicos de propiedad intelectual de los

⁵¹⁷ Dentro del reporte de la OMPI sobre "propiedad intelectual y conocimiento tradicional" se argumenta que el costo asociado al uso de los sistemas de propiedad intelectual no hace al sistema totalmente injusto, particularmente si se pueden encontrar vías para bajar los costos o asistir a personas indigentes y comunidades a usar el sistema si ellos así lo desean. Op. cit., pág 15.

⁵¹⁸ Se orienta a proteger la inventiva entendida desde el punto de vista industrial y no desde el punto de vista de innovación comunal informal.

⁵¹⁹ No todos los derechos de propiedad intelectual son individuales. Se incrementa el número de invenciones en donde las creaciones son hechas por grupos de personas conocidas como co-inventores o co-autores, términos reconocidos por el sistema de propiedad intelectual. Se deben buscar nuevas formas de sistemas colectivos de protección basados también en el derecho consuetudinario. Ver OMPI. Reporte sobre propiedad intelectual y conocimiento tradicional. 2001.

⁵²⁰ Suikkari. Op. cit., pág. 9.

países promuevan una revisión rigurosa de las aplicaciones de patentes, incluso diseñando un sistema en que se pueda detectar si se está utilizando conocimiento tradicional sin la autorización de sus propietarios (este podría ser el caso de que existiera un registro de conocimientos tradicionales). Otra medida es que las leyes de propiedad intelectual contemplen aspectos que permitan la protección de este conocimiento, estipulando los alcances, por ejemplo, del requisito de novedad de la invención.

3.2 ADPIC y un sistema *sui generis* de protección

En relación con la protección de obtenciones vegetales mediante un sistema eficaz "*sui generis*", es decir un sistema de especie o género muy singular y excepcional, algunos ven esto como una oportunidad para desarrollar un sistema que introduzca la protección de recursos tradicionales en las negociaciones de la Organización Mundial del Comercio (WTO), y desde allí, convertirse en un verdadero foco de atención y de acción. Otros opinan que un sistema de derechos *sui generis* sería compatible con el artículo 11 del CDB en el tanto se llama a las Partes a adoptar medidas económicas y socialmente idóneas que actúen como incentivos para la conservación y la utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica. Aquí se persigue la idea de un sistema legal especial que provea incentivos económicos a los responsables de preservar la diversidad biológica⁵²¹. Sin embargo, a nuestro parecer, sobre esta última interpretación, no hay nada más lejos de la realidad que ver el derecho a distribución justa y equitativa como un incentivo. Lo que se persigue, finalmente, con un sistema *sui generis* es la protección de los derechos para asegurar beneficios equitativos no solo para dar un premio a quienes protegen los recursos.

El ADPIC abre una ventana cuando plantea la posibilidad de crear un sistema *sui generis*. Al respecto, también el artículo primero de los ADPIC establece que los países pueden ampliar el ámbito de protección más allá de lo establecido en el propio acuerdo, lo cual, según J. Caillaux, podría significar que los países puedan extender la protección a los productos resultantes de la innovación informal y al conocimiento tradicional. Desde esta perspectiva, se da un espacio para que los países introduzcan un sistema particular o especial que responda a las necesidades de las comunidades indígenas y locales y que introduzca los conceptos de "propiedad colectiva" y "derechos originarios" como la base de su desarrollo⁵²². En este sentido la

⁵²¹ Waldem . Op. cit., pág. 130.

⁵²² Ver, B.Tobin. *Protecting indigenous and local community rights*. Reflections on some lessons learned the hard way. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Agosto, 1996.

atención debe estar enfocada al diseño de regímenes nacionales que sirvan a los intereses del país en términos de bienestar público y el interés privado de los dueños de la invención.

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

Algunos miembros de comunidades indígenas manifiestan su temor de utilizar este tipo de registros, ya que temen que se podría no guardar la confidencialidad necesaria en algunos casos, y que estos conocimientos pasarían al dominio público, imposibilitando aún más su posibilidad de protección como un derecho de propiedad intelectual. En este sentido antes de determinar la existencia o no de este tipo de registros, se debe establecer un sistema *sui generis* de protección de los conocimientos que permita el reconocimiento de la fuente origen, aunque el conocimiento se encuentre en el dominio público. Si este supuesto se da, entonces, los registros tomarían un gran valor ya que determinarían a quién o quiénes pertenecen cuáles conocimientos.

También hay quienes tienen dudas de la eficacia que pueda tener a largo plazo la expansión de los sistemas de propiedad intelectual aún en su versión nueva "*sui generis*" para proteger el conocimiento tradicional de los pueblos indígenas. Indica J. Magube y otros⁵²³ que los registros podrían ocasionar un gasto potencial y burocracia, así como la discordia que se puede generar cuando una comunidad y no otra recibe protección de sus derechos de propiedad intelectual. Otro inconveniente podría ser el hecho de que las comunidades rurales difícilmente podrían darse cuenta de en qué momento su conocimiento protegido será utilizado con fines comerciales, especialmente en países lejanos.

Al menos que se comiencen a buscar alternativas viables para la protección del conocimiento tradicional asociado al acceso de recursos genéticos, los pueblos indígenas seguirán siendo víctimas de la piratería del conocimiento. Es urgente establecer un reconocimiento en términos de igualdad de la

⁵²³ Op. cit., pág. 13.

creatividad⁵²⁴ de los pueblos indígenas. Para V. Shiva, necesitamos un sistema de protección de derechos de propiedad intelectual que reconozca la innovación autóctona, aunque difiera de la que se verifica en los sistemas industriales tanto en su estructura como en su proceso y motivación. Sería determinante que los países que accedan a recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado, hicieran cambios en sus sistemas de derechos de propiedad intelectual obligando a las compañías a reconocer el país de origen del material y el pueblo indígena del que están obteniendo el conocimiento que los llevaron o pueden llevar a la innovación para la cual se busca protección jurídica⁵²⁵.

Algunas de las sugerencias del contenido que podría⁵²⁶ tener un sistema sui generis para la protección del conocimiento tradicional, innovaciones y prácticas indígenas son:

- Se reconocen los derechos de propiedad colectiva de las comunidades indígenas sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas, aun en los casos que estos se encuentren en el dominio público.
- Determinar formas⁵²⁷ para la distribución equitativa de beneficios que se obtengan por el uso comercial de la propiedad colectiva de las comunidades indígenas.
- Identificar, dentro de las comunidades, quién o quiénes son los autorizados para conceder acceso a los recursos o al conocimiento tradicional asociado. En otras palabras, determinar quién es la persona física o jurídica con legitimación para ejercer estos actos.
- Determinar la posibilidad de dar permisos o concesiones de uso, mas no de propiedad, de sus derechos colectivos. Los derechos de Propiedad colectivos, en este sentido, serían inalienables, imprescriptibles y no susceptibles de apropiación por parte de terceros.

⁵²⁴ Resulta interesante cómo la Decisión 345 del Acuerdo de Cartagena señala, en su artículo cuarto, que se entiende por crear "la obtención de una nueva variedad mediante la aplicación de conocimientos científicos al mejoramiento heredable de las plantas", dejando por fuera la posibilidad, para los pueblos indígenas, de encajar en esta definición.

⁵²⁵ Ver, *Convention on Biological Diversity. Patents using biological source material and mention of the country of origin in patents using biological source material. Submission by the government of Spain. Bratislava. Slovakia. Mayo, 1998.*

⁵²⁶ La facultad de definir el contenido de un sistema sui generis está en las comunidades indígenas y locales. Los profesionales expertos en el campo podrían apoyar plasmando sus manifestaciones en una forma apropiada al entendimiento de la colectividad.

⁵²⁷ Algunas de estas formas podrían ser fideicomisos, fondos de compensación, fondos rotativos, pagos de regalías a largo plazo, pagos preliminares, transferencia de tecnología, compra de equipo, programas de salud, educación, etc.

- Se determina la fuente o fuentes de origen del derecho de propiedad colectiva. Es decir, se determina la comunidad o comunidades de donde proviene el conocimiento, las innovaciones o las prácticas.

En 1992, en Río de Janeiro, las ONG latinoamericanas, reunidas paralelamente al Comité Intergubernamental del CDB, declararon: “Es necesario efectuar una revisión crítica de los sistemas de propiedad intelectual y oponerse a las corrientes internacionales que proponen el establecimiento del patentamiento sobre formas de vida”⁵²⁸. Estas y otras opiniones en este sentido son en gran medida consecuencia de que las deliberaciones para los ADPIC⁵²⁹, en el seno del GATT, se realizaron sin coordinación con el Convenio sobre la Diversidad Biológica, y sin una participación activa de las organizaciones no gubernamentales.

3.3 UPOV⁵³⁰ como Alternativa

Al indicar que los miembros otorgarán protección a “todas” las obtenciones vegetales por medio de patentes o un sistema “eficaz” sui generis, cabe la duda de cuál es la interpretación que se da a “eficaz”⁵³¹. Para algunos⁵³², el único sistema eficaz es el considerado el Convenio de la Unión para la Protección de nuevas variedades vegetales UPOV⁵³³, y la palabra “todas”

⁵²⁸ En torno a este tema se han realizado varias reuniones dentro de las que se pueden destacar: la reunión de pueblos indígenas realizada en Phoenix, Arizona en 1995 de la que se desprende la “Declaración de los pueblos indígenas del hemisferio occidental en relación al proyecto genoma humano; y la reunión indígena realizada en Panamá en noviembre de 1997 de la que desprende la “Declaración de Ukupseni sobre el Proyecto Diversidad del Genoma Humano. Ver A. Atencio. Pág. 3.

⁵²⁹ Caillaux, J. Los TRIP se desarrollan con el objeto de fortalecer los sistemas de propiedad intelectual en los países en desarrollo. 1996.

⁵³⁰ Unión para la Protección de Variedades Vegetales.

⁵³¹ El significado exacto de esta palabra no se sabrá hasta que termine la revisión en el seno de la OMC del artículo 27.3 (b). Algunos expertos; sin embargo, han expresado sus consideraciones: para Leskien y Flitner un sistema eficaz sui generis sería una que simplemente diera remuneración al obtentor de la variedad vegetal. Para “the international breeders association for asexually-reproduced plants” un eficaz sistema sui generis es que da una protección similar a una patente. GRAIN. Trips versus Biodiversity. Pág. 6.

⁵³² Ver J.Caillaux. Los derechos de propiedad intelectual sus relaciones con la diversidad biológica y la protección de los derechos de los países amazónicos, especialmente de comunidades indígenas y locales sobre sus conocimientos innovaciones y prácticas. Pág. 17.

⁵³³ La Unión para la Protección de Nuevas Variedades Vegetales (UPOV) es un grupo de 40 países que aplican este tipo de leyes dentro de un marco común: El Convenio UPOV. Las variedades vegetales en el sistema de la UPOV están destinadas a fomentar una agricultura industrializada y genéticamente uniforme. Esto concuerda con la concepción de la OMC de obtener las ganancias económicas máximas del comercio; pero es totalmente opuesto a las premisas de la agricultura sustentable y los objetivos de la CDB sobre protección del medio ambiente. GRAIN. Revista Biodiversidad, número 18 Pág. 29.

incorpora las obtenciones vegetales desarrolladas tradicionalmente por pueblos indígenas y comunidades locales que no responden al ámbito del Convenio UPOV.

El Convenio es un acuerdo multilateral establecido en 1961 y tiene un Secretariado en Ginebra, dentro Naciones Unidas, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Ofrece a sus miembros reglas comunes para el reconocimiento y protección de nuevas obtenciones vegetales. El texto original de UPOV fue revisado en 1972, 1978 y 1991. Después de abril de 1999, las partes solamente podrán adherirse a la versión de 1991.

La protección de derechos sobre obtenciones vegetales es otorgada a variedades que son nuevas, distintas⁵³⁴, uniformes⁵³⁵ y estables⁵³⁶. De esta forma los creadores de estas variedades son reconocidos y se les otorgan derechos exclusivos o derechos privados sobre la variedad⁵³⁷. La protección de variedades vegetales se basa en el reconocimiento que una sociedad hace a la actividad de mejoramiento vegetal como una valiosa herramienta para el bienestar general y crea un incentivo a dicha actividad, que finalmente redundará en el desarrollo de la agricultura, horticultura y silvicultura a través del reconocimiento de un derecho a los creadores de variedades vegetales mejoradas. Esto implica que los agricultores tienen que pagar regalías sobre cada compra de semillas y solo los que tengan licencia pueden reproducir la variedad para el comercio.

El Acta de 1978 no exige la autorización del obtentor de la variedad para la utilización repetida de la variedad vegetal más que en el caso de producción con fines comerciales de otra variedad; sin embargo, en la versión de 1991, se requiere la autorización del obtentor para la producción o reproducción; la preparación para los fines de la reproducción o la multiplicación; la oferta

⁵³⁴ Significa que son distintas de cualquier otra variedad. Esta se considera distinta si ella se diferencia de otra variedad cuya existencia, en la fecha de presentación de la solicitud es notoriamente conocida. Ver artículo 7, UPOV-1991.

⁵³⁵ Significa que todas las plantas en cuestión deben tener las mismas características. Debe ser suficientemente uniforme en sus caracteres esenciales, salvo variación previsible. Ver, artículo 8. UPOV.1991.

⁵³⁶ Debe mantener las mismas características en las siguientes generaciones. Sus caracteres esenciales permanecen inalterables durante sus reproducciones o multiplicaciones sucesivas, o, en caso de ciclo particular de reproducciones o multiplicaciones, a la finalización de cada ciclo. Artículo 9. UPOV.1991.

⁵³⁷ Los derechos de los cultivadores de plantas no proveen un interés directo en los componentes silvestres de biodiversidad. Sin embargo, al igual que las patentes de servicios, tales derechos pueden agregar valor a los cultivadores de plantas derivados de hábitats silvestres. Ver, M.Gollin. Marco Legal de los derechos de Propiedad Intelectual para la prospección de la biodiversidad. En World Resources Institute. *Prospección de la Biodiversidad*, 1994.

en venta; la venta o cualquier otra forma de comercialización; la exportación y la importación, y la posesión para cualquier otro fin. Se afirma que estos nuevos criterios pueden ir en contra de los derechos de los agricultores. En la versión de UPOV acta de 1978, hay dos excepciones al monopolio del comercio: los agricultores pueden guardar semillas para su propio uso y los obtentores⁵³⁸ pueden usar la variedad para crear otras nuevas.

Algunos miembros de la OMC, en particular Estados Unidos, están abogando⁵³⁹ porque se inserte una referencia al Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, "UPOV-1991" en el texto de ADPIC como un modelo de legislación *sui generis*⁵⁴⁰. Los Países no están forzados a adoptar UPOV y con ello a poner este tipo de protección sobre obtenciones vegetales; sin embargo, tendremos que decir que los países en desarrollo están enfrentando una serie de campañas para que lo acojan dentro de sus sistemas legales⁵⁴¹. La OMPI y la Organización Mundial del Comercio, conjuntamente con UPOV, han realizado una serie de seminarios⁵⁴² para explicar a los países en desarrollo que una forma de cumplir con el artículo 27.3 (b) del ADPIC es adoptando el UPOV⁵⁴³.

Los derechos del obtentor, una vez obtenida la protección, implican que sería necesaria una autorización de éste en relación con el material de reproducción o multiplicación de la variedad protegida para: la producción o reproducción; el acondicionamiento a los fines de reproducción o multiplicación; la oferta en venta; la venta u otra forma de comercialización; la exportación; la importación; la posesión para producción, reproducción, o importación. El obtentor; además, podrá supeditar su autorización a

⁵³⁸ Se entiende por obtentor: la persona que ha creado o descubierto y puesto a punto una variedad. Artículo 1. UPOV.

⁵³⁹ No hay una memoria o documento diplomático en las negociaciones del ADPIC, que indique oficialmente de donde se desprenda que la intención del artículo 27 .3 (b) con relación a *sui generis* se refería a UPOV o por qué esto no es mencionado. GRAIN. Synopsis to sui generis rights. Chapter I: The International Context of the sui generis rights debate. Pág. 9.

⁵⁴⁰ La Protección de variedades de obtenciones vegetales es uno de los sistemas *sui generis* de derechos para obtenciones vegetales.

⁵⁴¹ Ver, GRAIN. TRIPS versus Biodiversity: What to do with the 1999 review of article 27.3(b)?. Mayo 1999.

⁵⁴² Se han realizado talleres en Ginebra para países en desarrollo (febrero 1999); en marzo de 1999 en Bangkok y en mayo del mismo año en África Angloparlante.

⁵⁴³ El adoptar UPOV, o sistema similar de protección *sui generis* para implementar el ADPIC, es demasiado peligroso para un país que está comprometido con el CDB o con agricultura sostenible. La razón para los puntos de vista negativos sobre UPOV y la razón por la cuál la Unión para Protección de Variedades Vegetales ha sido tan lenta en atraer nuevos miembros desde 1961 puede ser expresada por las consecuencias experimentadas por los países industrializados. Ver, GRAIN. Ten reasons not to Join UPOV. Mayo 1998.

condiciones o limitaciones. La protección que se otorgue no podrá ser inferior a 20 años.

Lo cierto del caso es que algunos países desarrollados ya han expresado en repetidas ocasiones que cuando se redactó el ADPIC, se pensaba como sistema *sui géneris* precisamente el UPOV, y que este era el sistema que ellos aceptarían. Lo más importante para los países en desarrollo es saber que no están obligados a adoptar UPOV y que quizá lo más sensato sería abogar por una ampliación del plazo de implementación del artículo 27.3 (b) del ADPIC - ya que venció en enero del 2000 - para permitir en forma pausada proseguir con la revisión en el seno de la OMC de este artículo y diseñar otras opciones *sui géneris*.

Los plazos se vencen y las presiones por adoptar mecanismos de protección son evidentes. Por ejemplo, durante la negociación del Acuerdo de Libre Comercio entre los países de Centroamérica y los Estados Unidos, conocido como CAFTA, uno de los tópicos más polémicos ha sido la posibilidad de que se establezca la necesidad de ratificar el Convenio de UPOV 1991 o de diseñar un sistema, sin que formalmente lo ratifique, pero que se base, en general, en los contenidos de éste. Costa Rica en noviembre del 2003, presentó, mediante el expediente No 15487, el proyecto de Ley de Protección de los Derechos de los Fitomejoradores como un mecanismo *sui géneris* alternativo⁵⁴⁴.

3.4. La Revisión del Artículo 27.3 (b) del ADPIC

Los países en desarrollo tenían esperanzas que con el proceso de revisión del artículo 27.3(b) del ADPIC, algunas de estas inquietudes podrían ser debatidas. Algunos tenían comentarios esperanzadores, como que con la revisión se cambiarían las disposiciones de obtención de patentes de variedades vegetales, o que se establecería un sistema concreto de protección *sui géneris*. Algunos menos positivos indican que fue solo una reunión que se aceptó para apaciguar los ánimos de los países en desarrollo durante la aprobación de los ADPIC en 1994.

El proceso se inicia un año antes de la fecha límite para implementar el artículo. La primera reunión del Consejo se da en diciembre de 1998, ocasión en que se le da el mandato a la Secretaría de la OMC de recolectar información sobre la implementación del artículo, no obstante la fecha límite

⁵⁴⁴ Al respecto ver J. Cabrera Medaglia. La reciente propuesta costarricense de sistema *sui generis* para la protección de los derechos del fitomejorador a la luz de la OMC y las negociaciones del CAFTA. Documento para discusión. Diciembre del 2003.

aún no vencía. En la siguiente sesión de febrero de 1999, se recomienda a la Secretaría que ordene la información de manera que sea más fácil de absorber. El Consejo de reúne nuevamente en abril de 1999, en esta ocasión Europa y Estados Unidos indican que debe ser completada la revisión con relación a la implementación del artículo.

Para la sesión del Consejo de Julio de 1999, comienzan las discusiones sobre la sustancia del artículo. La India presenta un documento que contiene unos lineamientos básicos y problemas que tienen los países en desarrollo. El documento contiene dos dimensiones principales: el problema ético de patentar formas de vida y la necesidad de reconocer un sistema informal de innovación.

Según el informe del Centro Internacional de Comercio y Desarrollo Sostenible⁵⁴⁵, en octubre de 1999, se reúne nuevamente el Consejo de ADPIC para hacer la revisión del artículo en mención, en vista de que tal y como se había acordado la fecha de implementación dada a los países en desarrollo estaba por cumplirse en el año 2000.

Dos documentos principales llaman la atención: la propuesta presentada por la India y la de Estados Unidos. India basa su propuesta en relación con el artículo 27.3(b), enfocándola a aspectos de conocimiento tradicional y problemas asociados con el manejo de la propiedad intelectual en áreas con una fuerte tradición oral. Insiste en la necesidad de reconciliar los ADPIC con el Convenio sobre la Diversidad Biológica; y advirtió a los países en desarrollo que se esperaran antes de implementar sistemas sui géneris ofrecidos en el único modelo de países en desarrollo⁵⁴⁶. La India fue apoyada, entre otros, por Kenia, Pakistán, Egipto, Brasil, Ecuador, Perú y Paraguay⁵⁴⁷.

La segunda propuesta fue la de Estados Unidos, basada en un texto de propiedad intelectual, su propio modelo de patentes, indicando que este

⁵⁴⁵ Bridges Weekly Trade News. Digest Volumen 3. Number 42. Del 25 de octubre de 1999.

⁵⁴⁶ Malasia pide a la Secretaría de OMC que prepare una lista de opciones de sistemas sui géneris, que no sean las ofrecidas por la Unión para la Protección de Nuevas Variedades de Plantas -UPOV-. Los Estados Unidos de Norte América, han indicado en varias ocasiones que -UPOV-1991 es lo que consideran un sistema sui géneris que no existe conflicto entre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Europa apoya esta idea, sin embargo, ha indicado que está preparada para tomar en consideración la necesidad de tratar el tema ético y que esto podría proveer de protección al conocimiento tradicional. Bridges. Año, 4. No.2. Pág. 3.

⁵⁴⁷ La India ha pedido que la intención se centre en dos puntos: Si patentar formas de vida es aceptable desde la perspectiva ética y la necesidad de reconocer sistemas informales de innovación especialmente en relación con la biodiversidad. *Ibidem*.

sistema ha sido de beneficio y estimulante para la investigación y el desarrollo. Estados Unidos indicó que estaba en desacuerdo con la India ya que el conocimiento tradicional no estaba dentro del alcance del artículo 27(3)b y que, además, la OMPI estaba trabajando ya en esa área. Esta posición fue apoyada por Suiza, Canadá, Japón, Australia y Korea⁵⁴⁸.

El grupo de Africa presenta formalmente su propuesta de Seattle - se describe a continuación -. El acuerdo final de la reunión fue que los miembros seguirían discutiendo el asunto en el proceso de revisión en el 2000 y que el Director del Consejo ADPIC realizaría reuniones informales con delegados para intentar llegar a acuerdos.

Entre julio y octubre del 1999, casi 100 países en desarrollo firmaron cerca de 10 propuestas⁵⁴⁹ para reformar los ADPIC en lo relacionado con biodiversidad y conocimiento tradicional. Muchas de las propuestas a los ADPIC han sido incorporadas en el borrador de la OMC, Declaración

548 Al respecto ver, article 27.3 (b): Views of the United States of America, paper presented at the TRIPs Council, WTO, Geneva, 20 October 1999. GRAIN. [For a Full review of a TRIPs 27.3 \(b\)](#), Barcelona, Spain. March 2000.

549 Las propuestas oficiales de los países en desarrollo para la revisión o renegociación de los ADPIC con relación a biodiversidad y conocimiento asociado (1999) son las siguientes: 1) Kenya: Cinco años de extensión del período de transición. Armonizar ADPIC y CDB, Ampliar el artículo 27. 3(b) de manera que se incluya la protección del conocimiento tradicional. 2) Venezuela: Introducir un sistema de derechos de propiedad intelectual para el conocimiento tradicional de pueblos indígenas y comunidades locales reconociendo sus derechos colectivos. 3) Grupo de África: El proceso de revisión debe ser extendido y con ello el período de transición. La revisión debe aclarar el no patentamiento de plantas, animales y microorganismos. Un sistema sui géneris debe permitir la protección de derechos comunitarios. Armonizar ADPIC y CDB. 4) Grupo de Países menos Desarrollados (LDC): Extender el período de transición. No patentamiento de plantas, animales o microorganismos. Las patentes no deben ser otorgadas sin un consentimiento informado previo, Las patentes inconsistentes con el artículo 15 del CDB no deben ser otorgadas. Sistemas sui géneris deben ser flexibles. 5) Jamaica, Sri Lanka, Tanzania, Uganda, Zambia: no se debe patentar plantas sin un consentimiento informado previo del gobierno y de las comunidades del país de origen. 6) Asociación de Sur de Asia para la Cooperación Regional (SAARC): Se debe prevenir la piratería del conocimiento tradicional. Debe haber armonización entre el ADPIC y CDB para asegurar apropiados retornos a las comunidades tradicionales. 7) África del Sur Cooperación para el Desarrollo (SADC): El período de transición debe ser extendido. La revisión del artículo 27. 3 (b) debe contener la armonización del ADPIC y CDB y retener la posibilidad de un sistema sui géneris. No deben patentarse procesos microbiológicos. 8) Grupo de 77 países desarrollados (G77): Negociaciones futuras deben hacer operativas las regulaciones relativas a la transferencia de tecnología, a las mutuas ventajas de productores y usuarios de conocimiento tecnológico y buscar por mecanismos por una balanceada protección de los recursos biológicos y disciplinas para proteger el conocimiento tradicional. 9) Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua y Perú: iniciar negociaciones para el establecimiento de un marco legal multilateral que daría protección efectiva a las expresiones y manifestaciones de conocimiento tradicional. Veer, GRAIN, [For a Full Review of Trips 27.3\(b\): an update on where developing countries stand with the push to patent life at WTO](#), March 2000.

Ministerial de Seattle. Entre ellas, la propuesta de Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua y Perú sobre protección del conocimiento tradicional de comunidades indígenas y locales. Esta propuesta llama a negociaciones para establecer un marco legal multilateral que proporcionaría protección efectiva a las expresiones y manifestaciones de conocimiento tradicional. La posición de África⁵⁵⁰, una de las más comprensivas, pedía la extensión del tiempo límite - enero 2000- para aplicar el artículo 27. 3 (b) del ADPIC para los países en desarrollo de manera que la revisión del artículo en mención se diera apropiadamente⁵⁵¹.

Sin embargo, para sorpresa de muchos, las negociaciones sobre esta Declaración se iniciaron en Seattle el 3 de diciembre de 1999 y, cuatro días después, fueron suspendidas con la intención de establecer puentes sobre las áreas en las que no había podido llegar a consenso. Todas las propuestas presentadas quedaron pendientes y no hay una línea clara de cómo se procederá. Las razones de esto se atribuyen a varios factores, entre otros: una ambiciosa agenda, falta de transparencia en las negociaciones, y la reunión fue convocada antes de su tiempo⁵⁵².

En marzo⁵⁵³ y en junio⁵⁵⁴ del 2000, se realizaron reuniones del Consejo de ADPIC, teniendo en agenda la revisión del artículo 27.3 (b); ambas reuniones se enfrascaron en discusiones sobre procedimientos y cómo continuar las negociaciones con muy pocos resultados.

550 Pueblos, organizaciones no gubernamentales, parlamentos, abogados y académicos de las ciencias alrededor del mundo han pedido a sus gobiernos que apoyen la posición de África. Esto indica un fuerte soporte público que no debería ser ignorado. Al grupo de África le gustaría que, por medio de la revisión del artículo, las patentes de forma de vida fueran prohibidas, incluyendo procesos microbiológicos. GRAIN. *For a Full Review of TRIPS 27.3 (b)*. Págs. 4 y 9.

551 Ver, Comunicación de Kenya a nombre del Grupo Africano. OMC. Ginebra, WT/GC/W/302 del 6 de agosto de 1999.

552 International Center for Trade and Sustainable Development. *Bridges Digest Vol.3, number 47*. December 8, 1999.

553 El Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio de la OMC se reunió el 21 y 22 de marzo del 2000. Sin embargo, las discusiones giraron en torno a procedimientos. Los miembros decidieron analizar en forma más estructurada la manera en que el conocimiento tradicional y los derechos de las comunidades podrían ser protegidos en conformidad con los ADPIC. No se discutieron plazos vencidos para la aplicación del Acuerdo -ADPIC- y se acordó que el Consejo comenzará un proceso de examen de la legislación de propiedad intelectual en los países en desarrollo.

554 El Consejo ADPIC se reunió seguidamente del 26 al 30 de junio en donde ni siquiera se pudo llegar a acuerdos sobre cómo continuar las discusiones. Se planteó la necesidad de explorar relaciones con la Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Una de las áreas más controvertidas fue la revisión del artículo 27.3 (b) sobre exclusiones a la patentabilidad de organismos vivos. Al respecto ver: *International Centre for Trade and Sustainable Development. Puentes. Entre Comercio y Medio Ambiente. Vol.2, No.4, febrero-marzo 2000. Pág. 8 y Puentes, Entre Comercio y Medio Ambiente. Vol. 3, No.1, junio-agosto 2000.*

Entre el 27 de noviembre y el 1 de diciembre del 2000, el Consejo del ADPIC sesionó nuevamente con una agenda bastante controvertida, entre varios, la revisión del artículo 27.3. (b), conjunto con discusiones informales sobre la relación del CDB y el ADPIC. Brasil continuó empujando - posición presentada en setiembre⁵⁵⁵ - la expansión del ADPIC para cubrir áreas más allá de las preocupaciones exclusivas de propiedad intelectual, proponiendo enmiendas específicas al artículo 27.3 (b)⁵⁵⁶.

La relación entre el ADPIC y CDB fue discutida en consultas informales, sin embargo, la línea de pensamiento no ha cambiado, algunos países, como por ejemplo Brasil y la India, ven conflicto entre los dos cuerpos normativos, mientras que otros no piensan que ambos cuerpos normativos pueden aplicarse sin conflicto y quieren que la discusión del CDB salga del ADPIC. En cuanto a la inclusión de la Secretaría del CDB con status de observador del ADPIC, Estados Unidos y Suiza se opusieron, indicando que los requisitos para establecer un status de observador tenían que discutirse primero⁵⁵⁷.

En la Cuarta Conferencia Ministerial de la OMC, celebrada en Doha, Qatar, del 9 al 14 de noviembre de 2001, se adoptó la Declaración de Doha que prevé que la labor llevada a cabo en el Consejo de los ADPIC relativa a los exámenes (el examen del párrafo 3 b) del artículo 27 o al examen del Acuerdo sobre los ADPIC en su totalidad, previsto en el párrafo 1 del artículo 71) y a cualquier otra cuestión relativa a la aplicación (tanto dentro como fuera del marco de la OMC), debería abarcar también los aspectos siguientes: la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica, la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore, y otros nuevos elementos pertinentes señalados por los Gobiernos Miembros en el examen del Acuerdo sobre los ADPIC. Al realizar dicha 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

⁵⁵⁵ Ver BRIDGES Weekly Trade News Digest, Vol.4 No. 36, 26 September 2000.

⁵⁵⁶ Estas enmiendas permitirían a los miembros a poner condiciones sobre patentes cuando es necesario. Las previsiones incluyen enmiendas que permitirán: a) revelar la fuente de material genético; b) revelar el conocimiento tradicional usado para obtener el material; mostrar evidencia de una distribución de beneficios justa y equitativa; c) mostrar evidencia de que la patente tiene consentimiento del gobierno de la comunidad de donde el material fue obtenido. El documento también señala la importancia de una protección sui generis para variedades de plantas, asuntos éticos relacionados con las patentes de formas de vida; conservación y usos sustentables de material genético, los conceptos de conocimiento tradicional y derechos de los agricultores. Retomado de: TRIPs Council Discusses Relationship With CBD. BRIDGES Weekly Trade News Digest - Vol. 4, Number 46, 5 December, 2000.

⁵⁵⁷ Ver, TRIPs Council Discusses Relationship With CBD. BRIDGES Weekly Trade News Digest - Vol. 4, Number 46 5 December, 2000

y tendrá plenamente en cuenta la dimensión del desarrollo. A la fecha en el Consejo del TRIPs, a la luz del Mandado de Doha, una discusión profunda del contenido de dicho artículo no ha sido realizada, a pesar de que diversas propuestas fueron presentadas especialmente durante la reunión del Consejo de junio del 2003.

Según la Organización Mundial del Comercio⁵⁵⁸ temas planteados en los debates celebrados en el Consejo de los ADPIC, incluyen los siguientes:

- la manera de aplicar las disposiciones vigentes del Acuerdo sobre los ADPIC relacionadas con la patentabilidad de las invenciones biotecnológicas. Entre otras cosas, se ha debatido la medida en la cual deberían ser patentables las formas de vida.
- el significado de una protección efectiva "sui generis" para las obtenciones vegetales (es decir, en lugar de patentes, conforme a las versiones del Convenio de la UPOV de 1978 y 1991). Ello incluye la cuestión de permitir a los agricultores que sigan guardando e intercambiando las semillas que han cosechado;
- la forma de abordar los conocimientos tradicionales, el folclore y el material genético, así como los derechos de las comunidades de procedencia. Entre las cuestiones clave, figuran las siguientes: la manera de evitar una concesión indebida de patentes y la posibilidad de respaldar la creación de bases de datos para ayudar a los examinadores de patentes; la medida en la cual los derechos de propiedad intelectual contribuyen a proteger los conocimientos tradicionales y el folclore y la conveniencia de elaborar una ley específica a tal efecto ("sui generis"), así como la determinación del foro idóneo para desarrollar ese tema, y
- la forma de aplicar conjuntamente el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica (CDB), y la conveniencia de modificar el Acuerdo sobre los ADPIC, en particular, la eventual divulgación en las solicitudes de patente de la fuente del conocimiento tradicional o del material genético; el tipo de autorización que podrían obtener los investigadores e inventores antes de estar autorizados a utilizar dichos conocimientos y material en sus invenciones, y los posibles métodos para compartir los beneficios con las comunidades locales cuando los inventores de otros países tienen derechos sobre invenciones basadas en material obtenido en la localidad correspondiente.

⁵⁵⁸ Disponible en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/art27_3b_background_s.htm

Varios países han presentado documentos expresando sus posiciones sobre el tema al Consejo, entre ellos, destacan la Unión Europea y Suiza que proponen, con algunas diferencias, que se reforme la legislación para que las patentes declaren la fuente de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales. Bolivia, Brasil, Cuba, Ecuador, India, Perú, República Dominicana, Tailandia y Venezuela que proponen la divulgación de la fuente de los recursos biológicos y los conocimientos tradicionales, el consentimiento fundamentado previo para la explotación de dichos recursos y conocimientos, así como la distribución equitativa de los beneficios. El Grupo Africano que, entre otros, propone que se prohíban las patentes de todas las formas de vida (plantas, animales y microorganismos), así como una protección sui generis para las obtenciones vegetales a fin de preservar el derecho de los agricultores a utilizar y compartir las semillas cosechadas.

Estados Unidos ha sostenido que serían más fácilmente alcanzables los objetivos del Convenio sobre la Diversidad Biológica, en relación con el acceso a los recursos y los conocimientos tradicionales y con la distribución de los beneficios, mediante leyes nacionales.

Para la Quinta Conferencia Ministerial de 2003, celebrada en Cancún, México, del 10 al 14 de septiembre del 2003, los debates han continuado en relación con estos temas y en particular con el asunto de divulgación de la fuente de origen. En las reuniones del Consejo de los ADPIC en el 2004, no han habido muchos avances. Es de notar que Brasil, Cuba, Ecuador, India, Perú, Tailandia y Venezuela presentaron una lista de verificación con las siguientes nuevas exigencias que un solicitante de patente debería cumplir para cumplir con el CDB y evitar la biopiratería:

- Revelado del lugar de origen del recurso biológico y del conocimiento tradicional asociado al invento.
- Evidencia del consentimiento previamente informado bajo el régimen nacional relevante.
- Evidencia de distribución de beneficios bajo el régimen nacional relevante.

Toda esta situación nos lleva a concluir que las propuestas de los países en desarrollo con relación a la necesidad de dar una revisión al ADPIC para aclarar su contenido, su preocupación por el patentamiento de organismos vivos y la protección del conocimiento tradicional lleva un proceso largo que podría tomar mucho más tiempo. Al menos en alguna medida, el tema se encuentra en la agenda de la OMC pero esto no quiere decir que se logren los objetivos de los países que proponen los cambios. Algunos

incluso apuntan que esto no es ni será un tema prioritario en la esfera del comercio internacional.

Es aquí, entonces, donde sin descuidar el ámbito internacional y las luchas que se deben mantener se deben tomar medidas paralelas en el ámbito nacional que busquen nuevas formas de protección de los recursos genéticos y del conocimiento tradicional asociado a estos. Como ya hemos apuntado, es vital que el que ésta discusión se dé a la luz del “Comercio Mundial”, pero este no debe ser el único ámbito de acción. Los países en desarrollo deben fortalecerse para la nueva ronda de discusiones sobre el artículo en cuestión, si bien el contexto de la situación no es muy halagador, también podría decirse que da una oportunidad a los países para demandar acción por parte de la OMC.

4. Posibles sanciones Comerciales

Los Países Miembros en Desarrollo Parte del ADPIC tenían de plazo para implementar el Acuerdo hasta el 1o de enero de 2000 y los países Miembros Menos Adelantados hasta el 1o de enero de 2006 para cumplir esas obligaciones. En ese momento, las normas del Acuerdo sobre los ADPIC se aplicarían, no sólo a las nuevas solicitudes de patentes, sino también las patentes que aún siguen vigentes en sus territorios. Con respecto a la primera categoría de situaciones a que se hace referencia supra, los Países en Desarrollo en cuestión tienen de plazo hasta el 1o de enero de 2005 para otorgar protección mediante patente a los productos farmacéuticos y los Países Menos Adelantados hasta el 1o de enero de 2006. Los Miembros de la OMC, en la Conferencia Ministerial de Doha, celebrada en noviembre de 2001, formularon una declaración especial, la “Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública”, en la que convinieron en prorrogar hasta 2016, el plazo de que disponen para aplicar las disposiciones relativas a las patentes de productos farmacéuticos. En junio de 2002, el Consejo de los ADPIC prorrogó hasta 2016, el período de transición durante el cual los Países Menos Adelantados no están obligados a proteger mediante patentes a los productos farmacéuticos, formalizando así el párrafo 7 de la Declaración Ministerial de Doha sobre el Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública.

No es la intención de este libro el adentrarse en el complejo mundo de la política comercial internacional. No obstante, ya hemos mencionado que la no aplicación de los ADPIC para enero del 2000 podría traer consigo, para los países de América Latina, sanciones comerciales. Sin querer ser sensacionalistas, es preciso no perder de vista el poder de los “lobbies” de

las compañías. Hay que tomar en consideración que 300 empresas del norte concentran el 25% de los bienes y servicios que se producen en el mundo, y que las quince mayores compañías mundiales tienen mayor ingreso bruto que 120 países del planeta⁵⁵⁹. El incumplimiento del artículo 27.3 (b) por un número de importantes países a la fecha y la concentración de la riqueza en unas cuantas compañías del Norte, son un asunto de reflexión con relación al tema en estudio.

En Estados Unidos de América⁵⁶⁰, con el respaldo de un comité multinacional de corporaciones, conocido como “Intellectual Property Rights Committee”, se adoptó un amplio programa dirigido a fortalecer el sistema internacional de derechos de propiedad intelectual. El programa incluye acciones bilaterales usando el artículo 301 de la Ley del Comercio y Aranceles de 1974 y su reforma introducida por el Omnibus Trade Act de 1988 - sección 301 -, que promueve la iniciación de investigaciones y la eventual aplicación de represalias comerciales contra países que, a criterio del Gobierno, no protejan adecuadamente los derechos de propiedad intelectual de empresas y ciudadanos de ese origen. Las represalias pueden consistir, entre otras, en la aplicación de aranceles sobre exportaciones del país afectado⁵⁶¹, o bien dejar de gozar de las ventajas que otorga el Sistema General de Preferencias⁵⁶².

⁵⁵⁹ De Azqueta. Op. cit., pág. 3.

⁵⁶⁰ En el período que va de 1947 a 1987, el incremento de la participación de EE.UU. en los productos que exportaba con valor de propiedad intelectual subió de un 10% a un 27%. Los cálculos que hace el Rural Advancement Fund son que, para el año 2007, EE.UU. estará exportando propiedad intelectual bajo Copyright o patentes hasta un 80% de todo el valor de sus exportaciones. *Ibidem*. Pág. 6

⁵⁶¹ La Unión Europea argumenta que estas disposiciones infringen la normativa comercial internacional sobre medidas unilaterales, ya que “al imponer límites temporales específicos y estrictos dentro de los cuales se debe determinar unilateralmente que otros miembros no han cumplido con sus obligaciones dentro de la OMC, y que por lo tanto deben sufrir sanciones comerciales, esta legislación impide que Estados Unidos cumpla con las reglas de Entendimiento sobre Solución de Diferencias - ESD - y las obligaciones del GATT 1994 en situaciones en la que el Órgano de Solución de Diferencias no haya vencido los plazos, determinando si el miembro en cuestión no ha cumplido con sus obligaciones en la OMC y no haya autorizado, sobre esa base, la suspensión de las concesiones u otras obligaciones”. Los Estados Unidos han alegado que esta petición es inexacta y que lo que trata es de desviar la atención de los incumplimientos. Aunque estas disposiciones brindaron el sustento legal a las represalias de Estados Unidos en el caso del banano y otros fuera del alcance del presente estudio, el argumento podría ser válido para las negociaciones en el campo de la industria farmacéutica. Ver, International Centre for Trade and Sustainable Development. Órgano de Solución de Diferencias establece panel para examinar Sección 301. Revista Puentes. Entre el comercio y el desarrollo sostenible. Febrero-marzo, 1999.

⁵⁶² El Gobierno Norteamericano decidió iniciar, a fines de 1986, acciones de consultas a petición de la compañía Pharmaceutical Research and Manufacturers Association contra Argentina. Ver Salis, Eli. Págs. 7,8 y 9.

El representante de Comercio de Estados Unidos (USTR) debe identificar aquellos países que fracasan en implementar la protección de los derechos de propiedad intelectual o que no proveen un adecuado y equitativo acceso al mercado por dueños de derechos de propiedad intelectual de Estados Unidos.

Si un país deniega el acceso al mercado de un producto protegido por un derecho de propiedad intelectual mediante procedimientos, prácticas o regulaciones que violen las previsiones de los acuerdos dentro del derecho internacional, en donde el gobierno de los Estados Unidos y el país en cuestión sean partes, y cuando constituya una discriminación a las barreras de comercio no arancelarias, el efecto podría ser que entre en la lista de países identificados por la posibilidad de fracasar en la protección de los derechos de propiedad intelectual.

En esta lista, los mayores ofensores están en la categoría de “países prioritarios”⁵⁶³. Por ejemplo, China; Argentina y Ecuador, dentro de la lista de “Países con prioridad de observar”; Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Guatemala y Honduras, dentro de la lista de “países para observar”; y México y Nicaragua, en el apartado de “países de preocupación creciente”.

De esta forma, cualquiera, con legítimo interés y que sea afectado por la política o las prácticas de un país extranjero, puede presentar una petición al USTR para que se inicie un proceso de investigación, que es presentada al Senado en 45 días, pudiéndose completar en seis meses. Si no se puede resolver el conflicto, algunas sanciones podrían ser impuestas al país extranjero: la eliminación de beneficios sobre acuerdos comerciales existentes o restricciones sobre las importaciones⁵⁶⁴.

El ejemplo⁵⁶⁵ más claro de hasta dónde puede llegar este tipo de sanciones ha sido experimentado por Argentina, cuando rehusaron dar patentes a

⁵⁶³ Países Extranjeros de Prioridad “Priority Foreign Countries” son los que: 1) Realizan actos agresivos y de magnitud, políticas y prácticas, que tienen el mayor impacto adverso (actual o potencial) sobre los productos relevantes de Estados Unidos y; 2) no están enlazados con negociaciones de buena fe o haciendo un esfuerzo significativo para solventar los problemas. Si un país está en la lista de “priority foreign country” el Departamento de Comercio debe decidir en 30 días si procede con una investigación. 2000-Special 301. Pág. 9.

⁵⁶⁴ Sobre este particular, se puede ver Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. *Biotechnology, TRIPs and the Convention on Biological Diversity*. Págs. 56, 57 y 58. Así como la página web: <http://www.ustr.gov>.

⁵⁶⁵ Otro caso ha sido el de Brasil, en que, con fundamento en la sección 301, en octubre de 1988 se lo sancionó por no conceder patentes a productos farmacéuticos. Posteriormente, estas sanciones fueron levantadas en 1990, una vez que este país expresó su compromiso de aprobar una legislación que permitiera patentar esos productos. J.Cabrera. *Propiedad Intelectual, Ronda Uruguay y Transferencia de Tecnología*. Pág. 132.

compañías farmacéuticas. En 1996, Argentina aprueba su Ley de Patentes en donde deciden excluir de la protección legal los productos farmacéuticos o drogas que se originan de materias primas naturales. Su argumento fue que se hacía con el fin de evitar monopolios que podían ser perjudiciales a la salud pública. Luego, por la disposición 23/72 de la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial, se dispone la patentación de la obtención de productos medicinales; sin embargo, esta disposición no tiene un carácter fuerte ya que la patentes de procedimiento no abarcan los productos en sí mismos. Es decir, no se había logrado el objetivo último de protección de patentes del procedimiento y del producto. Esto puso a Argentina en una situación difícil⁵⁶⁶ frente a Estados Unidos, que impuso sanciones comerciales⁵⁶⁷.

Es también preciso anotar que si bien estos países podrían ser objeto de disputas en el mecanismo de solución de diferencias por no cumplir con las obligaciones de la OMC al encontrarse vencido el plazo para la implementación del artículo 27. 3(b) - enero 2000- este tema no fue abordado en la reunión del Consejo ADPIC de junio del 2000. Sin embargo, la Representante de Comercio de EE.UU. - Charlene Barshefsky anunció los resultados del reporte "Special 301" 2000⁵⁶⁸ dentro del que se indica que se activará en el seno de la OMC⁵⁶⁹ el mecanismo de arreglo de controversias⁵⁷⁰ contra Argentina y Brasil, al menos que se diera un progreso inmediato.

Bajo el "Special 301" reporte del 2000, Estados Unidos identificó 59 países que no dan una efectiva protección a la propiedad intelectual y que niegan un justo y equitativo acceso al mercado a artistas e industrias de Estados Unidos que dependen de la protección de la propiedad intelectual. EE.UU espera mayores progresos en el futuro cercano y apoyará estas iniciativas, sin embargo, si pareciera que no hay una aplicación temprana y no es posible persuadir mediante el dialogo binacional, los Estados Unidos utilizará el mecanismo en la OMC para reclamar sus derechos⁵⁷¹.

⁵⁶⁶ Paradójicamente, según el artículo 27 (1) de los ADPIC, la patentabilidad debe darse sobre procedimientos y sobre productos en todos los campos de la tecnología, acuerdo que debe ser implementado este mismo año. Países como Argentina, donde solo se patentan procedimientos, tendrán que crear nueva legislación. Existen ya proyectos de ley para cumplir con este requisito.

⁵⁶⁷ Ver Salis, Eli, *op. cit.*, págs. 7,8 y 9.

⁵⁶⁸ Revisión anual que examina en detalle la efectividad del sistema de derechos de propiedad intelectual en cerca de 70 países.

⁵⁶⁹ Sin lugar a dudas uno de los principales logros de Estados Unidos dentro de la Ronda de Uruguay ha sido la aprobación del ADPIC, dentro del cual se establece un mecanismo de arreglo de controversias para que los países puedan resolver sus demandas. El plazo para que los países en desarrollo aplicaran el artículo 27.3 (b) venció el primero de enero del 2000.

⁵⁷⁰ Desde 1996 Estados Unidos ha establecido un número de 14 demandas en la OMC.

⁵⁷¹ Ver, Gobierno de Estados Unidos. Representante de Comercio (USTR). 2000 Special 301.

La aparición de disputas y con ello la activación del mecanismo de resolución de diferencias entre Estados Unidos y Argentina se fundamenta en que su ley de patentes tiene significantes deficiencias. Los Estados Unidos ha tenido por largo tiempo inquietudes en referencia al sistema de patentes en Argentina y sobre todo a la protección de la propiedad intelectual para fármacos y químicos para la agricultura. De hecho Estados Unidos ya ha demandado a Argentina en el seno de la OMC cuando no aplicó la parte del ADPIC que entró en vigencia el primero de enero de 1996. Ahora nuevas preocupaciones llevan a Estados Unidos a estar atento al fracaso de Argentina con relación a las obligaciones que vencieron en enero del 2000 y lo resolverá en el seno de la OMC⁵⁷².

Con relación a Brasil se esperan arreglar las diferencias que por largo tiempo han tenido con relación a los alcances de su sistema de patentes. Brasil, aunque tiene un sistema de patentes consistente con ADPIC, tienen una diferencia con relación a la disposición del ADPIC que prohíbe a los miembros de requerir a los dueños de patentes que fabriquen sus productos en el país para mantener un derecho pleno sobre la patente. Como no han podido resolver esta diferencia en cinco años, ambos gobiernos han aceptado someterse al mecanismo de arreglo de diferencias en la OMC⁵⁷³.

Esta no es la única medida que existe ni el único país que considera estos procedimientos. Lo que se pone es un ejemplo claro de cómo se actúa en el medio del comercio internacional. No podemos negar que, sobre todo para los países en desarrollo, esto tiene gran peso a la hora de tomar decisiones políticas. Seríamos poco realistas si esta situación no se tomara en consideración; por eso en diferentes partes de este libro se hace referencia a los intereses que están en juego cuando hablamos de acceso a los recursos genéticos y al conocimiento tradicional.

⁵⁷² Según EE.UU., Argentina ha fallado en otorgar exclusividad sobre derechos de mercadeo a compañías farmacéuticas, porque no provee protección de patentes para proteger información confidencial sometida al gobierno por las farmacéuticas. Otras irregularidades las constituyen la denegación de patentes para ciertos derechos exclusivos, como por ejemplo patentes sobre procesos y el derecho a la importación, la exclusión de microorganismos del sistema de patentes, la falta de mecanismos efectos para infractores. Estas demandas han sido objeto de disputa contra Argentina, tal y como fue anunciado en el reporte del "special 301" de 1999. Gobierno de Estados Unidos. 2000- Special 301. Pág. 6.

⁵⁷³ La Ley de Patentes de Brasil impone requerimientos de "trabajo local" como una condición para disfrutar un derecho exclusivo de patente. Este requerimiento implica que el producto patentado debe ser manufacturado en Brasil y no importado. A EE.UU. le parece inconsistente con las obligaciones de Brasil bajo el ADPIC que establece "el goce de la patente sin discriminaciones." Aunque los productos sean importados o producidos localmente" (art. 27). Otros países están citando el caso de Brasil como una justificación para promover el trabajo en el ámbito local. Se quiere que el caso de Brasil ante la OMC sienta un precedente. *Ibidem*.

5. El CDB y los ADPIC a la luz del derecho

La pregunta que algunos se hacen es ¿qué prevalece si existe contradicción, el Convenio sobre la Diversidad o los ADPIC? Pregunta que no es fácil de contestar y que merece la atención de los estudiosos del derecho internacional.

Sin embargo, empezaremos diciendo que el CDB fue adoptado en 1992 y puesto en vigor en 1993; los ADPIC, por su parte, fueron adoptados en 1994 y entraron en vigor en 1995. Los ADPIC no tienen una cláusula que indiquen la prioridad del CDB en materia de recursos biológicos, lo que llaman “cláusula de prioridad”. Esto ha sido discutido, sobre todo, por organizaciones no gubernamentales en las últimas conferencias de las partes del CDB, pidiendo que tal reconocimiento sea hecho.

Pero ¿cuál es la importancia de tal reconocimiento? Cuando dos tratados regulan sobre el mismo asunto y se presenta un conflicto entre ellos, prevalece el último que se aprobó es decir el más reciente, en este caso el ADPIC. El asunto por definir es si realmente versan sobre el mismo asunto. Cada cual podría dar su propia interpretación; sin embargo, basta mirar el cuadro presentado en la sección anterior de este libro para notar que existen algunos campos donde ambos instrumentos se encuentran. Con esto no quiero decir que versan sobre la misma cuestión porque, de hecho, tienen objetivos totalmente diferentes, sino más bien, que hay campos que ambos regulan, como, por ejemplo, transferencia de tecnología y derechos de propiedad intelectual.

Para el Centro Internacional de Derecho Ambiental - CIEL, sus siglas en inglés -, se puede decir que los ADPIC son más específicos en algunos campos (ya que define las obligaciones nacionales más precisamente); el CDB es más preciso porque trata los derechos de propiedad intelectual en un contexto determinado, que es el de transferencia de tecnología para la conservación de diversidad biológica, o tecnología que usa recursos genéticos. Esta línea de argumentos indicaría que los ADPIC no prevalecen sobre el CDB⁵⁷⁴.

También se podría buscar reforzar la idea de que el CDB realmente no entra en contradicción con los ADPIC lo que hace es ampliar sus horizontes en el sentido de que lo que pide el CDB es que, en el acceso a la tecnología, se tengan en cuenta la protección adecuada de los derechos de propiedad

⁵⁷⁴ CIEL, citado por Friends of the Earth. Op. cit., pág. 22.

intelectual y que los países en desarrollo tengan acceso a esa tecnología en condiciones mutuamente acordadas, incluida la tecnología protegida por patentes u otros derechos de propiedad intelectual⁵⁷⁵. Hasta aquí pareciera que no hay grandes contraposiciones. Por otro lado, el artículo 8 (j) es lo bastante débil como para no entrar en contradicción ya que indica “en la medida de lo posible y según proceda y de acuerdo a la legislación nacional se respetará y preservará los conocimientos”. Parece, entonces, que no hay grandes contradicciones en este sentido.

No obstante, hay otros elementos que también entran en juego. El artículo 22 del CDB señala: “las disposiciones de este Convenio no afectarán a los derechos y obligaciones de toda Parte Contratante derivados de cualquier acuerdo internacional existente, excepto cuando el ejercicio de esos derechos y el cumplimiento de esas obligaciones pueda causar graves daños a la diversidad biológica o ponerla en peligro”.

Se ha dicho que este artículo es de especial importancia porque deja abierta la puerta para que en caso de que los ADPIC - como bien puede suceder - afecten o pongan en peligro la diversidad biológica, entonces entren en juego las disposiciones del CDB. Claro está que esta argumentación debería basarse en un caso específico con hechos concretos.

Pero esta teoría, a nuestro criterio, no es precisa ya que hay dos elementos básicos que tomar en cuenta: Primero: el texto mismo del artículo hace referencia a que no afectará derechos de acuerdos internacionales “existentes”. Segundo: cuando se realizó el CDB, el ADPIC no existía; por esta razón hay una dificultad abierta en interpretar que esta regla de relacionarse con otros convenios establecida en el podría aplicarse a los ADPIC.

Toda esta discusión reviste especial importancia para los países en desarrollo, sobre todo cuando quieran aplicar leyes que cumplan los postulados de distribución justa y equitativa del CDB; pero podrían no estar cumpliendo, entonces, con los ADIPC. Importa cuando se habla de posibles sanciones ante la no aplicación de los ADPIC.

El análisis de esta situación va a depender en gran medida, de la forma en que los estados interpreten el CDB y los ADPIC, y solo podrá ser analizado a fondo con casos concretos. Estos problemas tendrán que ser tratados por los mecanismos de resolución de disputas de ambos instrumentos; sin embargo, cuando un país es parte de ambos convenios, aquí también está la pregunta de ¿a qué mecanismo se debe acudir? ¿Qué sanciones se aplican?

⁵⁷⁵ Ver artículo 15 del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

El CDB, en su artículo 27, establece los mecanismos para solución de controversias. No obstante, véase que claramente indica que son controversias que se suscitan en relación con “la interpretación o aplicación del Convenio”. Se estipulan, como formas para resolver dichos conflictos, la negociación, la mediación, el arbitraje, la presentación de la controversia ante el Tribunal Internacional de Justicia o conciliación”.

Los medios de resolución de controversias del ADPIC son los mismos que los de la Organización Mundial del Comercio, que son conocidos por falta de participación pública, documentos y sesiones secretas y decisiones tomadas por expertos en comercio⁵⁷⁶.

No nos adentraremos más en el análisis de estos aspectos por no ser el objeto de este libro. Sin lugar a dudas, un estudio profundo sobre esta situación es necesario, sobre todo para claridad de los países en desarrollo, que son los más propensos a verse envueltos en este tipo de dilemas.

6. Algunas experiencias en el ámbito nacional

Algunos países ya han tomado medidas para demostrar la fuente de origen de los recursos genéticos y/o del conocimiento tradicional, a continuación damos algunos ejemplos. El primer borrador de la Ley de Biodiversidad de Costa Rica⁵⁷⁷, en un inicio, definía a la innovación como “cualquier conocimiento o tecnología de uso, propiedades valores o procesos, bien sean individuales o colectivos y acumulativos, de cualquier recurso biológico que le añadan un uso o valor mejorado como resultado de dicho conocimiento o tecnología, sea este documentado, anotado, oral, escrito, o por cualquier otro medio posible de archivo e información. Incluye cualquier alteración, modificación y mejora que se haga del recurso, así como derivados que utilizan el conocimiento de individuos, grupos o comunidades locales con fines de comercialización del producto”. La Ley de Biodiversidad⁵⁷⁸ de este país, sin embargo, incorporó una definición más reducida al indicar que “innovación” es “cualquier conocimiento que añada un uso o valor mejorado a la tecnología, las propiedades, los valores y los procesos de cualquier recurso”.

El borrador de Ley de Biodiversidad de Nicaragua⁵⁷⁹ define como “innovación” cualquier conocimiento o tecnología de uso, propiedades,

⁵⁷⁶ *Ibidem.* pág. 23.

⁵⁷⁷ Artículo 11.

⁵⁷⁸ Artículo 7.

⁵⁷⁹ Artículo 10.

valores y procesos, bien sean individuales o colectivos y acumulativos de cualquier recurso biológico o genético que le añada uso o valor mejorado como resultado de dicho conocimiento o tecnologías de comunidades locales y pueblos indígenas”.

Si hacemos una comparación de estas tres propuestas, se puede ver cómo, sobre todo en los dos borradores de ley, se dispone que las actividades de las comunidades indígenas pueden ser consideradas dentro de la categoría de “innovación”. En el borrador de la Ley de Biodiversidad de Costa Rica se reconocía la posibilidad de guardar el conocimiento en forma oral, forma en que la mayoría de las comunidades indígenas guardan su conocimiento.

El Borrador de Ley de Nicaragua expresamente hace referencia a las comunidades indígenas y locales. Otro rasgo importante es que las definiciones de ambos borradores reconocen que estos conocimientos o tecnologías no tienen que ser necesariamente individuales, reconociendo la existencia de un conocimiento colectivo. Se reconoce entonces que la innovación puede ser informal y colectiva.

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

En Costa Rica⁵⁸⁰, no se crea la posibilidad de registrar dentro de los sistemas de propiedad intelectual, sino que se crea un registro dentro de la Oficina Técnica de la Comisión de Biodiversidad que obligaría a no reconocer derechos intelectuales o industriales sobre este conocimiento, aun en los casos en que el conocimiento no se registre si la denegación está bien fundamentada. También se prevé la obligación de que el receptor deba presentar un certificado de origen del recurso y un consentimiento fundamentado previo

⁵⁸⁰ Ver, R. Salazar, J.Cabrera. Derechos de propiedad intelectual en Costa Rica a la luz del Convenio sobre la diversidad biológica. *Jornal Of. Ethnopharmacology*. ELSIVIER, 1996.

antes de que se otorgue un derecho de propiedad intelectual o industrial a las innovaciones que involucren elementos de la biodiversidad. También la obligación de los Registros de Propiedad Intelectual e Industrial de consultar a la Oficina de la Comisión de Biodiversidad.

El Borrador de la Ley de Biodiversidad de Nicaragua indica que la concesión de derechos de propiedad intelectual no deberá impedir la utilización o comercialización de recursos biológicos o genéticos, propiedad de las comunidades locales y los pueblos indígenas⁵⁸¹. En este caso, aunque se demuestren los requisitos de nuevo, inventivo y de aplicación industrial, existiría una imposibilidad de registrar si se comprueba que afectan a las comunidades en su derecho de uso y disfrute del bien. Según este Borrador de Ley, - como ya hemos afirmado con anterioridad - las comunidades podrían inscribir⁵⁸² sus propios derechos en el Registro de Propiedad Industrial con la categoría de derechos *sui generis*; para la tutela de los conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas queda por definir sus alcances. En todo caso, tendremos que esperar a que el contenido de estos proyectos de ley y leyes novedosas se pongan en práctica por algún tiempo para poder medir sus verdaderas implicaciones.

Adicionalmente en Costa Rica, la Ley de Biodiversidad -1998- estipula que tanto la Oficina Nacional de Semillas como los Registros de Propiedad Intelectual y de Propiedad Intelectual, obligatoriamente deberán consultar a la Oficina Técnica de la Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad, antes de otorgar protección de propiedad intelectual o industrial a las innovaciones que involucren elementos de la biodiversidad. Siempre aportarán el certificado de origen emitido por la Oficina Técnica de la Comisión y el consentimiento previo. Si la Oficina se opone impedirá el registro de la patente. El Decreto sobre Normas de Acceso⁵⁸³ -2003- indica además que la Oficina Técnica se opondrá al registro de patentes, secretos comerciales, derechos de fitomanejador, derechos comunitarios *sui generis*, derechos de autor, derechos de los agricultores y otros, si las instituciones

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

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

583 Artículos 77 y siguientes del Decreto DAJ-D-2003-Ministerio de Ambiente y Energía. Decreto sobre Normas Generales para el Acceso a los Elementos y Recursos Genéticos y Bioquímicos de la Biodiversidad.

autorizadas por las leyes vigentes para otorgar formas de protección no cumplen con lo dispuesto.

Debe quedar claro, sin embargo, que no se hace ninguna referencia especial a conocimiento tradicional o de derechos comunitarios de propiedad intelectual, dentro de estos artículos. El Estado Costarricense lo que reconoce aquí son las formas de conocimiento e innovación cualquiera que esta sea, pudiendo estos protegerse por los derechos de propiedad existentes. Para efectos de este libro es necesario apuntar que se exceptúan de esta protección las invenciones derivadas del conocimiento asociado a prácticas biológicas tradicionales o culturales en el dominio público. Los derechos de los pueblos indígenas son reconocidos en la Ley de Biodiversidad que estipula que el estado reconoce los derechos intelectuales comunitarios sui generis que implica que ninguna de formas de protección intelectual o industrial que se regula en el cuerpo legal descrito, leyes especiales o el derecho internacional afectarán tales prácticas históricas y manda a un proceso participativo para que se determinen los alcances de estos derechos.

En Perú de acuerdo a la Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos -2002- es obligación del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual enviar la información contenida en el Registro Nacional Público a las principales Oficinas de Patentes del mundo con el fin de objetar solicitudes de patente en trámite, cuestionar patentes concedidas o influir en general en el otorgamiento de patentes relacionadas con productos o procesos obtenidos o desarrollados a partir de un conocimiento colectivo, a efectos de que sea tomada en cuenta como antecedente en el examen de novedad y nivel inventivo de las solicitudes de patente.

En Brasil, la Medida Provisoria 2.186-16, del año 2001, establece en su artículo 31 que la concesión del derecho de propiedad industrial por los órganos competentes sobre procesos o los productos obtenidos a partir de la muestra del componente del patrimonio genético, queda condicionada a la observancia de la Medida Provisoria y, llegado el caso, el solicitante deberá informar sobre el origen del material genético y de los conocimientos tradicionales asociados.

En la India, la Ley de Biodiversidad -2002- indica que ninguna persona podrá solicitar un derecho de propiedad intelectual cualquiera que sea la modalidad, dentro o fuera de la India por alguna invención basada en investigaciones o información de un recurso biológico obtenido en

la India, sin la obtención de la autorización de la Autoridad Nacional de Biodiversidad previa a dicha solicitud.

La Ley de Diversidad Biológica de Venezuela -2000- estipula, entre otros, que no se otorgarán patentes a ninguna forma de vida, genoma o parte de éste, pero sí sobre los procesos científicos o tecnológicos que conduzcan a un nuevo producto. No se reconocerá derechos de propiedad intelectual sobre muestras colectas o partes de ellas, cuando estas hayan sido adquiridas en forma ilegal. O que empleen el conocimiento colectivo de pueblos y comunidades indígenas u locales. La Oficina Nacional de la Diversidad Biológica deberá revisar las patentes y otros derechos de propiedad intelectual, registrados fuera del país, sobre la base de recursos genéticos nacionales, con el fin de reclamar las regalías correspondientes por su utilización o reclamar su nulidad.

Se puede ver que en los últimos años algunos países en desarrollo han estado trabajando en la elaboración de leyes que puedan en alguna medida satisfacer sus requerimientos de protección de los recursos genéticos y del conocimiento tradicional. Es temprano para juzgar su grado de aplicación, pero ciertamente es un paso importante en esta tarea.

7. La Decisión 486. Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Comisión de la Comunidad Andina

Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú - países de la Comunidad Andina de Naciones - reemplazando la “Decisión 433” de 1993, aprobaron el 14 de setiembre del 2000 la “Decisión 486” “Régimen Común sobre Propiedad Industrial”. Esta decisión tiene la particularidad de contener una serie de normas que abarcan la diversidad biológica y la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, relacionando los derechos de propiedad intelectual establecidos en el ADPIC con el CDB. Consta de 280 artículos, para nuestros efectos pasamos a comentar los que se relacionan con el tema en estudio.

Según el artículo 3, de la Decisión 486, “los Países Miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales. En tal virtud, la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimientos estará supeditado a que ese

material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional”⁵⁸⁴.

Este artículo hace sin lugar a dudas la conexión entre el CDB y los propósitos de la propiedad intelectual al imponer los criterios de respeto al patrimonio biológico, genético y al conocimiento tradicional de las comunidades. Además retoma los postulados del Convenio 169 de la OIT con relación a la facultad de los pueblos indígenas de decidir sobre sus recursos, aspecto ya reconocido en la Decisión 391⁵⁸⁵.

Todo apunta, sin embargo, a que es necesario el desarrollo de legislación nacional que apoye la implementación de estos principios, de lo contrario la letra podría quedar en propósitos de buena voluntad pero con poca implementación. Debe tomarse en consideración que varios países están buscando dentro de sus legislaciones la aplicación de la figura del “consentimiento informado previo”, como se puede ver en el capítulo X del presente libro. Una forma con la que se podrá tener algún control para que estos postulados sean cumplidos se plantea dentro de la Decisión al estipular: que la solicitud para obtener una patente de invención deberá contener cuando amerite entre otros: 1) la copia del contrato de acceso, cuando los productos o procedimientos cuya patente se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen; 2) la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales de los Países Miembros, cuando los productos o procedimientos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen.

El artículo 75 señala, además, que: la autoridad nacional competente decretará de oficio o a solicitud de cualquier persona y en cualquier momento, la nulidad absoluta de una patente, entre otros, cuando: a) de ser el caso, no se hubiere presentado la copia del contrato de acceso, cuando los productos o procedimientos cuya patente se solicita han sido obtenidos o

⁵⁸⁴ 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.

⁵⁸⁵ Los miembros, de conformidad con esta Decisión y su legislación nacional complementaria, reconocen y valoran la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afrocaribeñas y locales, sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados. Capítulo IV. Acuerdo de Cartagena. Decisión 391 Sobre un Régimen Común de Acceso a los recursos Genéticos, artículo 7.

desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen; b) de ser el caso, no se hubiere presentado la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas afroamericanas o locales de los Países Miembros, cuando los productos o procesos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen.

Esto va en estrecha concordancia con lo establecido en la Decisión 391 del Acuerdo de Cartagena “Sobre un Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos”: en lo que refiere a que todo procedimiento de acceso requerirá de la presentación, admisión, publicación y aprobación de una solicitud, de la suscripción de un contrato, indicando además el contenido de las solicitudes y contratos de acceso⁵⁸⁶. También dentro del texto de la Decisión 486 se establece que no se consideran invenciones; el todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural. Por lo tanto no son patentables⁵⁸⁷: las plantas, los animales y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos⁵⁸⁸. El otorgamiento de patente a una invención omitiendo estas prohibiciones conlleva a la nulidad absoluta de la patente⁵⁸⁹.

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

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

588 Artículos 15 y 20 (c) Decisión 486. Régimen Común sobre la Propiedad Industrial. Países de la Comunidad Andina de Naciones. Setiembre 2000.

589 *Ibidem.* Artículo 75.

Contenido directamente relacionado con el artículo 27.3 (b) de los ADPIC en el sentido de que los países “podrían” excluir de patentabilidad plantas y animales. Es así como los países de la Comunidad Andina de Naciones han tomado la decisión de la exclusión. Sin embargo, el transitorio segundo de este cuerpo normativo indica que los microorganismos serán patentables hasta tanto se adopten medidas distintas resultantes del examen previsto en el apartado b) del artículo 27, numeral 3 del ADPIC. A tal efecto, se tendrán en cuenta los compromisos asumidos por los Países Miembros en el ámbito del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

Lo que quiere decir que a pesar de que no son patentables plantas y animales, los microorganismos si lo son⁵⁹⁰. Con esto podemos llegar a la conclusión que los países de la Comunidad Andina de Naciones han incorporado el contenido de la primera mitad del artículo 27.3 (b) del ADPIC a su legislación regional, que tiene un impacto en el ámbito nacional para los países de la Comunidad Andina de Naciones⁵⁹¹. El Transitorio utiliza las palabras “hasta tanto” no se dé la revisión serán patentables los microorganismos, porque se presupone que esto podría cambiar dependiendo de los resultados de las negociaciones en el seno de la OMPI⁵⁹². Como ya hemos explicado en otra sección⁵⁹³ el artículo 27.3 (b) del ADPIC se encuentra en revisión en el seno de la Organización Mundial del Comercio, existen alrededor de

⁵⁹⁰ El titular de la patente no podrá ejercer el derecho a que se refiere el artículo anterior respecto de los siguientes actos: e) cuando la patente proteja un material biológico excepto plantas, capaz de reproducirse, usarlo como base inicial para obtener un nuevo material viable, salvo que tal obtención requiera el uso repetido de la entidad patentada. Cuando la patente proteja material biológico capaz de reproducirse, la patente no se extenderá al material biológico obtenido por reproducción, multiplicación o propagación del material introducido en el comercio conforme al párrafo primero, siempre que la reproducción, multiplicación o propagación fuese necesaria para usar el material conforme a los fines para los cuales se introdujo en el comercio y que el material derivado de tal uso no se emplee para fines de multiplicación o propagación. *Ibidem*. Artículos 53 y 54.

⁵⁹¹ Según M. Flores. La Decisión 486 fue empujada por los Estados Unidos y esta diseñada con relación a sus intereses. Se tiene que tener en mente la clase de presión que los Estados Unidos tiene sobre esta región. Solo mire el “2000 Special report 301” La Decisión 486 no estaba abierta a negociación y no fue objeto de debate público. GRAIN. Andean Community Adopts New IPR Law, October, 2000. Pág. 4.

⁵⁹² Esta redacción no tiene ningún efecto. Los microorganismos han sido declarados patentables, sin importar la revisión de los ADPIC. ¿Cómo pueden nuestros gobiernos implementar esta obligación de los ADPIC y al mismo tiempo anticipar cambios que podrían deshacer este artículo? Los países Andinos decidieron ignorar la oportunidad de revisión. Ellos cortaron la discusión poniéndose en línea con la primera parte del artículo 27.3(b). Esto es que quiero decir con más allá de los ADPIC: nuestros gobiernos han aceptado menos de lo que esta dispuesto para ellos. *Ibidem*, pág. 3.

⁵⁹³ Ver dentro de este documento: ADPIC esperanza o desilusión, Artículo 27.3 (b) en revisión. Pág. 255.

varias propuestas presentadas oficialmente con relación a biodiversidad y conocimiento tradicional.

Con relación a otros tipos de propiedad intelectual la “Decisión 486” señala que no podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando: consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso⁵⁹⁴. Esto podría ayudar a situaciones en donde incluso se pone a las invenciones nombre de comunidades indígenas, siendo estos nombres luego registrados como marca comercial.

No negamos el valor que tiene este nuevo acercamiento de los temas del ADPIC y del CDB⁵⁹⁵, sin embargo, los pueblos indígenas deben ser cautelosos porque a partir de que esta normativa se implemente en el ámbito nacional, ellos los “pueblos Indígenas, Africaribeños y comunidades locales” entrarán dentro del mundo de las invenciones y con ello de las patentes bajo la sombrilla de la “legalización”. Todo está creado y dispuesto para que quienes quieren patentar invenciones que utilicen material genético y conocimiento tradicional asociado lo puedan hacer al amparo de la ley.

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

⁵⁹⁴ Decisión 486. Artículo 136.

⁵⁹⁵ Los mecanismos propuestos por la Decisión 486 podrían servir para promover que los principios generales del CDB sobre acceso y distribución de beneficios y el respeto a los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas, sean efectivamente tomados en cuenta en la aplicación de los sistemas de propiedad intelectual y coadyuven a la búsqueda de mecanismos que permitan compatibilizar los DPI con el CDB. M. Ruiz. ¿Decisión Andina un Paso Adelante? Estableciendo sinergias entre el CDB y el régimen de propiedad industrial. Revista Puentes. International Centre for Trade and Sustainable Development. Vol.3, No.2. Setiembre-October, 2000.

Capítulo VIII

La Globalización, ADPIC y el Conocimiento Tradicional

1. Amenaza o Esperanza

En la actualidad los temas de medio ambiente tocan todos los aspectos de las relaciones internacionales y es inevitable que deban ser tratados como componentes indispensables de la agenda mundial. De hecho, podemos apreciar como el régimen del comercio internacional ha tenido que volver su mirada a las regulaciones ambientales en el ámbito internacional⁵⁹⁶ y nacional, existiendo cientos de acuerdos internacionales que incorporan regulaciones relacionadas con comercio⁵⁹⁷.

Dos instrumentos internacionales: el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionado con el Comercio se encuentran cuando de manejo y utilización de diversidad biológica se trata⁵⁹⁸. Estas normativas jurídicas se relacionan principalmente en los temas de: acceso a los recursos genéticos, transferencia de tecnología y conocimiento.

Es importante también tener claro que estos convenios estuvieron debatidos por sectores diferentes por un lado el CDB, por organizaciones no gubernamentales y ambientalistas y el ADPIC, por la industria privada, e interesados en aspectos de propiedad intelectual. Cabría ante

⁵⁹⁶ Seguidamente de la Conferencia de Estocolmo, el reconocimiento de que la nueva y siempre expansiva cadena de protección ambiental tendría que ser armonizada con las normas designadas para facilitar el comercio internacional dentro incluso en el hermético y técnico universo del GATT. Guido Soares. Ver P.Konz, op, cit., pág. 27.

⁵⁹⁷ Algunos ejemplos de esto son las normas relacionadas con el uso de energía nuclear, las normas relacionadas con el manejo de desechos peligrosos, normas sobre la protección del ambiente marino, normas aplicables a la atmósfera y la protección de la capa de ozono, normas sobre la protección del patrimonio cultural y natural. Para nuestros efectos interesa en particular el artículo 8(j) y 15 del Convenio sobre la diversidad Biológica con relación a protección del conocimiento tradicional y el acceso a los recursos genéticos.

⁵⁹⁸ Ambos convenios se negociaron simultáneamente pero en diferentes escenarios. El Convenio de Diversidad biológica se negoció en el seno del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente con sede en Nairobi; mientras que el ADPIC se negoció en las reuniones de la Ronda de Uruguay realizadas en diferentes países y continentes.

este razonamiento decir que en todo caso los gobiernos fueron los que firmaron estos acuerdos y estuvieron presentes en ambos foros. Esta aseveración aunque totalmente verídica y sin restarle importancia, debe ser comprendida en un espectro más amplio ya que generalmente en el CDB los representantes de gobierno procedían de Ministerios del Ambiente mientras que en el ADPIC de Ministerios de Comercio Exterior.

No podemos aquí valorar si había poca información, desconocimiento, falta de coordinación a lo interno del gobierno, no se veía conflicto o las presiones eran demasiadas. Los acuerdos, sin embargo, no fueron escritos teniendo en mente conflicto, es más para muchos “el conflicto” es inexistente, a pesar de que como ya hemos expresado, hay áreas de interés mutuo con diferentes visiones y alrededor de 140 países han firmado ambos acuerdos.

El CDB introduce el concepto de soberanía sobre los recursos genéticos y con ello la necesidad de desarrollar legislación para ejercer este derecho (Art. 15 CDB), pasando necesariamente por los derechos de propiedad intelectual. El ADPIC regula la propiedad de los conocimientos y establece un sistema estricto de protección de innovaciones como una manera de promover el libre comercio. En este sentido, el país al formular su legislación debe tomar en consideración los dos acuerdos en el tanto sea signatario de ambos⁵⁹⁹.

Lo importante quizá es mirar en forma amplia la cartera de posibilidades que se presentan si tomamos en consideración que los recursos genéticos asociados al conocimiento tradicional pueden ser una herramienta útil de participación dentro del mercado global. Para algunos puede llegar a ser una ventaja comparativa, que con una correcta legislación podría incluso apoyar la integración entre los países desarrollados y en desarrollo dentro de la economía global.

Se pueden visionar amenazas y esperanzas para un futuro próximo, todo dependerá del entendimiento de estos temas. Lo más importante es evitar a toda costa el entrar en una era de abusos a la “moderna”. Los países en desarrollo necesitan de los desarrollados pero también esta regla se da a la inversa, ahora que tratamos el tema de la soberanía de los recursos genéticos. No se trata tampoco de seguir el juego de las confrontaciones y la controversia, por el contrario se deben buscar beneficios mutuos y duraderos.

⁵⁹⁹ Lo cierto del caso es que esta discusión ha llevado a los ambientalistas a interesarse mucho más en los temas del comercio internacional y a los sectores industriales a poner en su agenda en el tema ambiental.

2. La Organización Mundial del Comercio y el conocimiento tradicional

La Organización Mundial del Comercio fue establecida para reemplazar al GATT⁶⁰⁰, como un acto final de la Ronda de Uruguay en 1994⁶⁰¹. La OMC esta compuesta por miembros estados y tiene poder suficiente para imponer sanciones comerciales. Se crea con ella un nuevo procedimiento de arreglo de controversias y el Comité de Comercio y Ambiente.

La OMC trata asuntos de comercio y no tiene un mandato relacionado con ambiente. Esta organización trata con asuntos ambientales⁶⁰² solo cuando las políticas ambientales tengan significantes repercusiones en el comercio⁶⁰³. Con la entrada de la OMC en los derechos de propiedad intelectual⁶⁰⁴ y la

⁶⁰⁰ Ver, Friends of the Earth. Intellectual property rights and the Biodiversity Convention: the impact of GATT. Febrero, 1995.

⁶⁰¹ Reunión ministerial en Marrakech en abril de 1994.

⁶⁰² La OMC se encontró sola con la responsabilidad de incorporar el concepto de desarrollo sostenible dentro del régimen de comercio internacional. Hasta el momento la OMC no ha mostrado una verdadera inclinación para asumir tal reto. Algunos autores ven que hay una ausencia de voluntad política, mostrada en la falta de iniciativas concretas o propuestas. Los hechos son en todo caso que a pesar de la referencia que se hace en el preámbulo del ADPIC a "desarrollo sostenible" y a la creación de un comité de comercio y medio ambiente, el progreso hasta el momento no ha sido significante.

⁶⁰³ Apunta G. Biggs: que esta definición de las funciones de la OMC amerita de otros comentarios. Primero: a pesar del Principio de Río sobre desarrollo sostenible, la OMC establece una estricta distinción entre las funciones relacionadas con el ambiente y aquellas relacionadas con comercio, partiendo del punto de vista de que desarrollo sostenible incluye comercio como uno de sus componentes. Segundo: la OMC se niega a tomar cualquier clase de iniciativa cuando afirma "con relación a asuntos relacionados al ambiente la única responsabilidad (OMC) es estudiar el problema cuando este aparezca" en otras palabras, solo actuaría después y no antes de que el problema aparezca. Tercero: la OMC no acepta ninguna responsabilidad en relación con los problemas y controversias que la asimetría de normas y políticas ambientales de sus países miembros pudieran aplicar al comercio internacional. Cuarto: La OMC mantiene que los asuntos ambientales deberían de ser tratados por un organismo mejor calificado para manejar asuntos ambientales. Estas dudas fueron expuestas durante el Simposio de Alto Nivel realizado en Ginebra en marzo de 1999 con la participación de más de 130 países. Ver P.Konz, Op, cit., pág 7.

⁶⁰⁴ Durante la Ronda de Uruguay, la Organización Mundial del Comercio, conjuntamente con la mayoría de los países en desarrollo, se opusieron a que los derechos de propiedad intelectual se negociaran en el marco del GATT/OMC. Sin embargo, debido a la gran presión de los países industrializados, encabezados por Estados Unidos, esta posición no obtuvo el éxito deseado. La OMPI pasó de ser un foro de decisión política a ser un órgano ejecutor de la administración de los derechos de propiedad intelectual y de cooperación técnica. En un acuerdo firmado entre la OMC y la OMPI, el 22 de diciembre de 1995, a la OMPI se le delega el papel de ayudar a los países en desarrollo a ajustarse a los derechos de propiedad intelectual en línea con el ADPIC. Sin embargo, la OMPI no aprecia este papel de servicio a la OMC y la tensión entre los dos organismos con sede en Ginebra es evidente. GRAIN. Signposts to sui generis rights. Chapter 1. Febrero 1998. Pág. 9.

creación del consejo del ADPIC, el Convenio sobre la Diversidad Biológica representa un potencial conflicto en el tema de comercio y ambiente. Este conflicto se visualiza puntualmente en las regulaciones del CDB sobre acceso a los recursos genéticos y protección del conocimiento tradicional, innovaciones y prácticas.

Lo que se crea mediante las invenciones que tienen como aportes los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado, son por lo general bienes de interés para la humanidad como medicinas y alimentos. Por esta razón no se puede reducir este tema meramente a la perspectiva del comercio internacional; ni tampoco podemos ignorar los impactos de este comercio y en particular de los derechos de propiedad intelectual sobre la salud y la alimentación mundial⁶⁰⁵.

3. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y el conocimiento tradicional

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) fue creada en 1970 y se convirtió en un organismo especializado de Naciones Unidas en 1974, que está encargada de tratar los asuntos relacionados con propiedad intelectual en el mundo. Ha instaurado la “División sobre Asuntos Globales de la Propiedad Intelectual” que dentro de su plan de trabajo 1998-1999 presenta el subprograma denominado “La Propiedad Intelectual para los Nuevos Beneficiarios” que, entre otros, trata de buscar soluciones y extender el sistema de propiedad intelectual para proteger a los pueblos indígenas y comunidades locales que son dueños de conocimiento tradicional.

El tratamiento de los temas en la actualidad demanda a que los sistemas de propiedad intelectual entren en nuevos campos, sean adaptativos y evolucionarios. La posibilidad de protección de las innovaciones basadas en el conocimiento tradicional por medio de un sistema de propiedad intelectual en definitiva constituye un reto futuro⁶⁰⁶. Entre 1998 y 1999, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, realizó cinco misiones exploratorias en las regiones del Pacífico Sur, el Asia del Sur, el África Oriental y Austral, América del Norte, el África Occidental, los países

⁶⁰⁵ Ver, GRAIN. *Patentes, libre comercio y negociaciones internacionales*. Manifestaciones callejeras en Ginebra se oponen a la OMC. Revista Biodiversidad, No.17. Octubre 1998.

⁶⁰⁶ “Un eficiente sistema de derechos de propiedad intelectual que proteja el conocimiento tradicional promoverá continuamente la creación e innovación basada en este conocimiento”⁶⁰⁶. Esta frase retomada del documento de la OMPI - borrador de reporte - hace pensar que hay avances, que el Convenio de Diversidad Biológica ha despertado temas que estaban en el olvido y que sin embargo hoy se encuentran en la agenda de los gobiernos del mundo.

Árabes, América del Sur, Centroamérica y el Caribe con el fin de que se estudiara las necesidades y expectativas en el tema de propiedad intelectual de los propietarios de “conocimiento tradicional”⁶⁰⁷.

El propósito del reporte final⁶⁰⁸ de misión sería el de brindar información a los Estados Miembros, y a otros sectores sobre las necesidades y expectativas de los propietarios de este conocimiento.

En el reporte de misión se afirma, entre otros, que en las entrevistas realizadas los informantes manifestaron que sería deseable un marco multilateral bajo el cual el conocimiento tradicional pueda ser protegido en todos los países signatarios. También se propone que se desarrollen nuevos instrumentos para proteger el conocimiento tradicional que no ha sido protegido por las existentes herramientas de propiedad intelectual. Sin embargo, estas u otras soluciones primero deberían ser probadas en el ámbito nacional y regional. Se apunta además que las “Normas Modelo para Legislación Nacional sobre la Protección de Expresiones del Folclore contra Explotación Ilícita y otras Acciones Perjudiciales”, de 1982, podría ser una base para futuros standards en el ámbito internacional⁶⁰⁹.

Como hemos manifestado el sistema de derechos de propiedad intelectual en la actualidad no es el propicio para la protección del conocimiento tradicional, pero como bien lo plantea el reporte en mención, esto no es un obstáculo insuperable. Probablemente se tengan que dar cambios en los sistemas de propiedad intelectual en el ámbito nacional e internacional y un mayor entendimiento de los usos del conocimiento tradicional, así como de los sistemas de propiedad intelectual, tarea que debe ser asumida por los gobiernos y los diferentes sectores de la sociedad.

No estamos aquí proponiendo que el único sistema válido de protección está dentro de los derechos de propiedad intelectual, pero sí que es necesario adentrarse en ellos y hacer un análisis detallado de las opciones.

Los Estados miembros de la OMPI crearon en septiembre del 2000, un Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos

⁶⁰⁷ La misión de la OMPI sobre conocimiento tradicional, innovaciones y cultura visitó Centroamérica (17 al 22 de enero 1999) y Suramérica (10 al 13 de mayo 1999).

⁶⁰⁸ El reporte incluye los siguientes capítulos: Enmarcando las necesidades y expectativas de los poseedores del conocimiento tradicional; Identificando las necesidades y expectativas de propiedad intelectual de los poseedores de conocimiento tradicional; sumario, reflexiones y conclusiones.

⁶⁰⁹ World Intellectual Property Organization (WIPO) Draft report on fact-finding missions on intellectual property and traditional knowledge (1998-1999). Ginebra, Suiza. Abril, 2001.

Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. Los temas principales que se abordaron durante la labor de este Comité, que empezó con la reunión de abril de 2001, fueron asuntos relacionados con el acceso a los recursos genéticos y la distribución de beneficios; la protección de los conocimientos tradicionales, estén o no asociados con estos recursos y la protección de las expresiones del folclore.

3.1 ¿Qué piden los Pueblos Indígenas a la OMPI?

Durante la mesa redonda sobre “Propiedad Intelectual y Pueblos Indígenas”, que organizara la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, la Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica - COICA - hizo un llamado⁶¹⁰ para que la OMPI tomara en consideración los siguientes temas:

- El reconocimiento de los conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas.
- El desarrollo y aplicación del concepto de consentimiento informado previo⁶¹¹
- La distribución equitativa de los beneficios

Se solicita que mientras no exista un reconocimiento del conocimiento tradicional, innovaciones y prácticas dentro del sistema de propiedad intelectual, que estos deberían ser reconocidos como innovaciones informales de carácter colectivo. Implicando que estos conocimientos son intergeneracionales, forman parte del territorio, de la cultura y de la cosmovisión de los pueblos indígenas; además, se debe incentivar el intercambio no comercial del conocimiento entre los pueblos indígenas.

Con relación al consentimiento informado previo se considera que este debe ser fundamentado y de carácter colectivo, siendo que cualquier pueblo indígena tiene derecho a negar el acceso a su conocimiento o a sus recursos naturales. Se enfatiza que se deben crear leyes que promuevan la distribución equitativa de los beneficios que resultaran de una eventual comercialización de los conocimientos, innovaciones y prácticas o recursos de sus tierras y territorios⁶¹².

⁶¹⁰ Antonio Jacanimijoy. Director COAICA.

⁶¹¹ Ver, F.Hendrinckx y otros. Access to genetic resources: a legal analysis. Genetic resources and Indigenous knowledge. OPS. 1994.

⁶¹² Ver, A. Jacanimijoy. Iniciativas para la protección de los derechos de los titulares del conocimiento tradicional, las poblaciones indígenas y las comunidades. Documento OMPI/INDIP/Rt/98/4e. Ginebra, julio de 1998.

Las peticiones son claras, y han estado claras ya por algún tiempo. Los seminarios y estudios realizados por la OMPI entre 1998-2000, revelan estas y otras expectativas de los pueblos indígenas. Sin embargo, pareciera que es necesario que los países, los pueblos indígenas y otros sectores de la sociedad sigan presionando para que sus reclamos sean atendidos en el seno de la Organización Mundial del Comercio.

4. Valoración económica del conocimiento tradicional

Me atrevo a mencionar este tema, no sin tener presente que existe una fuerte corriente que defiende que el conocimiento tradicional no se le puede asignar un precio al estilo occidental. Sin embargo, es claro que muchos pueblos indígenas - precisamente por su valiosa concepción de las cosas - no saben del valor económico y el potencial comercial que podría tener el conocimiento tradicional. El conocimiento tradicional, en muchos casos y a lo largo de la historia, es simplemente dado a quién lo requiere, a quién lo necesita, sin ningún reparo. Sin embargo, tampoco debemos cerrarnos a la idea de que los pueblos indígenas tienen el derecho a escoger que hacer con ese conocimiento. No se quiere crear expectativas no realistas, pero si es necesario entender por qué "terceros" quieren tener acceso a ese conocimiento.

No ha sido el objeto de este estudio el adentrarse en la valoración económica o cultural del conocimiento tradicional, sin embargo, rescatamos la importancia de conocer cuál es la contribución del conocimiento tradicional en el desarrollo de nuevos productos o invenciones. Con la plena participación de los pueblos indígenas, comunidades locales, economistas y profesionales de las ramas sociales, se podrían desarrollar herramientas para esta cuantificación. Para que se dé una distribución justa y equitativa de beneficios de la utilización del conocimiento tradicional, podría ser determinante en algún momento del proceso, el haber valorado económicamente dicho conocimiento.

No queremos decir aquí que solo beneficios económicos representados en valores monetarios son los que se podrían distribuir, ya que estos beneficios pueden ser también en especie, pero sí es importante tomar en cuenta que la valoración económica⁶¹³ podría ser una herramienta determinante en la

⁶¹³ Existe una confusión sobre "valor" y "precio". Efectivamente el valor es de lo que la mercancía sustancial y socialmente está compuesta. Puede ser valor intrínseco proveniente de la naturaleza como lo planteaban los primeros economistas y los fisiócratas; puede ser trabajo humano, de lo cual se deriva la teoría valor-trabajo en la que se inspiraron, Smith, Ricardo y Marx y la actual economía política; puede ser utilidad, de la cual se deriva la teoría neoclásica moderna que

distribución equitativa de beneficios⁶¹⁴, dentro de una negociación que se realiza a la luz del comercio internacional.

Lo polémico de la valoración económica de los conocimientos tradicionales se vio reflejado en las discusiones de la reunión del Grupo de Trabajo Ad-Hoc sobre el artículo 8 (j) y disposiciones relacionadas, en su reunión de Sevilla, en marzo del 2000,⁶¹⁵ en donde se pudieron apreciar posiciones diferentes y encontradas en cuanto a la protección del conocimiento tradicional: *como un derecho cultural o como un derecho económico*. Sin embargo, a nuestro criterio, la importancia de esta discusión debe darse en el ámbito del reconocimiento y respeto del conocimiento tradicional que podría tener implicaciones económicas en torno al reparto justo y equitativo de los beneficios que se generen con su utilización. Es decir, un derecho no es excluyente del otro, el derecho de los pueblos indígenas en este tema debe verse como un derecho cultural y como un derecho económico.

5. La Globalización, el acceso a los recursos genéticos y el conocimiento tradicional

Los procesos globales son la muestra de que un nuevo orden económico ha tomado fuerza. La globalización ha propiciado una revisión de los marcos jurídicos existentes lo que, generalmente, implica cambios en la legislación nacional e internacional, entre otros, en aspectos comerciales, ambientales y de derechos humanos.

La explotación del conocimiento tradicional por parte de compañías privadas que se mueven en el ámbito de la economía global, usando nuevas tecnologías y protegiendo luego por medio de patentes sus ganancias, es una realidad⁶¹⁶. Ligado a esto, existen acuerdos regionales, y tratados de

arranca con Jevons, Walras, Marshall, a finales del siglo pasado; o puede ser energía como el caso de alguna corriente de la economía ambiental. El precio es la expresión monetaria de ese valor que se ratifica en el mercado, es el valor de cambio y que va a ratificar el mercado. La relación inteligente y autónoma, previsor y conjunta, requiere de un protagonismo que eche sus raíces en el conocimiento del entorno y sus riquezas, en la solidaridad y en la esperanza; en el eficiente uso de los recursos y una competitividad administrada "adentro y desde abajo". P.Madrigal, V. Solís y otros. *Uso sostenible de la biodiversidad en Meso América*, UICN, 1997. Pág., 26. Ver, UICN. *The economics of biological diversity*, Suiza.1997.

⁶¹⁴ El borrador de reporte de la OMPI sobre propiedad intelectual y conocimiento tradicional ha identificado como una de las necesidades apuntadas por miembros de comunidades locales y pueblos indígenas la falta de información potencial comercial del conocimiento tradicional. Op. cit., pág. 22.

⁶¹⁵ Ver International Centre for Trade and Sustainable Development. Puentes. *Entre Comercio y el Desarrollo Sostenible*. Febrero- Marzo 2000, pág. 11.

⁶¹⁶ Ver, R Wynberg. *Privatising the means for survival*. May 2000.

libre comercio que es necesario nombrar cuando de globalización se trata. A continuación hacemos una breve reseña de estos.

El Tratado de Libre Comercio de Norteamérica, conocido como NAFTA, ha impuesto grandes presiones sobre México - nos referimos únicamente a nuestro tema en estudio - al ser uno de sus deberes el permitir las patentes sobre obtenciones vegetales una vez firmado el acuerdo, hasta que el país no desarrollara legislación en el ámbito nacional. Se reporta que las compañías de Estados Unidos llenaron cerca de 200 aplicaciones para patentes. México enmendó su ley de patentes para excluir las obtenciones vegetales de ser patentadas⁶¹⁷.

Los miembros del MERCOSUR⁶¹⁸, Brasil, Argentina, Uruguay, Paraguay y Chile, como un miembro asociado, afirman que los asuntos de propiedad intelectual entre los países serían dirigidos por ADPIC⁶¹⁹. De hecho, los términos de referencia del grupo de trabajo fueron adoptados el mismo año en que se crea la OMC. Sin embargo, como ya hemos explicado, tanto Brasil como Argentina han sido sometidos ante la OMC para ser objeto de procesos de resolución de controversias con Estado Unidos con relación a la implementación del ADPIC⁶²⁰.

Dentro de las negociaciones del Tratado de Libre Comercio de Centroamérica con los Estados Unidos cada Parte, entre otros, ratificará o accederá antes del 1 de enero del 2008 el *Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales* (1991) (Convenio UPOV 1991). Nicaragua lo hará para el 1 de Enero del 2010. Costa Rica lo hará el 1 de Junio del 2007. Todas las demás Partes lo harán 1 de Enero del 2006. Esta medida no aplicará a cualquier Parte que otorgue protección efectiva mediante patentes a las plantas a la fecha de entrada en vigor de este Tratado. En adición al Artículo 1.3 las Partes afirman sus derechos y obligaciones existentes bajo el Acuerdo ADPIC y acuerdos sobre propiedad intelectual concluidos o administrados

617 Ver, GRAIN. Signposts to sui generis rights. Chapter I. Febrero 1998. J.Dunoff. The NAFTA, experience. Trade Environment and Sustainable Development. ICTSD. 2000

618 Ver, R. Alonso. Crecimiento económico vs. el ambiente: "la sociedad de la gritería"; dignidad, libertad y calidad de vida. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Oficina Regional para América Latina. Serie de documentos sobre derecho ambiental. No.5. 1996.

619 Ver, Salis, Eli. La patente de productos farmacéuticos en el MERCOSUR. Universidad de Alicante. Junio de 1995. F. Braune. Inside Mercosur: a comparative study of member countries patent law. Patent World. April, 1993.

620 Ver, Gobierno de Estados Unidos. Representante de Comercio. 200 Special 301. C.Paranhos. Regional and Inter-regional trade and Environment issues in Latin America. Trade Environment and Sustainable Development. ICTSD. 2000

bajo los auspicios de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) de los cuales forman parte.

El tratado de Estados Unidos de Norteamérica y Chile expresó los deseos de las Partes de construir sobre las bases establecidas en tratados internacionales existentes en el campo de la propiedad intelectual, incluido el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Las Partes se comprometen a que, antes del 1 de enero del 2007, deberán ratificar o adherir al Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (1984). Antes del 1 de enero del 2009, las Partes deberán ratificar o adherir a: el Convenio Internacional sobre la Protección de Nuevas Variedades de Plantas (1991); el Tratado sobre Derechos de Marcas (1994); y el Convenio sobre la Distribución de Señales Portadoras de Programas Transmitidas por Satélite (1974).

Tratado de Libre Comercio en América del Norte (TLCAN), el Tratado del ALCA busca vincular a las 34 democracias del Hemisferio Occidental (incluyendo a Estados Unidos) en un único acuerdo de comercio. Requerirá que todos los países cambien sus leyes internas sobre un amplio abanico de temas, incluyendo derechos de propiedad intelectual. El Borrador de Acuerdo del ALCA también requiere a las partes la implementación de numerosas disposiciones de los tratados sobre los DPI lo cual implica un incremento adicional del nivel de protección.

Puede notarse que; sin importar cuál sea la legislación existente al momento de la firma del tratado, por lo general; se busca en todos los casos otorgar un tipo específico de propiedad intelectual a las obtenciones vegetales ya sea por medio de UPOV (1991) o por medio de patente. Además, se acentúa la necesidad de cumplir con el Acuerdo sobre Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), concretamente sobre el Art. 27.3 b) que se refiere a la propiedad intelectual sobre formas de vida. Sobre el particular, los tratados de libre comercio limitan el espacio y la flexibilidad que los países en desarrollo necesitan para diseñar y regular la protección de la propiedad intelectual de forma que satisfaga sus necesidades y condiciones. Sin embargo, es una realidad que muchos de los países priorizan este tipo de relaciones comerciales por encima del análisis de las posibles consecuencias que se puedan tener en materia de reconocimiento de derechos de propiedad intelectual. La búsqueda por una distribución justa y equitativa de beneficios del uso de la diversidad biológica y del conocimiento tradicional cuando se utilizan como partes de una invención queda relegada.

La globalización económica se refleja en acuerdos de libre comercio e instrumentos normativos, como el ADPIC, a los cuales se han sumado muchos países; sería entonces difícil pensar que la protección del conocimiento tradicional no va a verse afectada o influida negativa o positivamente. Si bien es cierto que pueden crearse instrumentos de protección del uso de los recursos genéticos y del conocimiento tradicional fuera del sistema de propiedad intelectual, tendríamos que evaluar cuales son los efectos de estos instrumentos a escala nacional e internacional.

Lo cierto del caso es que existe la posibilidad de que de la mano de otros instrumentos⁶²¹, también se puedan crear nuevas herramientas o reforzar las ya existentes dentro del sistema de propiedad intelectual bajo el cual juegan la mayoría de los países del mundo. Para aquellos que ven esto como imposibilidad me remito a la experiencia en otros campos de la propiedad intelectual en donde se creía que era imposible darles protección, como por ejemplo, los avances en el campo de la computación.

Lo que debemos prevenir es que el precio de la globalización no sea el de convertirnos en simples suplidores de recursos genéticos y de conocimiento tradicional sin una distribución equitativa de beneficios. Después de todo, los pueblos y comunidades dependen de la biodiversidad y de su conocimiento para sobrevivir y esto no puede ni debe ser el costo de la globalización. En una reciente publicación de "GRAIN" se indica que los sistemas de propiedad intelectual no solo transforman la economía global, sino también las bases de la seguridad alimentaria y el acceso a la salud⁶²², es decir, interfieren directamente en la evolución del ser humano⁶²³. El tema no debe tratarse a la ligera, las implicaciones son tales, que llaman a la reflexión y a pensar sobre todo que les espera a las futuras generaciones de ciudadanos de países en desarrollo.

⁶²¹ No tiene por que existir un único instrumento de protección, bien pueden coexistir diferentes opciones con lo cuál los pueblos indígenas se verían beneficiados al tener la posibilidad de escoger, dependiendo de su situación particular.

⁶²² El 1 diciembre de 1999, el Presidente Clinton anunció que los Estados Unidos estaba comprometido a ayudar a países en desarrollo a tener acceso a medicinas esenciales, incluyendo aquellas para el SIDA. También en esa fecha Charlene Barshefsky (US- Comercio) y la Secretaria del Servicio de Salud Humana de Estados Unidos, anunciaron que Estados Unidos está comprometido con la intención de desarrollar un acercamiento cooperativo en los asuntos de derechos de propiedad intelectual relacionados con la salud para asegurar que la aplicación de las leyes de Comercio de Estados Unidos asociadas con la propiedad intelectual permanecieran flexibles para responder a la crisis de salud pública. Gobierno de Estados Unidos. 2000, *Special 301, report*. Pág. 2.

⁶²³ En esta publicación se documentan un total de 19 casos sobre el otorgamiento de patentes en los siguientes campos: 1) seguridad alimentaria. 2) sobre animales. 3) sobre medicinas. 4) sobre personas.

Ver, GRAIN. *Of Patents and Pirates*. Julio del 2000.

6. El Impacto de la Globalización en los Derechos Humanos

Existe una estrecha relación entre los derechos a la salud, a la seguridad alimentaria y el comercio internacional visto a la luz de la implementación del artículo 27.3 (b) del ADPIC. Resulta, pues importante las declaraciones de Peter Drahos⁶²⁴ cuando en su informe a la OMPI⁶²⁵ se refiere al impacto de los ADPIC sobre los mercados de alimentos y medicinas. En especial a que la estandarización de los derechos de propiedad intelectual llevarían a un alza del precio de los alimentos y medicinas.

Para nuestro interés dos aspectos dentro de esta discusión deben ser resaltados:

- El robo del conocimiento tradicional con fines de explotación comercial⁶²⁶ y la obtención de derechos de propiedad intelectual sobre este, va en contra de los derechos humanos y de los fines de la propiedad intelectual.
- La implementación del ADPIC ha resultado en la restricción de acceso a patentes para ciudadanos de países en desarrollo, deteriorando su derecho a la salud⁶²⁷.

Drahos apunta que el mercado de las medicinas depende de patentes y que la investigación dirigida a obtener estas patentes está limitada a la capacidad de pago. En este sentido, los países en desarrollo tendrían poca posibilidad de producir medicinas que puedan ser patentadas. Los derechos humanos deben guiar el desarrollo de los sistemas de derechos de propiedad intelectual para que estos estén al servicio de la humanidad⁶²⁸. La relación entre los derechos humanos, el ambiente y la globalización económica es más evidente que reconocida en la actualidad⁶²⁹. Cabe resaltar que para que este loable paso se dé queda un largo camino de diálogo y de negociación.

⁶²⁴ Doctor del "Queen Mary Intellectual Property Research Institute of London"

⁶²⁵ El informe conocido como "Human Rights, Globalization and Intellectual Property Rights" (sin publicar) fue presentado al Panel de discusión sobre "Propiedad Intelectual y Derechos Humanos" de la OMPI en noviembre de 1998.

⁶²⁶ El artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos indica que toda persona tiene derecho a la protección de sus intereses morales y materiales que le correspondan por razón producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

⁶²⁷ Organización Mundial de la Salud, Médicos sin Fronteras y otros.

⁶²⁸ Ver International Centre for Trade and Sustainable Development. Puentes. Entre Comercio y Medio Ambiente. Vol. 3, No. 1, junio-agosto 2000 y Bridges. Between Trade and Sustainable Development. Year 4, No.6, July-August 2000.

⁶²⁹ La Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Humanos está tratando de convertir el tema de derechos humanos ambientales en foco permanente de su trabajo. En 1994 un grupo de

Las Naciones Unidas encargaron un estudio sobre “la globalización y su impacto sobre la plena vigencia de los derechos humanos”⁶³⁰ que dio paso a la “resolución sobre el impacto de la globalización en los derechos humanos”⁶³¹, en donde se reafirma la necesidad de estrechar la brecha entre países pobres y ricos en busca de una meta global. Para algunos la resolución también define la posición de los derechos humanos frente al trabajo de la OMC, de tal manera que se afirma la primacía de estos - derechos humanos - sobre motivos comerciales.

La Subcomisión de las Naciones Unidas sobre Protección y Promoción de los Derechos Humanos ha advertido, en agosto de 2000, que los sistemas de patentes de la Organización Mundial de Comercio (OMC) violan los derechos fundamentales de las personas a la salud, alimentación y cultura de acuerdo con el Acuerdo de las Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales y el Convenio de la Diversidad Biológica. La resolución insta a la OMC a tomar en consideración la obligación de los Estados de cumplir los acuerdos sobre derechos humanos.

expertos produjo un borrador de “Declaración de Principios sobre Derechos Humanos y Ambiente”. Ver al respecto Dr. Alfred Rest. Improved Environmental Protection through and expanded concept of human rights in Europe?

630 El estudio fue presentado en la 52a. sesión de la subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos para ser luego llevado a la sesión anual de la Comisión de Derechos Humanos en marzo y abril del 2001.

631 Naciones Unidas Documento a/c.3/55/L.48/rev 1

Capítulo IX

Instrumentos propuestos para la protección del conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos

1. Derechos comunales o colectivos

Los derechos de propiedad colectiva de los pueblos indígenas, indirectamente, son reconocidos por el Convenio 169 de la OIT al indicar que deben reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales, tomando en consideración que los problemas se plantean tanto colectiva como individualmente; también indica que los gobiernos deben respetar la importancia de los valores de los pueblos indígenas en relación con sus territorios y, en particular, aspectos colectivos de esa relación⁶³². Lo que más interesa aquí es lo relacionado con el “deber” de los estados a respetar los aspectos colectivos; aunque el artículo se refiere específicamente a tierras o territorios únicamente, con la concepción de que la tierra de los pueblos indígenas no está separada de los recursos ni de sus conocimientos asociados a esta, es decir, la tierra envuelve todos los elementos.

En diferentes secciones de este libro se hará referencia a lo que ya aparece en los foros de discusión de este tema como un hecho consumado, y es que los derechos de pueblos indígenas y comunidades locales sobre los conocimientos, prácticas e innovaciones son “derechos comunales o colectivos”.

No está claro, sin embargo, a qué se refieren, en la mayoría de los casos, con la palabra “colectivo” o “comunales”, o por qué se llaman de esta forma. Algunas personas apuntan el hecho de que los pueblos indígenas, generalmente, atribuyen el conocimiento a una persona llamada chaman, sibú, o personas mayores de la comunidad. Dicen que no es cierto que todos los miembros de una comunidad saben lo mismo, como no lo es en otros ambientes sociales. No obstante, lo que sucede es que hay muy poco conocimiento y respeto de las concepciones indígenas sobre lo que es la palabra “comunal” o “colectivo”, dentro de su esfera.

Lo primero que tendríamos que aclarar es que el conocimiento es considerado un patrimonio⁶³³, que es algo más que un conjunto de

⁶³² Ver artículos 5 y 13 del Convenio 169 de la OIT.

⁶³³ Todo lo que forma parte de la identidad de un pueblo.

derechos económicos, es un conjunto de relaciones. El hecho de que un médico indígena posea un conocimiento supone que esta persona ha sido elegida guardián o custodio de ese conocimiento, no que le pertenece. Supone, pues, una responsabilidad de cuidar el recurso natural. Indica E. Daes⁶³⁴: “la responsabilidad individual no debe confundirse con el derecho de propiedad. Los guardianes tradicionales actúan de depositarios de los intereses de toda la comunidad y sólo disfrutan de los privilegios y el prestigio propios de ese cargo mientras propicien el interés supremo de la comunidad. El derecho colectivo de gestionar el patrimonio es fundamental para la identidad, la supervivencia y el desarrollo de cada sociedad indígena”.

Por lo tanto, el argumento de que el conocimiento es individual y no colectivo, lo que presupone es una visión occidental de la situación y no necesariamente la realidad de los pueblos indígenas⁶³⁵.

Quizá, desde la perspectiva jurídica, el principal elemento de este tipo de derechos es que no se pueden personalizar, son comunes a un grupo determinado, en este caso, los indígenas, y que solo se individualizan a la hora de ser reclamados. De las diferentes lecturas realizadas se rescata que existe una confusión ya que algunos asemejan los derechos colectivos con la teoría de los intereses difusos,⁶³⁶ ya utilizada en muchos países para reclamar derechos sobre la salud o el ambiente. En este sentido, la relación jurídica no es individualizada, sino genérica, y el derecho no se concreta a no ser que sea caracterizado por la Ley como tal⁶³⁷.

⁶³⁴ Op. cit., pág. 9.

⁶³⁵ Algunos autores señalan que esta realidad es mucho más compleja y que no es correcto afirmar que todos los conocimientos tradicionales son colectivos. Mientras que en muchos pueblos indígenas y comunidades locales la cultura se genera y se transmite colectivamente, en otros casos individuos pueden distinguirse y son reconocidos como creadores informales o inventores separados de su comunidad. Al respecto ver: la declaración hecha por Anil Gupta en la Mesa redonda organizada por la OMPI sobre propiedad intelectual y conocimiento tradicional. Noviembre 1, 2 de 1999. Ver también Downes, pág. 3. Chand y otros “Contracts for compensating: creativity, innovation”; documento presentado en el foro de Belem: “paths and sustainable development, noviembre de 1996 y “Traditional knowledge: A holder’s practical perspective” Varma, Shri Sundaran, SRISTI, documento presentado en la mesa redonda sobre propiedad intelectual y conocimiento tradicional, Ginebra, noviembre 1, 2 de 1999. Todos documentos citados dentro del borrador de reporte de la OMPI sobre propiedad intelectual y conocimiento tradicional 1998-1999. Op. cit., pág. 28. Accesibles en su mayoría en la página web de la OMPI.

⁶³⁶ Por ejemplo, la Constitución Política de Costa Rica indica, en su artículo, 50, que “... Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado...” Es decir, ya no es necesario tener un interés legítimo para poder reclamar el daño ambiental, sino que cualquier ciudadano puede reclamarlo.

⁶³⁷ C. Federico Mares. Esta característica los aleja del concepto de derecho individual concebido en su integridad en la cultura contractualista o constitucionalista del siglo XIX, porque es un derecho sin sujeto.

Aunque, sobre el particular, la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica⁶³⁸ indica que “los intereses difusos no obstante son de difícil definición y más compleja identificación no pueden ser los intereses meramente colectivos; ni tan difusos que su titularidad se confunda con la de la comunidad nacional como un todo, ni tan concretos que, frente a ellos, resulten identificadas o fácilmente identificables personas determinadas o grupos personalizados, cuya legitimación derivaría no de los intereses difusos, sino de los corporativos o que atañen a una comunidad en su conjunto”. En el caso de los derechos colectivos, estos se atribuyen al pueblo indígena, es decir, son identificables.

Con los intereses difusos se comparte un interés y, por ende, se recibe un beneficio o un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos. Con acierto se dice que se trata de derechos iguales de los conjuntos personas que se encuentran en determinadas situaciones y, a la vez, de cada una de ellas. En este sentido, los intereses participan de una doble naturaleza, ya que, a la vez que son colectivos por ser comunes a una generalidad, son individuales por lo que puedan ser reclamados en tal carácter. Se ha afirmado que cuando no hay posibilidad de identificar el sujeto en términos de dogmática tradicional, no estaríamos frente a un “derecho”, sino frente a un simple interés. En nombre de este interés se pueden reclamar derechos.

En el caso de los pueblos indígenas y “derechos comunitarios” se percibe que cada individuo (indígena de un determinado territorio o comunidad) es titular de una parte del derecho sobre el conocimiento tradicional, pero esa titularidad no puede apropiarse, transferirse o alienarse, es decir, no integra el patrimonio de cada individuo⁶³⁹. El derecho comunal sobre el conocimiento es reclamado en forma colectiva por los pueblos indígenas más que por individuos.

Estos derechos se asemejan a los derechos humanos, ya que son derechos concedidos a toda persona independientemente de su raza, lengua o religión y se diferencia de estos en la medida en que los derechos comunitarios indígenas hacen referencia únicamente a los miembros (aunque no determinados) de un grupo social establecido o pueblo indígena.

⁶³⁸ Voto 1763-94, 13 de abril de 1994. Recurso de Amparo contra el Instituto de Desarrollo Agrario. Legitimación para actuar, derecho a un ambiente sano, intereses difusos.

⁶³⁹ C. Federico Mares explica que si todos son sujetos de un mismo derecho, todos tienen disponibilidad sobre él, pero al mismo tiempo nadie puede disponer de él contrariándolo, porque sería violar el derecho de todos los demás. Derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de América Latina. Pág. 18.

Hay ciertos aspectos que caracterizan a los derechos colectivos o comunitarios⁶⁴⁰ de los pueblos indígenas, los cuales son:

- Ejercicio de formas propias de organización social.
- Normatividad propia: normas internas de control social, mecanismos que les han permitido mayor o menormente la vida comunitaria.
- Los derechos son colectivos en el espacio y en el tiempo.
- El tutelar de los derechos es la comunidad.
- No se pueden utilizar con fines comerciales en perjuicio de la propia colectividad.
- Son inalienables e imprescriptibles.
- Forman parte del patrimonio cultural del pueblo indígena.
- Es acumulativa e informal, incluye todas las innovaciones y conocimientos en extensos períodos de tiempo.

En Perú, la Ley que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Vinculados a los Recursos⁶⁴¹ Biológicos indica que el conocimiento colectivo es el conocimiento acumulado y transgeneracional, desarrollado por los pueblos y comunidades indígenas respecto a las propiedades, usos y características de la diversidad biológica. El elemento principal de esta definición es que el conocimiento ha sido desarrollado en forma colectiva por cierto tipo de individuos tutelados bajo la palabra “pueblos indígenas”, de la cual ya se ha dado la definición.

La Ley incluso delimita, en su artículo 10 en forma expresa, que los conocimientos colectivos son aquellos que pertenecen a un pueblo indígena y no a individuos determinados que formen parte de dicho pueblo. Pueden pertenecer a varios pueblos indígenas. Indica, además, que son derechos independientes de aquellos que puedan generarse al interior de los pueblos indígenas y para cuyo efecto de distribución de beneficios podrán apelar a sus sistemas tradicionales. Forman parte del patrimonio cultural, son inalienables e imprescriptibles.

En Madagascar, el Proyecto de Ley sobre el Régimen de Acceso a los Recursos Genéticos de la Diversidad Biológica establece los derechos intelectuales de las comunidades locales, indicando que son derechos colectivos, inalienables e imprescriptibles formando parte del patrimonio cultural. En Venezuela, la Ley de Diversidad Biológica⁶⁴² reconoce como derechos patrimoniales los

⁶⁴⁰ Ver, GRAIN. Hacia un régimen de derechos comunitarios sobre la biodiversidad. Revista Biodiversidad. N.7. Abril, 1996. GRAIN. Nuevos Avances en defensa de los derechos colectivos. Revista Biodiversidad. No.19-20. Junio, 1999.

⁶⁴¹ Ley No.27811 del 11 de agosto del 2002.

⁶⁴² Artículos 41 y 42.

derechos colectivos de propiedad y de control de los recursos, asociados a las formas de vida, que física e intelectualmente pertenecen a la identidad, de las cuales se desprenden sus propias manifestaciones existenciales y culturales. Define como derechos comunitarios, la facultad de disposición de los conocimientos, innovaciones y prácticas pasadas, actuales o futuras, que conforman la propiedad intelectual colectiva de los pueblos y comunidades indígenas.

En Brasil⁶⁴³ se identifican los conocimientos tradicionales asociados como información práctica individual o colectiva de una comunidad indígena o de una comunidad local, con valor real o potencial, asociadas al patrimonio genético. Nótese en este último caso que lo que puede ser individual es la práctica no el derecho de pertenencia. Esta Medida también especifica que cualquier conocimiento tradicional asociado al patrimonio genético podrá ser propiedad de una comunidad, aunque sólo un miembro de esa comunidad posea ese conocimiento.

El borrador de Ley sobre Conservación y Uso Sustentable de la Biodiversidad de Ecuador indica⁶⁴⁴ que se adoptará un régimen *sui generis* de conformidad con lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual que regule los derechos de propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas, afroecuatorianos y comunidades locales sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

En Venezuela, la Ley de Diversidad Biológica, en su artículo 85, establece que los derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales son de carácter colectivo y serán considerados como derechos adquiridos, distintos del derecho de propiedad individual, cuando correspondan a un proceso acumulativo de uso y conservación de la diversidad biológica. Especifica en su artículo 42 que son derechos comunitarios la facultad de disposición de los conocimientos, innovaciones y prácticas pasadas, actuales o futuras, que conforman la propiedad intelectual colectiva de los pueblos y comunidades indígenas.

Es necesario, sino indispensable, el reconocer, dentro de la legislación nacional, el carácter de colectivo de los derechos sobre los conocimientos tradicionales y sobre la diversidad biológica. La razón es la necesidad de respetar la propia visión y derechos consuetudinarios de los pueblos indígenas, pero también ha sido comprobado que la propiedad individual

⁶⁴³ Artículo 7, Medida Provisoria 2.186-16 del 23 de agosto del 2001.

⁶⁴⁴ El borrador de la ley estipula la obligación de requerir el consentimiento informado previo de la comunidad involucrada cuando se pretenda tener acceso a los recursos biológicos, genéticos y sus componentes asociados.

sobre estos elementos puede causar problemas sociales dentro de estos pueblos, ocasionado incluso su pérdida. Hay legislaciones que reconocen el conocimiento tradicional o llamado conocimiento intangible, pero que no reconocen su carácter de colectivo, dejando un portillo para que este sea tratado en forma individual o colectiva. Para algunos esto deja la posibilidad a los pueblos indígenas de que escojan su propia forma de administrar, pero en realidad esto es desconocer las luchas que los pueblos indígenas han dado a lo largo de la historia.

Aunque la titularidad de los derechos colectivos la tiene el pueblo indígena en general, necesariamente si estos pueblos están pensando en utilizar la figura del “contrato” u otro mecanismo legal para dar acceso a los recursos genéticos y al conocimiento asociado, tendrán que concretar quién, dentro de la comunidad o colectivo de individuos, tiene la legitimación para realizar actos contractuales o dentro del comercio de los bienes. Tema que trataremos en la sección sobre contratos de acceso.

Por otro lado, tal y como lo indica el borrador de reporte de la OMPI sobre conocimiento tradicional “...la colectividad de la creación y propiedad del conocimiento tradicional, representa un reto para el sistema de derechos de propiedad intelectual y la puesta a prueba de opciones para la adquisición colectiva, administración y aplicación de derechos de propiedad intelectual por parte de los poseedores del conocimiento tradicional. Estudios más profundos podrían incluir la posible aplicación de sistemas de administración colectivos⁶⁴⁵ de derechos de propiedad intelectual para el conocimiento tradicional”.

2. Mecanismos de protección sui géneris

A continuación presentamos una descripción de algunos de los mecanismos que las diferentes legislaciones existentes han planteado para proteger los derechos de los pueblos indígenas sobre la diversidad biológica y el conocimiento tradicional. Dentro de estos instrumentos podremos encontrar los registros de conocimiento, el secreto comercial, los derechos intelectuales comunitarios y las licencias de conocimiento.

No se olvida que, de la mano con los instrumentos de protección en el plano nacional, es necesario reconocer que es vital jugar donde las pautas

⁶⁴⁵ Sin embargo, se aclara que administración colectiva no significa propiedad colectiva. Aunque no todos los sistemas de propiedad intelectual son individualistas. Por ejemplo, existen marcas colectivas, co-inventores, co-autores. En este sentido podría hacerse un estudio más profundo sobre la posibilidad de derechos colectivos dentro del sistema de propiedad intelectual.

se definen, y esto es dentro de la OMC⁶⁴⁶. En este sentido, se debe utilizar el artículo 27.3 de ADPIC y asociarlo con las obligaciones asumidas por los países signatarios del CDB, lo que puede dar paso al desarrollo de un sistema *sui generis* -reconocido internacionalmente- de protección del conocimiento tradicional en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual. La lucha también debe darse en este sentido y, sobre todo, con ello llamar la atención de los países industrializados y del mundo sobre la importancia y el justo derecho de la protección del conocimiento tradicional asociado al acceso de recursos genéticos. En el intermedio, mientras se alcanza esta meta, se puede trabajar en otros sistemas o instrumentos de protección de este conocimiento⁶⁴⁷, algunos de los cuales la legislación costarricense está tratando de implementar.

2.1 Los derechos intelectuales comunitarios

Algunas legislaciones han reconocido bajo el término “derechos intelectuales comunitarios” a los conocimientos, prácticas e innovaciones de los pueblos indígenas al particular se presentan los siguientes ejemplos:

2.1.1 Derechos intelectuales *sui generis* en Costa Rica

En Costa Rica, las Normas Generales de Acceso del 2003⁶⁴⁸, definen como derechos intelectuales *sui generis* a los conocimientos, las prácticas e innovaciones de los pueblos indígenas y de las comunidades locales relacionadas con el empleo de los elementos de la biodiversidad y el conocimiento tradicional. La Ley de Biodiversidad⁶⁴⁹ establece un título denominado “*Los derechos intelectuales comunitarios sui generis*”, en que el Estado reconoce y protege expresamente, con el nombre común de derechos intelectuales comunitarios *sui generis*; los conocimientos, las prácticas e innovaciones de los pueblos indígenas y las comunidades

⁶⁴⁶ La Organización Mundial del Comercio fue constituida en 1994 para suplantar el Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio GATT. EL OMC, o WTO, sus siglas en inglés, constituyó un Consejo para Aspectos Relacionados con los Derechos de Propiedad Intelectual, TRIP, y para dar seguimiento al acuerdo negociado durante la Ronda de Uruguay.

⁶⁴⁷ No queda claro aquí si en el futuro se incluirá una modificación a la ley de patentes en este sentido para incluir innovaciones informales, o que se quiere decir con régimen *sui generis* con relación a los derechos de propiedad intelectual. Por el momento lo que el proyecto de ley si estipula claramente es la obligación de requerir el consentimiento informado previo de la comunidad involucrada cuando se pretenda tener acceso a los recursos biológicos, genéticos y sus componentes asociados.

⁶⁴⁸ Normas Generales para el Acceso a los Elementos y recursos Genéticos y Bioquímicos de la Biodiversidad. Decreto DAJ-D-020-2003 Ministerio de Ambiente y Energía.

⁶⁴⁹ Artículos 82, 83, 84, 85.

locales relacionadas con el empleo de los elementos de la biodiversidad y el conocimiento asociado. Este derecho existe y se reconoce jurídicamente por la sola existencia de la práctica cultural o el conocimiento relacionado con los recursos genéticos y bioquímicos; no requiere declaración previa, reconocimiento expreso ni registro oficial; por tanto, puede comprender prácticas que, en el futuro, adquieran tal categoría.

Este reconocimiento implica que ninguna de las formas de protección de los derechos de propiedad intelectual o industrial regulados en las leyes especiales y el derecho internacional afectarán tales prácticas históricas.

Para determinar el alcance y la naturaleza de los derechos intelectuales comunitarios *sui géneris* se establece que, dentro de los dieciocho meses⁶⁵⁰ siguientes a la entrada en vigencia de la Ley, la Comisión, por medio de su Oficina Técnica, y en asocio con la Mesa Indígena y la Mesa Campesina, deberá definir un proceso participativo con las comunidades indígenas y campesinas con este fin. La Comisión y las organizaciones involucradas dispondrán la forma, la metodología y los elementos básicos del proceso participativo.

Se indica, asimismo, que se procederá a inventariarse los derechos intelectuales comunitarios *sui géneris* específicos que las comunidades solicitan proteger, y se mantendrá abierta la posibilidad de que, en el futuro, se inscriban o reconozcan otros que reúnan las mismas características. Sin embargo, el reconocimiento de esos derechos en el Registro de la Oficina Técnica de la Comisión es voluntario y gratuito; deberá hacerse oficiosamente o a solicitud de los interesados, sin sujeción a formalidad alguna.

La existencia de tal reconocimiento en el Registro obligará a la Oficina Técnica a contestar negativamente cualquier consulta relativa a reconocer derechos intelectuales o industriales sobre el mismo elemento o conocimiento. Tal denegación, siempre que sea debidamente fundada, podrá hacerse por el mismo motivo, aun cuando el derecho *sui géneris* no esté inscrito oficialmente. Se deja, de esta forma, un espacio para que la protección pueda surtir efecto, aun en el caso de que el conocimiento no fuese registrado.

Se denota que todavía queda mucho camino por recorrer, y lo que será un verdadero desafío es la reglamentación del contenido de la Ley, pues queda sin definir la titularidad del conocimiento, la forma de distribución de sus beneficios y, sobre todo, los alcances (derechos, obligaciones) del concepto

⁶⁵⁰ La Ley fue aprobada en abril de 1998. A la fecha, no se cuenta con un reglamento.

de derechos intelectuales comunitarios. Es decir, se han dado las bases o los principios para el desarrollo de un sistema *sui géneris*, pero este todavía no está dado.

2.1.2 Derechos de propiedad *sui géneris* en Nicaragua

El borrador de Ley de Biodiversidad de Nicaragua le da el carácter de derechos intelectuales comunitarios *sui géneris* a los conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas, comunidades locales y étnicas relacionadas con la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y les da la facultad para decidir sobre estos. Este derecho, se reconoce jurídicamente con la sola existencia, no requiere de declaración previa, reconocimiento expreso, ni registro oficial y puede comprender prácticas que el futuro adquieran tal categoría. Nótese que se deja una ventana abierta para que los pueblos indígenas y comunidades decidan que son y que no son conocimientos tradicionales. Aunque se crea un registro de propiedad *sui géneris* este es optativo y en todo caso confidencial. En esta ley, al igual que en la de Costa Rica, se establece un plazo - no mayor a doce meses después de la entrada en vigencia de ley - para que con un proceso de consulta participativo con los pueblos indígenas, comunidades locales y étnicas se establezcan los alcances y requisitos de los derechos comunitarios *sui géneris*.

Pareciera que hace falta un capítulo a estas leyes, o probablemente el planteamiento ha sido que la reglamentación de estos instrumentos legales definiría los alcances de estos derechos. Lo cierto del caso es que ambas leyes se proponen reunir a la sociedad, las comunidades locales y los pueblos indígenas para que definan por sí mismas estos aspectos.

2.1.3 propuesta de sistema de derechos *sui géneris* sobre recursos tradicionales

Lo que se propone es una especie de metodología para desarrollar precisamente el concepto de un sistema *sui géneris*. Según A. Posey, este estaría basado en los principios sobre derechos humanos; es un proceso y un marco para desarrollar múltiples sistemas locales apropiados y soluciones que reflejan la diversidad de contenido donde un sistema *sui géneris* es necesario. Está compuesto por alrededor de cuatro procesos:

- Identificación del legajo de normas contenidas en principios morales y éticos.

- Reconocimiento de principios, resoluciones, declaraciones (no obligatorios) que contienen derechos consuetudinarios aceptados universalmente por su continua práctica.
- Armonizar convenios internacionales ratificados por los estados.
- Equidad para proveer a indígenas marginados, comunidades tradicionales y locales de condiciones favorables para influenciar todos los niveles y aspectos de la política de planificación e implementación.

Los derechos sobre recursos tradicionales servirán de base para el desarrollo de legislación y de guía en el diálogo entre comunidades locales, pueblos indígenas, estados y organizaciones no gubernamentales.

2.1.4. Derechos intelectuales comunitarios

La Red del Tercer Mundo, en 1994, propuso lo que se conoce como derechos intelectuales comunitarios para proteger innovaciones y el conocimiento intelectual de comunidades locales en relación con variedades de plantas. Se basa en que las innovaciones o invenciones se originan, muchas veces, en la comunidad y no en forma individual. Se ha elaborado un documento conocido como “Community Intellectual Rights Act”, dentro del que se incluyen asuntos como, entre otros, el libre intercambio entre comunidades, los usos para propósitos comerciales, el registro de la comunidad local, el registro de la innovación, el derecho a ser copropietarios y el derecho para monitorear y dar seguimiento a la innovación.

En relación con el uso con propósitos comerciales, indica que cualquier persona física o jurídica que esté utilizando cualquier innovación o parte de esta con propósitos comerciales, debe pagar a la comunidad local que es la dueña o cuidadora de esa innovación una suma o porcentaje no menor a un porcentaje del grueso de ventas de cualquier producto o proceso incorporado a esa innovación. Se propone que el pago pueda ser no monetario, determinado por la comunidad local de acuerdo con sus costumbres y prácticas.

El documento solo se refiere a comunidades locales, aunque podría ser aplicado a pueblos indígenas. Por otro lado, aunque se dan algunos lineamientos claros, es necesario profundizar en el contenido de algunos de los artículos propuestos. Es de particular interés que las innovaciones o conocimientos no pueden ser objeto de venta; estos permanecen con la comunidad; lo que puede venderse es el uso de esa innovación o conocimiento. Esto quiere decir que la comunidad sigue siendo la dueña, y no se da exclusividad de la innovación o del conocimiento. Esto, pensando

en el derecho de las futuras generaciones a hacer uso de estas innovaciones y seguir permitiendo la transferencia de conocimiento intergeneracional. Lo que abre la puerta a otro tema de discusión: ¿Cuántas veces puede este conocimiento ser objeto de venta? ¿Cuáles serían las cláusulas de un posible contrato con una compañía determinada? A este respecto, tendríamos que decir que el documento no hace la diferencia entre transferencia con fin comercial y transferencia comunal sin fines comerciales.

2.2 Secreto comercial

Los pueblos indígenas podrían proteger su conocimiento tradicional como un secreto comercial si su conocimiento no es ya de dominio público. Los secretos comerciales protegen información confidencial o, lo que es conocido como Know-How, que le da una ventaja comparativa al que tiene el conocimiento porque este se convierte en secreto⁶⁵¹. Este tipo de secretos pueden estar protegidos por medio de una ley de competencia, leyes comerciales u otras. Los pueblos indígenas podrían reclamar una compensación por daños cuando su secreto comercial ha sido violado.

El artículo 39 de los ADPIC se refiere a información confidencial ⁶⁵². Esto se da, sobre todo, cuando no se quiere revelar la información o protegerla por medio de una patente. Este artículo establece que las personas naturales o jurídicas deben tener la posibilidad de prevenir que la información que esté bajo su control no pueda ser adquirida o usada sin su consentimiento en una manera contraria a las prácticas comerciales honestas en el tanto la información:

- Sea un secreto de forma tal que, como cuerpo, la configuración precisa de la formación de sus componentes no sea generalmente conocida o accesible a personas que estén en el círculo donde normalmente se maneja este tipo de información.
- Tenga un valor comercial porque es un secreto.

⁶⁵¹ En Omán también se está hablando de la posibilidad de proteger el conocimiento tradicional sobre prácticas médicas y conocimientos tradicionales de los curanderos como secretos comerciales. Una clínica de medicina tradicional fue establecida por su Majestad el Sultán Qaboos ibn Said, en 1998, como un medio para conservar el patrimonio nacional de Omán en el campo de la medicina tradicional y como un medio para proveer sin costo alguno tratamiento médico. Cada curandero mantiene su conocimiento médico tradicional como un secreto y no lo comparte incluso con personal del hospital. Los curanderos han confirmado que el conocimiento tradicional tiene un valor económico y es secreto o sea no accesible. Se persigue la protección de este conocimiento como secreto comercial bajo el artículo 39.2 del ADPIC. Ver, Misión de la OMPi a los países Árabes, Febrero-Marzo, 1999.

⁶⁵² Ver Stokes Kathryn, Mugabe John. Op. cit., págs. 54, 55.

- Esté sujeta a pasos razonables en las circunstancias exigidas por la persona que legalmente tiene la información bajo su control con el fin de mantener su secreto.

Esa pareciera ser una buena opción para proteger el conocimiento tradicional, lo que implicaría que este tendría que ser registrado como tal en algún punto. Las condiciones aquí solicitadas, de hecho, pueden ser cumplidas con facilidad por los pueblos indígenas. En este sentido, el conocimiento tradicional en sí tiene un valor comercial. En efecto, ha estado mantenido generalmente en control de los pueblos indígenas, y una parte importante de este todavía no está en el dominio público.

Vale también tomar precaución, sin embargo, de que se requiere una persona física o jurídica para resguardar el conocimiento como secreto comercial; no se reconoce la figura del derecho comunitario o colectivo. Por esto los pueblos indígenas indiscutiblemente tendrían que designar al “awa”, chamán u otra persona, o bien conformar una entidad llamada asociación o sociedad para convertirse en persona jurídica.

El otro asunto es que la comunidad indígena que tiene el conocimiento tendría que tener cuidado de que esta información no sea diseminada públicamente; por ejemplo, poniéndola en Internet o dándola para que salga en la publicación de un libro. El secreto comercial no prohíbe la revelación de la información, pero sí su diseminación general. Esto podría presentar problemas para algunas comunidades que están acostumbradas a dar su conocimiento libremente a quien lo solicite.

Algunos podrían alegar que el conocimiento tradicional no tiene valor comercial; no obstante, este argumento ha sido superado desde el momento en que ya existen contratos entre compañías farmacéuticas y pueblos indígenas, en donde no solo se implica el acceso a los recursos genéticos, sino también el conocimiento asociado a estos. Por otro lado, se podría alegar que, si no existe como secreto, podría ser comercializado por personas ajenas a la comunidad en detrimento estas.

Quizá el mayor problema se presenta en el cuidado que se debe tener para que el conocimiento pueda constituir un secreto por largos períodos. El secreto puede ser transmitido a otras personas o compañías, pero en calidad de secreto. Si el secreto entra en la esfera del dominio público, la protección cesa. En cualquier momento, el pueblo indígena podría ser vulnerable a este tipo de situación.

Visto desde los ADPIC u otras leyes nacionales, podría ser una solución interesante; sin embargo, no podemos dejar de indicar que muchos de los preceptos aquí utilizados son totalmente ajenos a los pueblos indígenas; además, se requeriría, primero que todo, su comprensión, aprobación y disposición para la introducción de su conocimiento en este sistema, totalmente occidental, de protección. Por otro lado, no se trata de hablar con un líder indígena; se requerirá a toda la comunidad involucrada para poder mantener el secreto como tal, aunque el conocimiento siga siendo utilizado por ellos mismos.

Pareciere que, más bien, lejos de buscar el reconocimiento y entendimiento de su propio derecho consuetudinario, buscando nuevas opciones de protección, de lo que se trata es de asimilar a los pueblos indígenas dentro del sistema occidental ya existente. Con este comentario no estoy descartando esta posibilidad como alternativa, que podría funcionar para unos pueblos, mas no para otros, dependiendo de su realidad.

2.2.1 La experiencia del Ecuador

En Ecuador se está experimentando un mecanismo para proteger el conocimiento tradicional y convertirlo en un “secreto comercial”, el cual ya está protegido en la legislación de muchos países. El proyecto propone que el conocimiento tradicional sea almacenado en bancos de datos confidenciales y luego negociar el acceso a este conocimiento tradicional como un secreto comercial.

Cada comunidad tendría su propio registro de conocimiento, y no puede acceder a los registros de otras comunidades. Existirá un filtro dentro del banco que identificará cuáles conocimientos son iguales; también se identificará cuál información ya es de dominio público por medio de una base de datos que ofrece la Universidad de Illinois en Chicago.

2.3 Certificados de Legal Procedencia o Certificados de Origen

Durante los últimos años, en particular, los países en desarrollo y organizaciones, entre otras, como OMPI, OMC, el CDB⁶⁵³, y UNTACD han abordado este tema y existe abundante información al respecto. El certificado de origen o de legal procedencia es un instrumento para

⁶⁵³ Ver Decisión IV/8, párrafo 3 y anexos. Decisión V/26 párrafo A.15 (d). Directrices de Bonn Sección V párrafo 1.

controlar y dar seguimiento a la utilización de los recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado, dando paso al cumplimiento de los requerimientos sobre consentimiento informado previo y los términos mutuamente acordados antes del acceso al recurso. Para el caso de patentes, se pretende que ayuden a determinar la fuente de origen del material genético utilizado para la invención y el conocimiento tradicional en el caso que corresponda.

Los Países Megadiversos Afines, en sus reuniones de Cancún y Cusco, dejaron claro su interés en profundizar en esta posibilidad, sobre todo, relacionada con la propiedad intelectual y la posibilidad de introducir consideraciones sobre la divulgación de origen y consentimiento fundamentado previo. Expresamente en la Declaración de Cusco -2002- acuerdan la necesidad de presentar, antes de emitir patentes, un acuerdo de consentimiento informado previo con el país de origen de los recursos genéticos, así como una prueba de la procedencia legal de los recursos genéticos y/o conocimiento tradicional que se utilizan en una invención o que son parte de ella.

Durante las reuniones de los Países Megadiversos, el grupo de expertos en acceso y distribución de beneficios ha discutido sobre la necesidad de solicitar algo más que un certificado de origen que identifique el lugar de donde se toma el recurso genético o el conocimiento tradicional. En este sentido, se considera mejor usar la terminología certificado de legal procedencia en donde, además, de identificar el origen del recurso o conocimiento, la emisión del certificado se sujeta a una serie de cláusulas legales que podría asegurar la posibilidad de seguimiento del recurso y la distribución equitativa de beneficios provenientes de su utilización. Será necesario profundizar en como este certificado de legal procedencia se relaciona o es compatible con el Acuerdo de Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio conocido como ADPIC.

2.3.1 Certificado de Origen o de Legal Procedencia en Costa Rica

Dentro de las normas de acceso a los Recursos Genéticos de Costa Rica se define el certificado de origen o de legal procedencia como el documento oficial emitido por la Oficina Técnica de la Comisión Nacional de Gestión de la Biodiversidad (CONAGEBIO), donde se certifica la legalidad del acceso a elementos o recursos genéticos y bioquímicos de la biodiversidad y el cumplimiento de los términos en los que le fue autorizado al interesado el

permiso de acceso correspondiente. El certificado incluye el lugar y fecha del acceso, propietario de los elementos o recursos de la biodiversidad, el material obtenido, cantidad; y la persona, la comunidad o comunidades que han contribuido o contribuirán con su conocimiento asociado, innovaciones y prácticas tradicionales. Además, indicará si el interesado cumplió con la normativa establecida para el consentimiento previamente informado y las condiciones mutuamente acordadas de la investigación básica, la bioprospección o el aprovechamiento económico, así como la fecha y número de la resolución correspondiente.

2.3.2 Certificado de Origen en Madagascar

En Madagascar el Proyecto de Ley de Acceso a los Recursos Genéticos de la Diversidad Biológica señala que toda licencia de movilización del recurso deberá estar acompañada de la mención del origen del recurso y de la autorización de acceso. Aunque no se menciona explícitamente la necesidad de un certificado de origen o de legal procedencia resulta importante el identificar la fuente de origen del recurso.

2.3.3 Certificado de Depósito de Material en la Comunidad Andina de Naciones

La Decisión 486 de la Comunidad Andina que establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial indica que la solicitud de patente de invención se presentará ante la oficina nacional competente y deberá contener, entre otros, de ser el caso, el certificado de depósito del material biológico.

En realidad el certificado de depósito de material genético podría no necesariamente revelar el origen preciso del material. Aunque esta Decisión estipula, además, que el depósito del material biológico sólo será válido para efectos de concesión de una patente, si se hace en condiciones que permitan a cualquier persona interesada obtener muestras de dicho material transcurridos 18 meses contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud en el país miembro o cuando fuese el caso desde la fecha de prioridad que se hubiese invocado⁶⁵⁴.

La solicitud de patente deberá, además, contener, de ser el caso, copia del contrato de acceso, cuando los productos o procedimientos cuya patente se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos

⁶⁵⁴ Ver artículo 26 y su relación con los artículos 29 y 40 de la Decisión 486.

genéticos o de sus productos derivados de cualquier de los países miembro y copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, locales o afroamericanas de los países miembro.

2.4 Registros de derechos comunitarios

La necesidad de documentar y registrar el conocimiento tradicional parece ser una necesidad expresada por diferentes grupos como veremos a continuación. Podríamos resumir que esta necesidad obedece principalmente a los siguientes factores:

- Preservar y proteger el conocimiento tradicional para que pueda ser utilizado por generaciones futuras.
- Prevenir el robo o sustracción no autorizada de conocimiento tradicional.
- Poner a disponibilidad el conocimiento tradicional mediante un instrumento que asegure su propiedad.

Llamamos la atención, sin embargo, en esta sección a la importancia de hacer la diferencia con relación a: ¿qué efecto tienen estos registros dentro del sistema de derechos de propiedad intelectual? ¿El registro está o no dentro del sistema de propiedad intelectual del país, o es un simple registro dispuesto en una oficina de gobierno? Especialmente, por que si el sistema *sui géneris* - registro - no es un sistema de propiedad intelectual según ADPIC, los miembros no tienen la obligación de notificar a ADPIC, sin embargo, el Consejo ADPIC estaría obligado a monitorear las regulaciones “*sui géneris*” del Estado miembro. Lo que podría significar que si no está dentro de los DPI no se considera como un sistema *sui géneris* válido para la OMC en el marco del ADPIC⁶⁵⁵.

De los requisitos que el ADPIC pueda imponer a un sistema *sui géneris* de protección del conocimiento tradicional, además, es importante cumplir con otros tratados internacionales como el Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Convenio 169 de la OIT y el de los Derechos Humanos. Esto no quiere decir que el registro no puede estar fuera del sistema de derechos de propiedad intelectual, ya que esto es factible, lo que se indica es que se tengan

⁶⁵⁵ Ver, GRAIN. Signpost to *sui géneris* rights. Chapter 4. Febrero 1998; Dan Leskien & Michael Flitner The TRIPs Agreement and Intellectual Property Rights for Plant Varieties; artículos 12, 63.2 y 68 del ADPIC.

presentes las posibles repercusiones - negativas y positivas - de esta opción. Es decir, tenemos que tener el marco jurídico internacional y nacional claro para poder sentar bases sólidas y duraderas en la conformación de nuevas opciones *sui géneris* de sistemas de protección del conocimiento tradicional.

2.4.1 Registro de derechos comunitarios de la India

En la India se estableció un registro conocido como People's Biodiversity Registers Program con la idea de descentralizar el régimen de acceso a recursos genéticos y su conocimiento asociado. La idea es la establecer registros comunitarios que documenten el conocimiento local sobre la biodiversidad. El registro tiene cuatro objetivos principales: 1) manejo local de los biorecursos; 2) formulación de estrategias de extracción sostenible; 3) monitorear la salida de biorecursos; 4) la distribución equitativa de beneficios del uso local de los biorecursos. Según Dutfield, para 1998, ya existían 60 registros de este tipo desarrollados y mantenidos a nivel local.

Mayoritariamente, se han encontrado tres tipos de registros de conocimiento: 1) conocimiento sobre especies, sus usos y técnicas relacionadas; 2) conocimiento sobre hechos en relación con la naturaleza; 3) conocimiento ecológico tradicional (L. Glowka, 1998). Se pretende que estos registros pueden ayudar a entablar demandas de las comunidades por el uso comercial no autorizado de sus prácticas y conocimientos ecológicos y con ello reclamar la distribución justa y equitativa de beneficios.

Existe una diferencia interesante con la propuesta que está siendo implementada por Ecuador, y es que aquí no se requiere secreto comercial, sino suficiente información para identificar y proceder a reclamar, en caso de que este conocimiento esté siendo utilizado sin reconocer su propiedad, valor y correspondiente distribución de beneficios⁶⁵⁶.

2.4.2 Registro de derechos intelectuales comunitarios Sui Géneris en Costa Rica

Establecido en Costa Rica mediante la Ley 7788 de 1998, estipula que se procederá a inventariar los conocimientos, prácticas e innovaciones⁶⁵⁷ de los pueblos indígenas y comunidades locales relacionados con el empleo de los

⁶⁵⁶ Uno de los objetivos de poner el conocimiento tradicional un Peoples Biodiversity Registers es el de permitir una distribución transparente de las regalías a dueños del conocimiento tradicional de un fondo nacional de biodiversidad. Ver, A.Chhatre y otros. A Methodology manual for people's biodiversity registers. Indian Institute of Science. 1998.

⁶⁵⁷ Derechos intelectuales comunitarios sui géneris

elementos de la biodiversidad en los casos en que las comunidades soliciten protección. La inscripción es voluntaria y gratuita, y no es necesaria ninguna formalidad. El Registro obliga a la oficina de la institución correspondiente a contestar negativamente cualquier consulta relativa a reconocer derechos de propiedad intelectual o industrial sobre estos elementos. Esta misma negación se puede hacer, aunque el derecho no esté inscrito, siempre y cuando esté bien fundamentada.

Este Registro adolece en la actualidad de varios problemas, está sin definir, entre otros, lo siguiente: ¿quién o quiénes son los titulares de ese derecho?, ¿cuáles son los destinatarios de los beneficios?, ¿qué alcances tiene el registro?, ¿podrá este registro el conocimiento en el dominio público o es confidencial?, ¿por qué el Registro está dentro de una Comisión de Biodiversidad y no en el Registro de Propiedad Intelectual, como un sistema *sui generis*?, ¿Qué alcances tiene registro en el ámbito internacional y, sobre todo, en el ámbito del comercio internacional?

Simple o no estas preguntas, aún están por contestar. La Ley misma prevé un plazo de 18 meses a partir de su entrada en vigencia para que los grupos indígenas y campesinos, junto con la Oficina Técnica de la Comisión de Biodiversidad, dispongan sobre los alcances y forma de este registro y de los derechos intelectuales *sui generis*.

2.4.3 Registro de derechos de propiedad *sui generis* en Nicaragua

En el borrador de Ley de Biodiversidad⁶⁵⁸ se establece un Registro de Propiedad *Sui Generis* dentro del Registro de Propiedad Industrial del país, con el fin de tutelar los conocimientos, las prácticas y las innovaciones de las comunidades indígenas y locales referentes a la conservación y uso sostenible de la biodiversidad. El Registro es confidencial y facultativo, terceros no pueden acceder a este sin autorización del titular del registro.

El artículo 58 de dicho proyecto señala que el Registro deberá comprender, entre otros, aspectos:

- Identificación de los requisitos y procedimientos exigidos para el registro de los derechos intelectuales de propiedad *sui generis* y su titularidad colectiva por el pueblo indígena comunidad étnica o local que corresponda.
- Obligaciones, derechos y garantías que confiere el registro.

⁶⁵⁸ Artículo, 47.

El Registro deberá estar estructurado de conformidad con las prácticas culturales de los interesados y tomando en consideración su derecho consuetudinario. La identificación de los requisitos mencionados se realizará en un plazo no mayor de doce meses siguientes a la entrada en vigencia de la Ley mediante un proceso de consulta participativo con los Pueblos Indígenas, comunidades étnicas y locales

El Registro de Propiedad Industrial y las autoridades competentes antes de otorgar derechos de propiedad intelectual o industrial sobre productos o procesos que impliquen el uso de recursos genéticos y sus componentes intangibles, exigirán la demostración de las condiciones de acceso dentro de las que se encuentran el consentimiento informado previo y la licencia de uso del conocimiento tradicional⁶⁵⁹.

Llama la atención el hecho de que el Registro de Propiedad *Sui Géneris* se establezca dentro de la oficina de Registro de Propiedad Industrial ya existente y en funcionamiento; esto podría facilitar la inserción de este nuevo tipo de derechos dentro del sistema de propiedad intelectual, al menos de Nicaragua.

Por otro lado el borrador de la Ley, además, establece una especie de doble control, o doble desempeño para el Registro de Propiedad Industrial al estipular que las autoridades de esta institución deberán de exigir la demostración del cumplimiento de las condiciones de acceso establecidas dentro de la misma Ley de Biodiversidad⁶⁶⁰ antes de otorgar derechos de propiedad intelectual sobre productos, o procesos, que presumiblemente puedan implicar el uso de recursos genéticos.

⁶⁵⁹ También se contempla que en el caso de que se utilice material genético o conocimiento de comunidades locales o pueblos indígenas que no sean Nicaragüenses el Registro de Propiedad Industrial, de acuerdo con la legislación del país de donde provengan, deberá exigir comprobación de los permisos de acceso y consentimiento fundamentado previo del país de donde proceden antes de otorgar derechos de propiedad intelectual. La falta de cumplimiento de lo anterior o cualquier falsedad o inexactitud en la información que proporcione el solicitante traerá consigo la denegatoria de la solicitud, la anulación o cancelación del registro. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones civiles o penales. Nótese, como se incluye el concepto de reconocimiento de la fuente de origen en materia de derechos de propiedad intelectual. Es decir, que si el material genético o conocimiento tradicional proviene de cualquier otro país, el peticionario de la patente de invención o procedimiento deberá demostrar de donde provienen los materiales y el conocimiento. Una vez en práctica estos conceptos está por verse las implicaciones prácticas de su contenido, sin lugar a dudas esta es una idea de avanzada que va en favor de los pueblos indígenas y comunidades locales del mundo. Ver, artículos 60, 61 y 62 del borrador de Ley de biodiversidad de Nicaragua, versión 2000.

⁶⁶⁰ Ver, artículo 62.

2.4.5 Registro de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas en la Comunidad Andina

La propuesta de Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas para los Países de la Comunidad Andina de Naciones establece la creación de un Registro de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas meramente facultativo y no constitutivo, de manera que su omisión no perjudica el goce ni el ejercicio pleno de los derechos reconocidos y garantizados dentro del texto de esa propuesta.

Dentro de sus objetivos están: reservar, identificar y promover la información sobre el conocimiento tradicional y sus usos. Se establece que el Registro no puede ser consultado por terceros; solo pueden tener acceso quienes cuenten con el consentimiento escrito del pueblo indígena titular del derecho. Se puede solicitar información únicamente acerca de los usos que dan determinados pueblos indígenas a los recursos biológicos y los nombres de los pueblos indígenas que poseen conocimientos colectivos acerca de determinados usos de recursos biológicos.

Claramente aquí se está siguiendo la línea de pensamiento de no poner el conocimiento en el dominio público, al indicar que dicho registro no está abierto a terceros. El manejo de esta información se supedita a una autoridad nacional competente que quedará a designación de cada país según corresponda.

2.4.6 Registro de Conocimientos Colectivos de Pueblos Indígenas en Perú

En Perú, el título VI “De los registros de conocimientos colectivos de los pueblos indígenas” de la Ley 27811⁶⁶¹, establece que los Registros de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas tienen por objeto, según sea el caso, de preservar y salvaguardar los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas y sus derechos sobre ellos; y proveer al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) de información que le permita la defensa de los intereses de los pueblos indígenas, con relación a sus conocimientos colectivos.

Los Conocimientos Colectivos podrán ser inscritos en tres tipos de registros:
a) Registro Nacional Público de Conocimientos Colectivos de los Pueblos

⁶⁶¹ Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos. 8 de agosto del 2002.

Indígenas.b) Registro Nacional Confidencial de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas. c) Registros Locales de Conocimientos Colectivos de los Pueblos indígenas. Siendo que los dos primeros estarán a cargo del Indecopi. El Registro Nacional Público de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas contendrá los conocimientos colectivos que se encuentran en el dominio público y se le asigna a Indecopi el deber de registrarlos. En cuando al Registro Nacional Confidencial de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas no podrá ser consultado por terceros.

Cada pueblo, por medio de su organización representativa, podrá inscribir ante el Indecopi, en el Registro Nacional Público o en el Registro Nacional Confidencial, los conocimientos colectivos que posea. Las solicitudes de registro de conocimientos colectivos de los pueblos indígenas deberán contener: Identificación del pueblo indígena que solicita el registro de sus conocimientos, del representante, del recurso biológico sobre el cual versa el conocimiento colectivo, pudiendo utilizarse el nombre indígena, del uso o usos que se dan al recurso biológico en cuestión, una descripción clara y completa del conocimiento colectivo objeto de registro y un acta en la que figura el acuerdo de registrar el conocimiento por parte del pueblo indígena.

La solicitud deberá ser acompañada de una muestra⁶⁶² del recurso biológico sobre el cual versa el conocimiento colectivo objeto de registro. El Indecopi verificará, en el plazo de diez (10) días de presentada la solicitud, que consigne todos los datos⁶⁶³ especificados en el artículo anterior.

En cuanto a los Registros Locales de Conocimientos Colectivos, son los que los pueblos indígenas y comunidades locales pueden crear de conformidad

⁶⁶² En aquellos casos en que la muestra sea de difícil transporte o manipulación, el pueblo indígena que solicita el registro podrá requerir al Indecopi que le exima de la presentación de dicha muestra y le permita presentar, en su lugar, fotografías en las que se puedan apreciar las características del recurso biológico sobre el cual versa el conocimiento colectivo. Dicha muestra, o en su caso, dichas fotografías, deberán permitir al Indecopi identificar de manera fehaciente el recurso biológico en cuestión y hacer constar en el expediente el nombre científico del mismo. Artículo 20 de la Ley.

⁶⁶³ En caso de que se haya producido alguna omisión, notificará al pueblo indígena que solicita el registro a efectos de que complete la solicitud, dentro del plazo de seis (6) meses, prorrogables a su solicitud, bajo apercibimiento de declarar el abandono de la solicitud. Una vez que el Indecopi haya verificado que la solicitud consigne todos los datos especificados en el artículo anterior, procederá a registrar el conocimiento colectivo en cuestión. Para facilitar el registro de conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, el Indecopi podrá enviar representantes debidamente acreditados a los diferentes pueblos indígenas con el fin de recabar la información necesaria para dar trámite a las solicitudes de registro que deseen presentar. Artículo 21 y 22 de la Ley.

con sus usos y costumbres. Se pretende aquí que estos registros sean creados a partir del derecho consuetudinario existente. El Estado no intervendrá sobre estos registros pero si los pueblos indígenas lo estiman conveniente pueden solicitar la asistencia del Indecopi.

2.5 Bases de datos o redes en conocimiento tradicional

Algunos pueblos indígenas tienen en bases de datos el acceso y uso de su conocimiento. Ejemplo de ello es la Canadian Inuit of Nunavik, que tiene su base de datos que le sirve para negociar en términos de igualdad con compañías y científicos. La Red de Biodiversidad de Pueblos Indígenas ha desarrollado una red de organizaciones que trabaja en biodiversidad y protección del conocimiento tradicional y en el desarrollo de un sistema *sui generis* de protección⁶⁶⁴.

También resulta interesante que en la reunión del Comité Andino sobre Recursos Genéticos - noviembre 2000 - los delegados intercambiaron información sobre la aplicación de la Decisión 391 “Régimen común sobre acceso a los recursos genéticos” y acordaron establecer un banco de datos con solicitudes y contratos de acceso, reglamentos y demás normas adoptadas en el ámbito nacional⁶⁶⁵.

2.5.1 Bases de datos en Madagascar

El Proyecto de Ley de Acceso a los Recursos de la Diversidad Biológica de Madagascar establece en su artículo 11 que los recursos biológicos, sus componentes, sus derivados, los conocimientos y las prácticas de las comunidades locales podrán ser registrados en bases de datos. Los autores⁶⁶⁶ de la base de datos se beneficiarán del derecho exclusivo de autorizar o de condicionar su uso de la siguiente forma: la reproducción de todo o parte de la base de datos por cualquier medio, toda forma de distribución de todo o parte de la base de datos por cualquier medio, toda forma de comunicación al público de todo o parte de la base de datos.

El autor de la base dispone de un derecho exclusivo *sui generis* sobre la base de datos, definida como un conjunto de datos materiales e inmateriales individualmente accesibles, organizados y dispuestos de manera metódica.

⁶⁶⁴ A. Posey. 1996.

⁶⁶⁵ Al respecto ver, “Países Andinos abordan conjuntamente agenda ambiental”. Nota de prensa. Comunidad Andina. Noviembre del 2000.

⁶⁶⁶ Se considera autor de la base de datos al grupo de personas físicas o jurídicas que participen en el trabajo de constitución de la base dentro de las condiciones definidas por la carta.

Los autores tienen derecho a prohibir la extracción o reutilización de la totalidad o de una parte substancial de su contenido.

Se estipula que estas bases de datos deberán reunir diversos participantes que estarán vinculados por una carta constitutiva de la base de datos, cuyo contenido queda sujeto a ser precisado en un reglamento futuro. Sin embargo, se señala que la carta constitutiva puede distinguir diferentes regímenes jurídicos de consulta de datos y materiales incluidos en la base. Por ejemplo, se podría dejar acceso libre a algunos materiales o hacer contratos para el traslado de información.

2.6 Contratos

Los contratos son quizá el instrumento más antiguo de negociación e implican la voluntad entre las partes interesadas. El contrato es un acuerdo por el cual las personas se obligan a dar, hacer o no hacer algo a favor de otro u otros⁶⁶⁷. Es un acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de derecho que manifiestan su voluntad coincidente para que exista contrato⁶⁶⁸. El contrato es simplemente una técnica de coordinación de intereses. Por medio del contrato se llega a una libre armonización de voluntades, a una fusión de conductas, de tal forma que ambas partes contratantes, las que participan en el contrato, resultan recíprocamente favorecidas⁶⁶⁹. Se entiende que el contrato surge cuando las partes contratantes manifiestan su voluntad estando de acuerdo en todo lo que impliquen esas manifestaciones.

Poco ha sido abordado el tema de si los contratos sobre el acceso a los recursos genéticos y sobre el conocimiento tradicional son contratos de orden privado o público⁶⁷⁰. Sin ánimo de profundizar en este tema, se podría afirmar que los contratos de acceso entre el Estado y el particular deberían ser contratos que se muevan dentro de la esfera del derecho público⁶⁷¹.

⁶⁶⁷ Pothier, citado por Baudrit. Op. cit., pag. 2.

⁶⁶⁸ Código Civil de Costa Rica, artículo 1009.

⁶⁶⁹ Martín Mateo R. *Manual de Derecho Administrativo*. Pág. 454.

⁶⁷⁰ Es importante, no confundir los derechos que se pueden pagar por el hecho de acceder a los recursos biológicos en cuyo caso estaríamos hablando de licencias, o autorizaciones y los montos que puedan surgir de contratos. Al respecto indica R. Martín Mateo, "el acceso debe llevar como consecuencia el pago de ciertos derechos cuyo carácter fiscal no parece que se pueda poner a duda, se trata de cánones o tasas tributarias y no de regalías de Derecho Privado, cuyo montante deberá ser objeto de regulación previa, estableciéndose graduaciones en función del alcance de la autorización. Además el país suministrador de los recursos tiene derecho a otras ventajas como es el 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 aportados". *Tratado de Derecho Ambiental*. Vol. III, Pág. 93.

⁶⁷¹ Sobre los contratos administrativos ver capítulos XXVII y XXVIII en Martín Mateo. *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Trivium. Madrid España. Octava edición. 1996.

Esta consideración se hace tomando en cuenta que el objeto mismo del contrato, que es la diversidad biológica, es de interés público y los intereses de la Administración deberían prevalecer. Los contratos que se realizan sobre el conocimiento tradicional y sobre la base de un consentimiento fundamentado previo son de carácter privado entre el pueblo indígena y la empresa interesada. Sin embargo, estos contratos deberían ser previos y requisito fundamental del contrato de acceso emitido por el Estado. Los contratos de bioprospección entre universidades, jardines botánicos y organizaciones no gubernamentales con empresas privadas son de carácter privado, aunque presuponen un contrato de acceso otorgado por el Estado para poder implementarlo⁶⁷².

Para algunos autores⁶⁷³, la falta de contratos públicos en relación con los recursos naturales no excluye su realización, si la respectiva institución tiene la autoridad para el manejo de los recursos naturales. Por falta de un procedimiento determinado, los contratos sobre acceso a los recursos genéticos en el dominio público⁶⁷⁴ tendrían que ser sometidos al derecho público y estar dentro de la doctrina del contrato público. Por esta razón, siempre dentro del derecho público, podrían estar sujetos a la figura del libre contrato que indica que la administración escoge libremente, discrecionalmente, sin ningún requerimiento especial para las partes contratantes. Su realización no requiere ningún cumplimiento previo ni ninguna condición especial. A pesar de esto, en el caso de los contratos de acceso, la Administración tendrá que documentarse sobre, entre otros, los requerimientos técnicos, la posible aplicación de secretos comerciales, y la transmisión de material genéticos⁶⁷⁵.

672 Algunas de la compañías activas en la recolección de plantas y productos naturales para su tamizaje y que utilizan, universidades o centros de investigación, entre varias, son: Abbott Laboratories, recolectores: University of Illinois; recolectores independientes. Boehringer Ingelheim, recolectores: University of Illinois; New York Botanical Garden; recolectores independientes. Bristol Myers Squibb, recolectores: Scripps Institute of Oceanography; Oncogen; recolectores independientes. CIBA-Geigy, recolectores: Chinese Academy of Sciences; Harbor Branch Oceanographic Institute; recolectores independientes. Monsanto, recolectores: Missouri Botanical Garden. Pfizer: recolectores, New York Botanical Garden. Phytopharmaceuticals, recolectores: Universidad de Sao Paulo, Brasil; Chinese Academy of Sciences; recolectores independientes. Una lista completa con información más amplia puede ser encontrada en: W. Reid y otros. El Inicio de una Vida. Prospección de la Biodiversidad. World Resources Institute. 1994.

673 Ver Pérez Efrain. *An Analysis of the Policies and Regulations Applicable to Contracts of Access to Genetic Resources*. Págs 21 a 25.

674 Indica R. Martín Mateo "la incorporación transitoria al ámbito del dominio público lo que lleva aparejado su inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, que permite su recuperación en cualquier lugar, sin perjuicio de que una vez recaída la oportuna autorización se transformen en bienes apropiables". *Tratado de Derecho Ambiental*. Vol.III, Pág. 87.

675 Aunque, tal y como se estipula, estos contratos son entre las partes contratantes deben tener presentes la legislación nacional, la internacional y el derecho consuetudinario de la comunidad con que se negocie.

Estas negociaciones, planteadas en esta forma, es decir del Estado actuando sin su facultad de "*imperium*" y prácticamente entrando en la esfera privada, podrían suponer un alto riesgo para el interés público. En la actualidad los contratos de acceso están regulados en varios de los países en desarrollo por la legislación nacional, indicando con qué requisitos se debe cumplir.

Cuando las negociaciones se dan entre compañías privadas y comunidades indígenas, para el uso del conocimiento, estaríamos hablando de contratos de derecho privado. Sin embargo, también se deben regir por la legislación existente, tanto en el ámbito nacional como la internacional, ratificada por el país en el que se encuentren. Esta no es tarea fácil, sobre todo para algunos pueblos indígenas que requerirán asesoría para conocer la gran gama de legislación desde el punto de vista contractual (derecho comercial, derecho civil y público) hasta la legislación ambiental del país, pasando por convenios internacionales como el CDB, el Convenio I69 y las normas relativas a derechos humanos. Estos contratos pueden tener el tipo de cláusulas que las partes acuerden siempre y cuando estas se mantengan dentro de la legalidad del marco nacional e internacional.

El término del contrato puede ser tan bien definido por las partes, por ejemplo, un año, o noventa y nueve años. Los beneficios pueden ser pagados una sola vez o por medio de regalías continuas a lo largo de los años.

Tendremos que reconocer que los contratos que se destinan a compartir beneficios derivados del acceso a los recursos genéticos y del conocimiento tradicional asociados a estos, son relativamente nuevos. Sin embargo, son contratos comerciales⁶⁷⁶, por lo que es necesario adentrarse en las técnicas de realización de este tipo de contratos que presuponen, entre otros, selección y estudio de leyes aplicables y medidas para resolver posibles conflictos; propias del derecho comercial y del civil.

Esto significa, en términos reales, que los pueblos indígenas, para meterse en este tipo de negociaciones, tienen que contar con asistencia legal, con capacidad de negociación y con claridad del objeto de la negociación⁶⁷⁷. Ante esta situación, la Coalición Global para la Diversidad Biológica y Cultural desarrolló un modelo de Convenio sobre Propiedad Intelectual, Cultural y Científica. Este modelo contiene, entre otros, un fondo legal constituido, al principio de la negociación, para pagar asistencia legal,

⁶⁷⁶ Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Acceso a los recursos genéticos, compartiendo beneficios, información sobre legislación y política. Pág. 10.

⁶⁷⁷ La mayoría de literatura consultada hace referencia a que las comunidades indígenas necesitan de asistencia y capacitación para la negociación, escritura y la implementación de contratos.

un monitoreo independiente para evaluar el contrato, consentimiento informado y planeamiento conjunto, preocupación por el ambiente, distribución equitativa y mejoramiento comunal⁶⁷⁸. Otra posibilidad es la de requerir un “pago por adelantado” al inicio de la negociación que permita a los pueblos indígenas contratar la asistencia legal de otro tipo que consideren necesaria.

Dejamos claro que existe una gran variedad de posibilidades de contratos y estos en muchos casos, están sujetos a regulaciones descritas en leyes de biodiversidad por lo que la forma contractual dependerá de la situación. Los contratos se presentan como una posibilidad cercana y viable y pueden, además, incluir, si fuere requerido o se considerare adecuado, las modalidades de registros de conocimientos, de licencias de conocimiento y de secreto comercial. Cada comunidad tendrá que decidir que es lo que mejor se ajusta a su interés, procurando una protección efectiva de sus derechos. Sin lugar a dudas, se requiere diseñar con participación de los pueblos indígenas y comunidades legales diversas guías o modelos de contratos y ponerlos a prueba para realmente valorar su efectividad⁶⁷⁹, según sea el caso.

2.6.1 Tipos de Contratos

Pueden existir diferentes tipos de contratos, por lo que queremos aclarar algunos de los términos que se utilizan generalmente sin hacer las distinciones precisas. Los contratos de acceso son los realizados entre la parte que provee los recursos genéticos y el que los recibe, una vez que se establecen términos mutuamente convenidos. El contrato de bioprospección⁶⁸⁰ es en el que una compañía contrata a otra compañía, comunidad u organización para que realice una exploración sistemática de plantas, animales microorganismos con el fin de encontrar en la naturaleza los recursos genéticos y bioquímicos que resulten económicamente valiosos⁶⁸¹. En este caso, el permiso de acceso que se otorgaría podría estar en manos de una entidad nacional

⁶⁷⁸ Posey and Dutfield, citado por L. Glowka en Guía del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

⁶⁷⁹ Ver, D.Simpson; R.Sedjo. Contracts for transferring rights to indigenous genetic resources. Resources for the Future. Fall 1992, No.109.

⁶⁸⁰ Ver, A. Artuso. Análisis Económico de los Convenios Contractuales para la prospección bioquímica. Organización Panamericana de la Salud Publicación Científica No. 560. Washington, 1996.

⁶⁸¹ Los intermediarios en la prospección de la biodiversidad pueden ser organizaciones privadas sin fines de lucro, como el caso del Instituto nacional de biodiversidad INBIO; el New York Botanical Garden, el Missouri Botanical Garden; la Universidad de Chicago. La segunda categoría son las organizaciones privadas con fines de lucro, como por ejemplo Biotics Ltd. compañía privada que actúa como agente comercial, proporcionando recursos genéticos de plantas. Por último, las organizaciones públicas podrían ser intermediarias, por ejemplo: Indonesia y el Banco Asiático han considerado la posibilidad de establecer un consejo de mercadeo y comercialización de la biodiversidad. W, Reid y otros. El Inicio de una Nueva Vida. Págs. 27, 28 y 29.

(cuando sea el caso), de una compañía no nacional o en pueblos indígenas y comunidades locales.

También existe otro tipo de contratos, que han sido denominados contratos-licencia, que es el contrato entre una compañía u organización y el pueblo indígena para el uso del conocimiento. Por ejemplo, el borrador de Ley de Biodiversidad de Nicaragua crea la figura del contrato de uso del conocimiento o componente intangible, indicando que este no genera exclusividad y que los pueblos indígenas y comunidades locales guardan la propiedad sobre él⁶⁸². La Ley que Establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Vinculados a los Recursos Biológicos utilizan la figura de contrato-licencia, que es la licencia de uso de conocimiento colectivo a terceras personas mediante contrato escrito⁶⁸³.

También pudiera darse el caso de contratos que incluyan bioprospección y utilización del conocimiento tradicional. Algunos de estos casos se citan más adelante en este apartado. El tipo de contratos que involucran los recursos genéticos o el conocimiento tradicional (cuando sea el caso) son, por lo general, complejos, a raíz de la posibilidad de diferentes usos y de anticipar posibles beneficios. Pueden implicar, además, relaciones contractuales de largo plazo que se deben basar en confianza, ya que el establecimiento de métodos de control no resulta suficiente ni seguro por el momento.

Este tipo de contratos, por ejemplo, pueden ser el producto de las negociaciones con compañía farmacéuticas nacidas del reciente interés

⁶⁸² El conocimiento transferido es de uso exclusivo de la parte contratante no pudiendo esta transferirla a terceros sin autorización previa de la comunidad. Según el artículo 56 de este cuerpo legal los contratos de uso deberán contener por lo menos las siguientes cláusulas:

I. Identificación de las partes;

II. Descripción del conocimiento colectivo objeto del contrato;

III. El establecimiento de las regalías que recibirán los pueblos indígenas por el uso de su conocimiento colectivo. Estas regalías incluirán un pago inicial o alguna forma de compensación directa inmediata a los pueblos indígenas, comunidades étnicas y locales y un porcentaje del valor de las ventas resultantes de la comercialización de los productos desarrollados a partir de dicho conocimiento colectivo, de ser el caso.

IV. El suministro de suficiente información relativa a los propósitos, riesgos o implicaciones de dicha actividad, incluyendo los eventuales usos del conocimiento colectivo y, de ser el caso, el valor del mismo.

V. La obligación de usuario del elemento intangible de informar periódicamente, en términos generales, al propietario acerca de los avances en la investigación, industrialización y comercialización de los productos desarrollados a partir de los conocimientos colectivos objeto del contrato de uso.

VI. Depósito de garantía de cumplimiento del contrato.

En caso que en el contrato se pacte un deber de reserva, deberá constar expresamente.

⁶⁸³ Ver, en este capítulo VII De las licencias.

de esta industria en los productos naturales. Indica la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental: “la evolución de la industria farmacéutica se ha apoyado en el desarrollo de técnicas de muestreo altamente eficientes y veloces, permitiendo que este tipo de búsqueda de nuevos materiales sea factible y atractiva”. Tendríamos también que considerar que, en muchos de los casos, esta búsqueda de productos naturales va directamente ligada al conocimiento que pueblos indígenas y comunidades locales tienen sobre estos recursos, que facilita, en gran medida, su búsqueda y conocimiento.

Algunos ejemplos de estos contratos son los realizados por el Instituto Nacional del Cáncer de Estados Unidos para acceder a los recursos genéticos en Zimbabwe, Madagascar, Tanzania y Filipinas. Este instituto ha recolectado aproximadamente 50.000 muestras derivadas de plantas, microorganismos y diversidad genética marina provenientes de 30 países tropicales, buscando la cura para el cáncer y el SIDA. Dentro de los acuerdos contractuales para este acceso se reconoce la necesidad de compensar a organizaciones y comunidades del país origen en caso de descubrir algún fármaco a partir del material recogido dentro de sus fronteras⁶⁸⁴. También los realizados por la compañía británica Biotics, compañía privada con sede en el Reino Unido, que actúa como una intermediaria entre los vendedores y los compradores, y provee servicios de extracción, entre otros, con Ghana, Malasia y Nueva Zelanda. Este tipo de contratos prometen hacer pagos porcentuales - regalías- a las ganancias si algún producto comercial es descubierto⁶⁸⁵.

La distinción entre los tipos de acuerdos es muy bien establecida en la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en donde se determina que son partes del contrato de acceso el Estado representado por la autoridad nacional competente y el solicitante del acceso. En la actualidad y en reconocimiento del derecho soberano de los países sobre la diversidad biológica, el Estado siempre es parte en este tipo de contratos.

Se establecen, asimismo, los denominados contratos accesorios que son aquellos que se suscriben a efectos del desarrollo de las actividades relacionadas con el acceso al recurso genético o sus productos derivados y se dan entre: el solicitante y el propietario, poseedor o administrador del predio donde se encuentran los recursos biológicos, el propietario, poseedor o administrador del recurso biológico que contenga el recurso genético, el centro de conservación *ex situ*, o la institución nacional de apoyo, sobre actividades que ésta deba realizar y que no hagan parte del contrato de acceso. La elaboración de contratos accesorios no autoriza el

⁶⁸⁴ RAFI, 1994.

⁶⁸⁵ Ver R. D. Simpson y R. A. Sedjo. 1992

acceso al recurso genético o su producto derivado, y su contenido se sujeta a lo dispuesto en el contrato de acceso.

El proyecto de Ley sobre Acceso a los Recursos Genéticos de la Diversidad Biológica de Argentina establece la figura de contratos accesorios para aquellos que el solicitante del acceso a los recursos genéticos pueda realizar con: el propietario, poseedor o administrador del predio donde se encuentra el recurso, o del propietario del recurso genético, con el centro de conservación *ex situ* que conserve o colecciona el recurso o con las comunidades indígenas poseedoras del conocimiento asociado a la biodiversidad. Específicamente, se indica que se deberá suscribir un contrato accesorio con los representantes de las comunidades indígenas y locales, con el fin de acordar los beneficios que percibirán por aportar su conocimiento asociado al recurso accedido⁶⁸⁶.

El Reglamento a la Decisión 391 sobre un Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos de Bolivia estipula la figura de contrato de acceso entre el Estado y el solicitante y la figura de "anexo", que es el suscrito entre el solicitante y el proveedor del componente intangible⁶⁸⁷ asociado al recurso genético. Asimismo, se indican los contratos accesorios que son aquellos suscritos para el desarrollo de actividades relacionadas con el acceso, entre el solicitante y terceras personas diferentes del Estado que no participan como proveedores del componente intangible asociado al recurso genético.

En Brasil, la Medida Provisoria 2.186-16 establece el contrato de utilización del patrimonio genético y de distribución de los beneficios, que se define como un instrumento jurídico multilateral, en el que participan el propietario de la zona pública o privada o el representante de la comunidad indígena o del órgano indigenista oficial, o el representante de la comunidad local, y por otro lado, la institución nacional a la que se le autorice el acceso y la institución destinataria. En el contrato se especifican las partes, el objetivo y las condiciones de acceso a los componentes del patrimonio genético y de entrega de la correspondiente muestra, y acceso a los conocimientos tradicionales asociados, así como las condiciones de distribución de los beneficios.

En Costa Rica, las Normas Generales para el Acceso a los Elementos y Recursos Genéticos y Bioquímicos de la Biodiversidad estipulan que

⁶⁸⁶ Ver, Artículos 12 y 26.

⁶⁸⁷ La Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena establece que el componente intangible es todo el conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva, con valor real o potencial, asociado al recurso genético, o sus productos derivados o al recurso biológico que los contiene, protegido o no por regímenes de propiedad intelectual.

la Comisión Nacional de Gestión de la Biodiversidad -CONAGEBIO- autorizará los convenios o contratos suscritos entre particulares nacionales o extranjeros, o entre ellos y las instituciones registradas para el efecto, si contemplaren acceso a los elementos o recursos genéticos y bioquímicos de la biodiversidad del país. La Ley de Biodiversidad indica que las universidades públicas, y otros centros debidamente registrados, podrán suscribir en forma periódica convenios marco con la CONAGEBIO, para tramitar los permisos de acceso y los informes de operaciones.

Estos ejemplos nos dan una idea de la variedad de contratos que pueden existir en materia de acceso a los recursos genéticos, al conocimiento tradicional y sus relaciones afines. No existe una única forma, sin embargo, cada vez más la legislación nacional demarca las reglas del juego para su negociación.

2.6.2 Contrato INBio-Merck

Quizá el más conocido⁶⁸⁸ contrato de bioprospección es el establecido entre el Instituto Nacional de Biodiversidad de Costa Rica y la compañía farmacéutica Merck & Co., Ltda. Lo que pocos saben o ha sido poco analizado⁶⁸⁹ es que este Convenio depende de otros dos acuerdos: los acuerdos de cooperación realizados con el Ministerio del Ambiente y Energía y el Acuerdo con la Universidad de Costa Rica.

Sobre este acuerdo ha existido mucha polémica, y es citado en las diferentes publicaciones que hacen referencias a contratos de acceso a la biodiversidad o contratos de bioprospección. Sin embargo, me ha quedado el sabor de que la historia se relata por partes sesgadas, lo que puede imposibilitar su comprensión total.

El 1 de noviembre de 1991 se suscribe un “Acuerdo de Colaboración” entre INBio y Merck & Co., Inc, renovado en julio de 1994 y en agosto de 1996. El propósito del acuerdo radica en el interés del INBio en colaborar con la industria privada en la creación de mecanismos que ayuden a preservar las áreas de conservación de Costa Rica, haciéndolas económicamente viables. Por su parte, el propósito de Merck se basa en que, con la colaboración

⁶⁸⁸ Este contrato, es el más conocido, sin embargo, INBio ha negociado otros múltiples contratos. Por ejemplo, los celebrados entre INBio y British Technology Group, INBio y Bristol Myers Squibb Corporation.

⁶⁸⁹ Este convenio tiene algunas cláusulas que se han mantenido en secreto entre las partes, en particular lo correspondiente al % de las regalías que eventualmente recibiría el INBio, por lo que el análisis aquí presentado puede resultar parcial.

de INBio, obtendrían muestras ambientales, de plantas, microorganismos, insectos que serán evaluados para aplicaciones farmacéuticas y agrícolas.

Para el INBio las obligaciones⁶⁹⁰ consistieron en:

- Establecer facilidades para la recolección y procesamiento de plantas, insectos y muestras ambientales de Costa Rica.
- Contratar y capacitar personal adecuado para recolectar y procesar muestras.
- El INBio acuerda proveer a Merck de un número específico de plantas, insectos y muestras ambientales por un período de dos años desde el inicio del acuerdo, según lo descrito en el plan de trabajo.
- Las muestras de plantas e insectos serán procesadas en laboratorios que serán realizados por medio de un subcontrato del INBio con la Universidad de Costa Rica⁶⁹¹
- El INBio acuerda mantener un apropiado sistema contable en relación con el proyecto y permitir a Merck que revise esta documentación.

Obligaciones de Merck & Co., Inc:

- Dar fondos para la investigación por un monto de un millón de dólares por los dos primeros años y contribuir con el equipamiento y materiales necesarios para que el INBio opere laboratorios de procesamiento de muestras en la Universidad de Costa Rica.
- Proveer de entrenamiento al personal del INBio en Merck.
- Merck evaluará las muestras suplidas por el INBio a través de ensayos biológicos propiedad de MERCK, para determinar actividad potencial de compuestos de utilidad para la salud humana, animal y compuestos agrícolas. Merck se compromete a avisar al INBio sobre cualquier actividad confirmada reproducible que sea identificada por medio de muestras enviadas por el INBio.
- Merck identificará todas las muestras enviadas por el INBio, de manera que se permita a ambas identificar los productos que tengan posibilidades de obtener regalías.

a. Recolectas en áreas de conservación

Tenemos, entonces, que parte del Acuerdo consistió en obtener beneficios de la biodiversidad que se resguarda en Áreas de Conservación por medio de

⁶⁹⁰ Retomadas del resumen de términos del Acuerdo de Colaboración INBIO-MERCK & Co. Inc. suministrados por el INBio.

⁶⁹¹ Actualmente establecidos en el INBio.

la recolección y procesamiento de plantas, insectos y muestras ambientales. El INBio debería proporcionar a Merck extractos (no es correcto el término bioquímico por lo que debe eliminarse) de plantas silvestres, invertebrados y microorganismos. Merck provee a INBio de un millón ciento treinta y cinco mil dólares durante los dos primeros años para apoyar su labor. El monto original, luego fue un poco mayor por una compra extraordinaria de más equipo de laboratorio.

Aquí vale la pena detenerse en el hecho de que las muestras serían únicamente recolectadas en áreas protegidas del Estado. Pero, ¿qué pasa cuando las áreas protegidas se traslapan con territorios indígenas?. Por ejemplo se cree⁶⁹² que el Territorio Indígena Bri-Bri se traslapa en alguna medida con el Parque Internacional La Amistad. Independientemente de la categoría de manejo que tenga el área protegida o si esta se traslapa con territorios indígenas, no se estipula nada en el Acuerdo referente al acceso de recursos dentro territorios indígenas o el acceso a conocimientos tradicionales.

En realidad la participación de los pueblos indígenas fue un asunto ajeno a este contrato. En el futuro podrían darse contratos que, reconociendo las capacidades científicas del INBio y el valor agregado que esta Institución promueve en los contratos, consideren el valor de trabajar tomando en cuenta el conocimiento tradicional asociado a la biodiversidad.

b. Confidencialidad

Se establece que los montos de las regalías⁶⁹³ que se obtengan, en caso de llegarse a obtener algún producto a partir de las muestras recolectadas, son negocios confidenciales que no serán abiertos. Sin embargo, se alude a que los márgenes de las regalías están en los rangos de este tipo de acuerdos.

⁶⁹² Vale aclarar que los terrenos del Parque Internacional la Amistad (PILA) no se encuentran debidamente demarcados. Por otra parte el territorio del PILA se disminuyó en aproximadamente 7500 hectáreas, las que fueron incorporadas como parte del territorio de varias reservas indígenas. Lo anterior se dio con la promulgación de tres Decretos Ejecutivos el No. 16307-G que delimita la Reserva Bribri de Talamanca, el No. 16308-G que delimita los territorios Cabecar de Telire y el No.21905-G donde se establecen los límites de la Reserva Indígena Cabecar de Chirripó. Esto se ha entendido como una disminución de los terrenos del PILA, sin embargo para los indígenas constituyó un reconocimiento de sus territorios de los cuales son propietarios ancestralmente. Para mayor información ver, Contraloría General de la República de Costa Rica y Contraloría General de la República de Panamá. Informe Binacional sobre la Evaluación de la Gestión de las Autoridades Ambientales de Costa Rica y Panamá en el Manejo Integral del Parque Internacional la Amistad. Enero 2004.

⁶⁹³ Según el Diccionario de la Lengua Española, se entiende por regalía la "Participación en los ingresos o cantidad fija que se paga al propietario de un derecho a cambio del permiso para ejercerlo".

El hecho de mantener en confidencialidad las posibles regalías suscitó la mayoría de los comentarios adversos a este Acuerdo. Sobre todo, los de quienes reclaman tener las mismas especies de plantas y animales que ya el INBio está negociando y que se esté sentando un precedente económico desconocido. El hecho de que los márgenes de las regalías se mantengan confidenciales podría tomarse como una cláusula que puede ser vista como parte del secreto comercial de cualquier transacción, precisamente porque podría causar daños a futuras negociaciones de ambas partes: INBio y Merck.

Otro aspecto de confidencialidad es que, durante el término del convenio y por un período de siete años posteriores, las partes acuerdan no revelar información confidencial recibida durante los años de convenio, a terceras personas. No se indica qué tipo de información se considera confidencial, aparte del porcentaje sobre las regalías. Se estipula, sin embargo, que las partes podrán publicar los resultados de investigaciones de esta colaboración después de dar a la otra parte la oportunidad de revisar la publicación.

c. Control

Merck acuerda dar reportes y mantener los registros que permitan a Merck y al INBio identificar todos los productos que puedan ser objeto de regalía y permitir al INBio que confirme la exactitud de los reportes de regalías de Merck.

Esto representa uno de los aspectos más positivos de la negociación ya que se da acceso a estados financieros y registros de la compañía farmacéutica con relación a la utilización del recurso genético, y así se pueden identificar con exactitud las posibles regalías.

d. Capacidad para negociar

Una interrogante que todavía se mantiene en algunos sectores es por qué el INBio, en su calidad de organización no gubernamental sin fines de lucro⁶⁹⁴, pudo negociar libremente un contrato de bioprospección. Incluso

⁶⁹⁴ INBio fue establecido el 24 de octubre de 1989, en su calidad de organización sin fines de lucro, como asociación privada sin fines de lucro se le exime del Impuesto Territorial y de la Renta. Debe cancelar mensualmente los impuestos por las ventas que hace, así como, las adquisiciones que realice. Puede recibir donaciones de especímenes y materiales provenientes de otras instituciones costarricenses o de fuentes internacionales; puede, además, contratar, administrar sus propios recursos y contratar personal. Ver, W, Reid y otros. Prospección de la biodiversidad. Instituto de los Recursos Mundiales. Pág. 61.

el Acuerdo de Colaboración comienza estableciendo que el INBio participa como una organización sin fines de lucro, según las leyes de Costa Rica, y Merck & Co, Inc., como una corporación, según las leyes de New Jersey, Estados Unidos de América.

No obstante, hay que tener varios aspectos claros: el primero es que en 1991, no se había aprobado el Convenio sobre la Diversidad Biológica, ni la Ley de Vida Silvestre de Costa Rica ni la de Biodiversidad y, en gran medida, permanecía la idea de “patrimonio común” de los recursos biológicos.

A pesar de ello, algunos son de la opinión de que, ya para 1976, Costa Rica era Parte Contratante del Convenio para la Protección de la Flora, la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los países de América, que, en su artículo tercero, dice que los gobiernos prohíben la recolección de ejemplares de flora en parques nacionales, salvo cuando se haga por autoridades del parque o por orden y bajo vigilancia de estas o para investigaciones científicas debidamente autorizadas.

Indica C. Rodríguez⁶⁹⁵ que “el INBio estaba sustentado por un convenio de cooperación para la investigación con el Ministerio de Recursos Naturales Energía Minas -MIRENEM - hoy Ministerio del Ambiente y Energía - MINAE - que le daba la facultad necesaria para hacer investigaciones y sus colectas en áreas silvestres estatales. Además, por la Ley Número 7169, del primero de agosto de 1990, “Ley para la Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico” se establece en el artículo 8 que las actividades científicas y tecnológicas sin fines de lucro realizadas por entidades que forman parte del Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, son declaradas de interés público. El INBio es parte de dicho sistema; por lo tanto; sus actividades son declaradas de interés público.”

Cuando se aprueba la Ley de Vida Silvestre, en diciembre de 1992, se regula lo referente a recolección de vida silvestre de manera precisa. Algunos dicen que como parte de una reacción de los diputados de la Asamblea Legislativa y de otros sectores ante el Acuerdo Merck-INBio, se establece, en el artículo cuarto, lo siguiente:

“La producción, manejo, extracción, comercialización, industrialización y el uso de material genético de la flora y fauna silvestres, sus partes y subproductos, se declaran de interés público y de patrimonio nacional.

Corresponde al Ministerio de los Recursos Naturales, Energía y Minas en ejercicio de

⁶⁹⁵ Asesor Legal del INBio, comunicación personal 1999.

las actividades señaladas en el párrafo anterior; asimismo, se le faculta para otorgar concesiones a particulares, en los términos y en las condiciones que favorezcan el interés nacional mediante licitación pública..."

Esta misma Ley es la que establece que la fauna es de dominio público y patrimonio nacional; la fauna silvestre y la flora silvestre, de interés público. Esto significa que la fauna es del Estado o del dominio público; por lo tanto es el Estado quien determina los mecanismos por los cuales esta podría utilizarse, esté dentro o no de su finca, terreno, territorio. La flora, a diferencia, puede ser de propiedad privada, sin embargo, por su atributo de interés público, el particular siempre ocupará un permiso o concesión para su utilización.

En la actualidad, la Ley de Biodiversidad de 1998, en su artículo seis, declara de dominio público, las propiedades bioquímicas y genéticas de los elementos de la biodiversidad silvestre o domesticada. Señala, además, que el Estado autorizará la explotación, la investigación, la bioprospección y el uso y aprovechamiento de los elementos de la biodiversidad. La Ley refuerza la función del Estado, ya establecida en la Ley de Vida Silvestre.

En todo caso, lo que se denota es que el hecho de que la Ley de Vida Silvestre de 1992 declarara el uso de material genético de la flora y fauna silvestres, sus partes y subproductos de interés público y de patrimonio nacional, se suma a que sus componentes son de dominio público. Teniendo como resultado que: el uso del material genético proveniente de la vida silvestre es de interés público, y, las propiedades de los elementos de esta, de dominio público. Además, siempre el Estado, en ejercicio de soberanía sobre los recursos, deberá autorizar, o no, el acceso a los recursos genéticos y con ello la bioprospección.

e. Convenio entre el INBio y el MINAE

El INBio firma acuerdos con el MINAE en 1992 y 1994. El Acuerdo de 1994 amplía el de 1992. En este acuerdo, específicamente, el MINAE acredita al INBio para mantener las colecciones de especímenes biológicos. Esto indica que esta colaboración es valiosa desde la perspectiva de que el MINAE no cuenta con los medios técnicos requeridos para esta actividad. Se establece que el INBio va a realizar el inventario nacional de biodiversidad⁶⁹⁶ con

⁶⁹⁶ Los inventarios de colecciones es una actividad separada de la prospección de la biodiversidad. Sin embargo, grandes cantidades de información relacionada con taxonomía e información de colecciones que provienen de las actividades de bioprospección realmente son generadas por el proceso de inventario; mientras que al mismo tiempo, las actividades de prospección generan fondos para apoyar el proceso de inventario. Sittenfeld and Lovejoy. pág. 7.

la cooperación del Ministerio; y que ordenarán el material y será de fácil acceso al público o a oficiales que requieran su estudio o revisión.

Hay una serie de requisitos que el INBio debe respetar:

- Las muestras biológicas recolectadas dentro del inventario no pueden ser negociadas con fines comerciales.
- Todos los investigadores de proyectos deben contar con permisos otorgados según lo estipula la Ley de Vida Silvestre.
- Que no se cause daño ni amenaza a los recursos biológicos
- El INBio capacitará al personal del Ministerio en actividades relacionadas con la conservación de la biodiversidad y otros.
- El INBio proporcionará, en forma anual al Ministerio, la lista de investigadores que realizan proyectos de investigación en áreas protegidas. Estas personas deben portar uniforme y estar debidamente identificadas.
- Las muestras recolectadas deben corresponder con los permisos de investigación en todo caso. Estas muestras no pueden ser comercializadas.
- El INBio debe destinar un 10% del total del presupuesto de investigación o de bioprospección a la conservación de áreas protegidas.
- En cualquier contrato que el INBio realice, debe hacer referencia a este acuerdo de colaboración
- En el caso de que el INBio reciba beneficios económicos o materiales por concepto de productos descubiertos con base en las investigaciones realizadas, debe dar un 50% al Ministerio para invertir en conservación de áreas protegidas.

El Ministerio deberá:

- Autorizar al INBio para recolectar muestras de materiales biológicos para ser usadas en investigación científica o prospección de biodiversidad.
- Hacer supervisión o auditorías en el INBio para comprobar que este acuerdo se cumpla.

Del contrato INBio-Universidad de Costa Rica se conoce que las universidades de Costa Rica recibieron \$600.000 en equipo de laboratorio, equipo científico, capacitación, acceso a tecnología y pago de servicios; y que además, Merck donó \$180.000 adicionales en equipo de laboratorio, que fue donado a la Universidad de Costa Rica⁶⁹⁷. Este apoyo ha sido dado con el fin de realizar la síntesis química de las muestras de material biológico y fortalecer la capacidad de investigación nacional.

⁶⁹⁷ Sittenfeld. Op. cit., pág. 13 y 19.

En la actualidad, en estricto apego a la legislación vigente, el Ministerio de Ambiente y Energía otorga al INBio permiso para coleccionar muestras de diversas especies vegetales, o de insectos u otras de índole biológica; a fin de que éstas puedan ser utilizadas en investigaciones científicas de prospección.

f. ¿Se vende biodiversidad?

El INBio, como ya se ha dicho, es una organización no gubernamental sin fines de lucro, y sus actividades han sido declaradas de interés público. Siendo una institución sin fines de lucro, sus acciones no son para beneficiar o enriquecer a sus miembros, por el contrario tiene un objetivo más amplio que busca generar información y promover iniciativas de conservación y uso sostenible de la biodiversidad que se incorporen al quehacer de la sociedad.

Por ello el INBio en sus contratos indica que los fondos que se perciben por bioprospección u otros se revierten en conservación de la diversidad biológica y fortalecen sus capacidades de investigación, es decir, los utiliza en sus propios objetivos y fines. Dejamos claro que el INBio no es una organización con fines comerciales. Explica C. Rodríguez que una de las recomendaciones seguidas en el INBio es que en ningún contrato se establece una venta de muestras ni una prestación económica contra recibo de una muestra, sino que se establece, como se hace en cualquier contrato de colaboración, un presupuesto de costos en donde se consideran los costos de las colectas y los costos administrativos y operativos.⁶⁹⁸

Lo que se puede dilucidar de este contrato es que se transfieren las muestras de material genético, con una serie de limitaciones en cuanto a su uso y propiedad. Las muestras por sí solas no son objeto de patente. Solo si se encuentra una aplicación entonces existe la posibilidad de la patente, en otras palabras en realidad lo que se patenta son compuestos o genes con aplicaciones demostradas. Aunque en el caso de descubrirse un producto, es Merck la que tiene la patente sobre la invención que tendrá como materia prima el recurso genético que ha proporcionado el INBio. Quién aplica la patente es quién descubre o desarrolla la innovación. Nótese que lo que se patenta es la invención en sí y no el recurso genético; de hecho, el INBio podría, en ciertas condiciones que indicaremos a continuación, volver a proveer de este recurso a otras compañías.

El valor agregado que da INBio es que no se venden muestras (no solo se trabaja con especies de plantas sino además con otras como lo indica

⁶⁹⁸ Rodríguez Echanti, Carlos Manuel. Op. cit., pág. 202.

antes y más adelante en este mismo párrafo) como algunos anotan. En realidad INBio no es un simple recolector de elementos de la biodiversidad por el contrario, entre otros, recolecta y procesa muestras reproducibles y las documenta, tamiza muestras para obtener sustancias químicas y genes presentes en plantas, insectos, organismos marinos y microorganismos, realiza investigaciones a partir de indicios arrojados por los tamizajes, las sustancias químicas mismas, la producción de organismos⁶⁹⁹. Con esto queremos decir que no se trata solo de recolectar muestras sino por el contrario de un proceso científico complejo y de gran valor que involucra no sólo la recolecta, sino su identificación, catalogación, preparación y según sea el contrato el establecimiento de pruebas biológicas, la elucidación de compuestos, la extracción de ADN, etc.

g. Exclusividad

Una de las mayores preocupaciones de algunos sectores que en 1991 adversaron y criticaron el contrato INBio-Merck, se basaba en que se entendía que el INBio estaba dando en exclusividad la diversidad biológica del país, y se preguntaban ¿Con qué facultad el INBio puede hacer semejante concesión? Para ser objetivos, lo que el INBio acuerda es que no proveerá a otras compañías de ninguna muestra que haya sido solicitada por Merck. Es decir, solo se está dando exclusividad⁷⁰⁰ sobre lo que se le entregaba, y aún esta exclusividad tiene los siguientes límites:

- El INBio puede ofrecer las muestras solicitadas y enviadas a Merck si los intereses de la evaluación están fuera de los intereses de Merck.
- Después de los dos primeros años, el INBio está libre para poder proveer a otros de las mismas muestras.
- Sobre no más del 1% del total de muestras suministradas por el INBio a Merck, se podría solicitar una extensión del período de evaluación de la muestra en tanto se actúe diligentemente en la evaluación y desarrollo comercial de la muestra.
- Los derechos exclusivos terminan en el momento en que Merck decida

⁶⁹⁹ W. Reid y otros. Prospección de la Biodiversidad. Pág. 80

⁷⁰⁰ A menudo, ciertos usuarios comerciales quieren ser los únicos receptores de una muestra determinada, tal exclusividad puede plantear problemas para el INBio y para Costa Rica; pero al no contar con una garantía de exclusividad, las compañías farmacéuticas no estarán muy interesadas en comprar muestras. A manera de compromiso, el INBio ha establecido pactos mediante los cuales la misma muestra vendida a un usuario comercial no sea vendida a otro en un período de entre 6 a 24 meses a partir de la compra inicial (lo que no impide que otra empresa envíe la misma especie a cualquier otro usuario). A, Sittenfeld; R, Gámez. La Prospección de la Biodiversidad en INBio. Artículo en. W.Reid y otros. Prospección de la biodiversidad. Instituto de los Recursos Mundiales. Pág.108

suspender el programa de desarrollo comercial de productos derivados de la muestra.

- El INBio puede rechazar coleccionar una muestra que Merck solicite si no se puede obtener o si pone en peligro una especie, o por razones biológicas.
- Merck entregará al INBio reportes escritos de progreso, por lo menos una vez por año, sobre actividades de investigación de la muestra y sobre las actividades de comercialización de productos derivados de ellas, si los hubiera.

h. Invenciones y patentes

Las invenciones hechas como parte de la investigación serán propiedad de Merck, que será responsable de solicitar y registrar apropiadamente la patente de invención. El INBio obtiene regalías sobre la comercialización de el o los productos derivados de ellas. El INBio se reserva el derecho de proveer de muestras a otras compañías, respetando la exclusividad limitada garantizada a Merck. Si el convenio termina o se llega a romper⁷⁰¹, se mantienen las cláusulas de confidencialidad, de obligación de reportes y de distribución de beneficios entre otras vigentes, de modo que es posible que si se logra obtener una invención o producto a partir de una muestra costarricense, la empresa está obligada a pagar las regalías correspondientes. Además Merck debe notificar al INBio sobre cualquier sublicencia de muestras provistas por el INBio (son provistas no son propiedad de INBio).

i. ¿Cuáles son los beneficios para el país?

Las críticas más positivas reconocen que este es un acuerdo pionero dentro de un mundo en donde la empresa privada históricamente no ha reconocido a los países en desarrollo el valor de sus plantas y animales con fines farmacéuticos. Se reconoce además no solo el valor de la biodiversidad como fuente de nuevos compuestos para la industria, sino algo más importante, el derecho a compartir los beneficios futuros, en un esquema donde el objetivo para el país rico en biodiversidad es seguir conservándola.⁷⁰²

El contrato, en otros términos, significa un reconocimiento explícito de la importancia de la biodiversidad para la industria farmacéutica. También resalta que cuando se suscribió este Acuerdo, el CDB no estaba todavía adoptado, ya que el Acuerdo se firma en noviembre de 1991, y el CDB se adopta en mayo de 1992, entrando en vigencia en diciembre de 1993. En todo sentido, el Acuerdo constituyó un paso adelante en una nueva negociación entre la empresa privada y el país que tiene los recursos genéticos.

⁷⁰¹ Las causales de disolución del contrato se dan si una de las partes se declara en bancarota, insolvente o hace un asignamiento en beneficio de su haber; con una nota escrita con tres meses de antelación.

⁷⁰² Este Acuerdo representa un momento decisivo en la historia de la "prospección de la biodiversidad". Durante décadas, ecólogos y ambientalistas han insistido en que las aplicaciones farmacéuticas y otras aplicaciones comerciales de la biodiversidad deben contribuir a justificar la conservación. Sin embargo, ha sido poca la inversión por parte de la industria en la investigación de productos naturales, desde mediados de la década de 1960, e incluso disminuyó en la

Se debe destacar que el contrato INBio-Merck tiene un componente de gran valor, que es el de incrementar la capacidad de investigación⁷⁰³ en el ámbito nacional, ya que se establece la obligación de proveer de equipo de laboratorio para realizar investigaciones. Esta obligación ha sido cumplida, y los equipos se encuentran en la Universidad de Costa Rica. El INBio también ha realizado inventarios de biodiversidad como una forma de fortalecer las capacidades nacionales⁷⁰⁴. Esta práctica, más la transferencia de tecnología cuando se requiera, llevará al país idealmente a poder obtener su propia capacidad de investigación y resultados directos.

La otra característica importante del contrato es que se reciben fondos para desarrollar la investigación por adelantado de un millón ciento treinta y cinco mil de dólares, normalmente este tipo de contratos solo se negociaban pagos en caso de descubrir algún producto con rentabilidad económica. Los fondos no se dieron en forma arbitraria sino con base en objetivos mutuos y en un plan de trabajo⁷⁰⁵.

industria farmacéutica durante las décadas de 1960 y 1970. Es evidente que el acuerdo INBio-Merck demuestra un cambio en el enfoque de la industria, y el verdadero potencial económico de estos recursos. W, Reid; S, Laird; y otros. El Inicio de una Nueva Vida. World Resources Institute, 1994. Pág. 2. Ver, Eisner, Thomas. Chemical prospecting: a proposal for action. Yale University press. Ecology, Economics and ethics: the broken circle. New Haven, Ct, 1992.

⁷⁰³ La compañía británica Biotics también está ayudando a incrementar esta capacidad.

⁷⁰⁴ Los inventarios y el programa de parataxónomos realizados han creado beneficios económicos, además de incrementar el conocimiento científico, dotando de empleo a comunidades locales. Sittenfeld an Lovejoy.Op. cit., pág. 11.

⁷⁰⁵ Como se distribuyó el presupuesto de \$ 1.135.000 que MERCK aportó.

Contribución Fondo de Parques Nacionales. Ministerio del Ambiente y Energía (Costa Rica)	\$100.000
Capacitación a científicos costarricenses	\$120.000
Pago a la Universidad de Costa Rica por extracción de muestras	\$80.000
Equipo de extracción química en Universidad de Costa Rica	\$135.000
Salarios de los químicos y asistentes de laboratorio, etc.	\$100.000
Transporte, equipo de laboratorio, viáticos de los recolectores	\$60.000
Contribución para el trabajo de parataxónomos, en el inventario nacional de biodiversidad	\$120.000
Equipo para el inventario de biodiversidad: computadoras, mobiliario, solventes, etc.	\$285.000
Administración y gastos generales	\$135.000
Total	\$1.135.000

Fuente: A. Sittenfeld. Tropical medical plant conservation and development projects: the case of the Costa Rican National Institute of Biodiversity (INBio). 1992. S, Laird. Contratos para la bioprospección de la biodiversidad. WRI, 1994.

De las regalías recibidas, o cualquier otra compensación por costos directos o indirectos de protección y manejo de la diversidad biológica de Costa Rica, se dividirán en mitades iguales de 50% entre INBio y MINAE⁷⁰⁶. Debe tomarse en consideración que por el momento el MINAE no cuenta con capacidad para realizar las labores que hace INBio y que además, le generarán al Ministerio nuevos ingresos.

Algunos consideran que uno de los elementos intangibles más importantes de este contrato es que se visualiza una nueva forma de incentivar al Estado y a la sociedad en general a preservar los recursos naturales como una fuente de posible sustento económico para las generaciones presentes y futuras. Otros consideran que constituye un puente directo entre el recurso natural considerado materia prima y el producto comercial resultante.

Por último, reviste de importancia, sobre todo en este momento, cuando en las conferencias de las Partes del CDB se ha expresado el interés de que las compañías farmacéuticas realicen contratos sobre una base justa y equitativa. Organizaciones como el INBio se presentan con la fortaleza de no solo ofrecer recursos biológicos, sino también de aportar un valor agregado que consiste en la capacidad científica para hacer en el país parte de la investigación o para proveer el recurso con valor agregado. Esto podría llamar la atención de algunas compañías.

Como ya se ha dicho, las partes, dependiendo de las circunstancias del marco legal existente y de la capacidad negociadora, realizarán diferentes tipos de contratos. Sin embargo, en el proceso de experimentar y aprender, serían útiles algunas guías que incluyan los requisitos mínimos que estos contratos deberían contener. Considerando en particular el poco acceso que tienen las comunidades indígenas a servicios legales.

La parte débil de los contratos INBio-Merck es la falta del tercer actor: las "comunidades indígenas y locales". Aunque la respuesta a esto se basa en dos premisas: que solo realizan bioprospección en áreas protegidas (independientemente de que los indígenas habitan en áreas protegidas en algunas regiones de Costa Rica, como en Talamanca) y en que "...es poco frecuente que los conocimientos tradicionales formen parte del desarrollo

⁷⁰⁶ El INBio recibirá un presupuesto de \$1 135 000, en lapso de dos años (contrato de 1991). INBio convino en contribuir con el 10% por ciento del presupuesto, y el 50% de las regalías al Fondo de Parques Nacionales de Costa Rica. Ver, S. Laird. Contratos para la Prospección de la Biodiversidad. La Prospección de la Biodiversidad. WRI, 1994. J.Kloppenbug; S, Rodríguez. Conservationists or corsairs? Seedling, 1992.

de nuevos productos farmacéuticos provenientes de la biodiversidad.⁷⁰⁷ (aunque varios autores opinan lo contrario). Estos contratos tienen grandes virtudes que ya hemos apuntado y no se deja de reconocer que la conservación, la utilización y el conocer -tener información- son inseparables. La labor que hace el INBio de generar conocimiento sobre la biodiversidad y valorarla es vital en esta tarea. El otro aspecto que es necesario recalcar es que la combinación materia prima -recurso genético- bajo la soberanía del Estado, el valor agregado -capacidad científica del INBio- y el producto es una formula que debemos seguir fortaleciendo. También se han aclarado algunas interpretaciones sobre aspectos medulares que se prestan para confusión; sin embargo, el INBio necesitará trabajar en mecanismos que colaboren con la protección y el reconocimiento del conocimiento tradicional de los pueblos indígenas y comunidades locales para posibles contratos en que se involucren estos actores y sus capacidades.

Desde el Contrato con Merck el INBio ha desarrollado cerca de 30 contratos y/o convenios con la industria y la academia para la bioprospección química y biotecnológica que han ido mejorando con la experiencia y con el aumento de la capacidad científica del Instituto. Solo hacemos referencia a este contrato por ser el más mencionado en la literatura consultada y sobre el cual existen muchos mitos.

Algunas consideraciones de importancia

Actualidad. Desde que el contrato INBio- Merck se realizó se han dado muchos avances y nuevos convenios con otras industrias farmacéuticas nacionales e internacionales. Vale rescatar que el INBio cuenta con convenios actualizados con el MINAE, que se rigen bajo los contenidos de la Ley de Biodiversidad y su reciente reglamento a acceso a los recursos genéticos. Por lo que de ninguna manera se puede entender que permanecen las mismas condiciones de cuando se realizó el Convenio con Merck.

Síntesis Químicas. Muchos productos farmacéuticos son hechos por esta industria a partir de síntesis químicas por lo que no es necesario establecer plantaciones para obtener materia prima. Esto se aplica más bien cuando la síntesis química no es posible y se necesita acudir a la fuente natural para la extracción directa del compuesto, siendo esto poco rentable para la industria.

Regalías. Quizá el dato más relevante en la actualidad es que el INBio ya ha recibido sus primeras regalías sobre la venta de un producto para la

⁷⁰⁷ W, Reid; S, Laird; y otros. Op. cit ,1994. Pág., 39.

salud. Este el caso de negociación establecida con la compañía Lisatura en Costa Rica quién saco a la venta un producto natural bajo el nombre de Q-assia (hombre grande) que es utilizado como coadyuvante digestivo. Las regalías para los tres primeros meses de venta han sido aproximadamente de unos \$400 USD. También esta en negociación las regalías de un producto con la compañía Diversa. Esto es un gran avance que sin lugar a dudas convierte a este tema en una posibilidad real, sobre la cuál los países deben sentar sus propias políticas.

Tecnología. Otro dato de gran relevancia y de reconocimiento es la capacidad cada día mejorada del uso de nuevas tecnologías para el manejo científico de las muestras de material por parte del INBio lo cuál promueve la investigación nacional y el desarrollo de capacidades. Recientemente el InBio a recibido por parte de la la compañía Eli Lilly un equipo ICEBOX de alta tecnología tecnología para la prospección química de la biodiversidad costarricense.

Bioprospección. La Bioprospección entendida como la búsqueda sistemática de nuevas fuentes de compuestos químicos, genes, proteínas, microorganismos y otros elementos existentes en la biodiversidad que poseen un valor económico actual o potencial, no se hace al azar por el contrario se buscan muestras específicas o de interés determinado por ejemplo especímenes de plantas, moluscos o hongos de cierto tipo. Los Bioprospectores son personas con conocimiento científico que van al campo a buscar muestras determinadas. En algunos casos los bioprospectores pueden ayudarse con el personal de las áreas protegidas.

2.6.3 Contrato Federación AWA y Instituto Nacional del Cáncer

La Federación Awá del Ecuador y el Programa de Desarrollo Terapéutico del Instituto Nacional del Cáncer de Estados Unidos de América (que a su vez tiene un contrato de recolección con el Jardín Botánico de Nueva York) realizaron un contrato en mayo de 1993. El objeto principal del contrato es la investigación de la actividad anticáncer y antiSIDA de los extractos de plantas existentes en la comunidad Awá.

a. Obligaciones y derechos del programa de desarrollo terapéutico (PDT) del Instituto Nacional del Cáncer (INC)⁷⁰⁸.

- EL PDT investigará, por medio de extractos de plantas del pueblo Awá la actividad anticáncer y antiSIDA.
- Entregar a la Federación Awá los resultados de la investigación.
- Los procesos de bioensayos son realizados en los laboratorios del INC y del PDT.
- Sujeto a espacio en el laboratorio y otros recursos, se puede invitar a una persona de la Federación Awá, por un máximo de un año, a los laboratorios del PDT y INC.
- Si se encuentra un componente activo promisorio, su desarrollo estará a cargo del PDT y INC.
- Se puede tramitar una patente sobre el descubrimiento en los Estados Unidos de América en forma separada o conjunta entre el INC y la Federación Awá. La obtención de la patente la realizará el Instituto en consulta con la Federación Awá.
- Se hará el mayor esfuerzo posible para asegurar las regalías y otras formas de compensación a la Federación Awá sobre las licencias de producción de mercado del agente concedidas al INC y el PDT, según sea apropiado.
- En primera instancia, se buscarán productos naturales en el territorio Awá; si no se pudieran proveer de la cantidad requerida, el portar la licencia queda comprometido a pagar cierta cantidad de dinero para gastos de cultivo o de conservación asociados al producto dentro del territorio Awá.
- En el caso de que los organismos estén disponibles en otro país libremente (malezas comunes, cultivos agrícolas y plantas ornamentales) no se aplicará ninguna protección al derecho de los Awá, a menos que la información sobre el uso particular salga de los residentes locales.

⁷⁰⁸ La información suministrada en cuanto a derechos y obligaciones de las partes ha sido la recopilación de distintas fuentes que hacen referencia al contrato, no del texto del contrato en sí, por lo que podrían existir algunas imprecisiones. Mayoritariamente, la información fue obtenida del Programa de Semillas de Colombia, que está en el documento “Investigación de Recursos Genéticos en Territorio Awa, preparado por M. Flores. Págs. 9,12.

b. Obligaciones y derechos de los AWÁ

- Colaborar con el Jardín Botánico de Nueva York en la recolección del material y asegurar permisos que permitan tal recolección y la exportación de materiales.
- Usar los conocimientos de la población o del curandero para guiar la recolección, además de suministrar los métodos de administración para permitir la extracción aplicada. Esta información será mantenida en forma confidencial por el PDT hasta que ambas partes estén de acuerdo con su publicación con el permiso del curandero o de la comunidad, los cuales serán reconocidos según su contribución.
- La Federación Awá y el Jardín Botánico de Nueva York colaboran para proveer de material adicional, que se requiera para el estudio, investigando su propagación masiva dentro del territorio Awá.
- Los científicos de la FA y sus colaboradores pueden investigar especímenes adicionales de los mismos materiales en bruto para otras actividades biológicas y desarrollarlos con propósitos diferentes de los acordados en el contrato.
- Si aparece algún conflicto entre la versión en inglés y español del contrato prevalecerá la versión en inglés.

Con respecto a este punto de la investigación que aquí se presenta, tengo que afirmar que este contrato a luz de un análisis legal en beneficio de los Awás, es la mejor muestra de violación de derechos indígenas. Se ignoraron totalmente los principios del CDB, del convenio 169 y deja prácticamente al pueblo indígena Awá en una posición de desventaja alarmante. Paso a su análisis:

La mayoría de las cláusulas que pudieran beneficiar, en mayor o menor medida, a los Awá están sujetas a términos poco precisos y dejan una puerta abierta para no cumplirse. Por ejemplo, "...se podrán visitar los laboratorios, sujetos a espacio y recursos necesarios". ¿Qué recursos? Aquí no hay obligación alguna del PDT o el INC. "Se hará el mayor esfuerzo posible para asegurar regalías". ¿Cuál es el mayor esfuerzo posible? Aquí tampoco existe obligación alguna.

Dejan sujeta a negociación la cantidad de dinero que pague el que porta la licencia, en este caso, el Jardín Botánico de New York, para el cultivo o conservación de plantas medicinales. Si fuera necesario, se habla de precio razonable; pero ¿qué es razonable y que no es razonable? Estas ambigüedades y falta de formalización de obligaciones llevan a este contrato a ser desequilibrado.

En cuanto a protección del recurso biológico y conocimiento tradicional es nulo. De hecho, la redacción es bastante confusa. Por un lado, los resultados de las investigaciones no pueden ser publicados, es decir, puestas en el dominio público, hasta que el PDT pueda tramitar la patente en Estados Unidos. Se entiende que quién patenta es el PDT; pero luego dice que la patente se puede buscar en forma separada o conjunta. ¿Cuáles son los alcances de esta disposición? ¿Cómo se decide si hay o no una copropiedad de la patente? Sin embargo, luego se vuelve a especificar otra situación, y es que el proceso de obtener patentes lo realiza el PDT y el INC en consulta con Federación Awá. ¿En consulta para qué? ¿Qué quiere decir con el proceso de patente; el proceso administrativo para obtener esta, o la titularidad de ella?

En cuanto al conocimiento tradicional, se estipula en forma clara que este será usado para guiar la recolección y que se mantendrá en forma confidencial hasta que se llegue a un acuerdo de publicar *reconociendo apropiadamente* la contribución al curandero o a la comunidad. Aquí se ignora abiertamente la propiedad colectiva del conocimiento tradicional y se deja abierta la posibilidad de que esta sea negociada en forma individual, y, por otro lado, se habla de publicitar la información, de ponerla en el dominio público. Se desconoce así el valor agregado que este conocimiento da a la invención que será patentada, ya que no se puede patentar lo que ya está en el dominio público. El término “*reconociendo apropiadamente*” no es claro. No se sabe si se les van a pagar regalías sobre la posible comercialización del producto, si se van a reconocer derechos de autor en publicaciones o si simplemente se va a hacer un acto de reconocimiento público.

Todas estas cláusulas contractuales, ante un determinado conflicto de intereses, van en detrimento de los Awás. Pero, quizá, la cláusula más grave es la que permite a los científicos investigar especímenes adicionales de los mismos materiales en bruto con propósitos diferentes de los acordados en el contrato. ¿Qué propósitos? ¿Qué reglas se aplican? ¿Qué pasa con los materiales que han sido recolectados con base en un conocimiento tradicional? Estas preguntas son particularmente importantes si se toma en consideración que estos materiales se exportan y salen de las manos de los Awás y del Ecuador.

Dentro del Contrato no se especifica nada acerca de reconocer la fuente de origen de los recursos. Finalmente, se estipula que prevalece la versión en inglés en caso de conflictos de interpretación, lo que deja a los Awás en una abierta desventaja si se quisieran ventilar problemas contractuales por la vía civil en los Tribunales de Justicia del Ecuador, o incluso para su propia interpretación.

Si los organismos se encuentran también en otros pueblos, no se reconoce ningún derecho a los Awás. Los términos que se utilizan son "organismos que estén disponibles libremente". ¿Qué son recursos disponibles libremente? ¿A quién se reconocen derechos? No indica el contrato ninguna relación con el Ecuador como Estado más que cuando hace referencia a los permisos de recolección y exportación. Pero ¿qué les queda a los Awás? Recolectar plantas, guiar la recolección con base en su conocimiento, ayudar a sacar permisos de recolección y de exportación y una remota posibilidad de beneficios en el futuro; tener el resultado de las investigaciones, sin saber a ciencia cierta, en el caso de patentes, si pueden acceder a ellas, y otra serie de beneficios no económicos y no obligatorios para el PDT y el INC.

Esto es muestra de que, si no hay legislación nacional que ampare la aplicación del artículo 8 (j) del CDB, este simplemente se ignora. La participación de quienes tienen recursos y conocimientos en la distribución equitativa de beneficios, en estos casos, es solo un deseo.

Claro que estas investigaciones son con fines benéficos para la humanidad, y se refieren a enfermedades tan graves como el SIDA y el cáncer. Sin embargo, en el caso de que exitosamente se llegara a descubrir un producto que cure estas enfermedades, ¿quiénes tendrán acceso a este producto y a qué precio? Se alega que este tipo de investigaciones son con fines científicos y altruistas de protección de la especie humana; pero ¿adónde se van esos fines cuando en los países en desarrollo una comunidad no puede acceder a medicamentos por su alto costo, aunque estos tengan como materia prima su recurso biológico y el conocimiento tradicional?

2.6.4 Posibles indicadores de contratos

Tomando en consideración los requerimientos de los pueblos indígenas ya expresados en este libro, reconociendo el derecho que estos pueblos tienen a negarse a realizar actividades que no deseen en sus territorios, y además, considerando algunas de las experiencias ya mencionadas, podríamos afirmar que los contratos de acceso a recursos genéticos son, por lo general, entre el Estado y el receptor; lo que los pueblos indígenas dan es un consentimiento informado previo (según el país) que puede tomar la forma de contrato o ser un acuerdo anexo al contrato principal de acceso, en el que estipulan, entre otros, la distribución de beneficios y disposiciones sobre la entrada en territorios indígenas. Otro tipo de contratos, como los de bioprospección o contratos licencias sobre el conocimiento son entre el proveedor, que puede ser una comunidad, pueblo indígena u organización no gubernamental; y el receptor, por lo general, una compañía farmacéutica. Esta generalidad

puede cambiar dependiendo del país del que se trate. Dichos contratos al menos deben contener los siguientes aspectos⁷⁰⁹:

a. Obligaciones del receptor

- I. Obtener consentimiento informado previo de parte de la autoridad designada según el territorio indígena del que se trate, antes de realizar ingreso a su territorio con fines de acceder a los recursos que en él se encuentran.
- II. Describir exhaustivamente las actividades que se realizarán dentro del territorio y los fines específicos para los cuales se está realizando el acceso.
- III. Reportar los resultados de las investigaciones mediante copia de sus originales y realizar una declaración jurada que especifique en forma simple los principales resultados de la investigación y sus posibles usos futuros. En el caso de falsedad de información, se procederá según la legislación nacional, reclamando los correspondientes daños y perjuicios. Se respetarán las cláusulas sobre secreto comercial.
- IV. Que todas las actividades que se realicen dentro de territorios indígenas de acceso a los recursos genéticos deben realizarse sin deteriorar los ecosistemas y manteniendo las variedades y especies existentes.
- V. Reportar los beneficios económicos obtenidos del acceso a los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado. Compartir equitativamente tales beneficios ya sea en forma económica ó por medio de transferencia de tecnología, programas de capacitación o cualquier otra forma que las partes estimen adecuada.
- VI. Obligación de reconocer, en todo momento, la fuente de origen tanto del recurso genético como del conocimiento tradicional.
- VII. En el caso de que se descubra algún producto farmacéutico, las regalías serán otorgadas en forma constante, estipulando un porcentaje para la fuente de origen del recurso y del conocimiento tradicional sobre las ventas de tal producto.

⁷⁰⁹ Ver, contratos modelos, apéndices necesarios de los contratos modelos, en: D. Downes, Sarah A. Laird; y otros. Un Contrato para la prospección de la biodiversidad. Prospección de la Biodiversidad. World Resources Institute. 1994.

- VIII. En los casos en que estipule la legislación nacional, o cuando el pueblo indígena lo estime conveniente, el receptor está obligado a realizar una evaluación de impacto ambiental, incluidos los impactos sociales de las actividades que se pretenden realizar.
- IX. Fortalecer las capacidades nacionales para la investigación de sus recursos genéticos y la ampliación del conocimiento tradicional. Esto puede ser cumplido con la constitución de un fondo económico o con donación de equipo para la investigación y transferencia de tecnología que favorezca las actividades de ambas partes dentro del contrato.

b. Cláusulas Especiales

- I. El pueblo indígena solo otorgará a la compañía respectiva el derecho de uso sobre el patrimonio intangible (conocimiento tradicional). Siendo posible que la comunidad siga utilizando este conocimiento, incluso con fines comerciales. No se da a la compañía un derecho exclusivo sobre el conocimiento, permitiendo su disfrute a las futuras generaciones.
- II. El receptor reconoce que, en casos de que se aplique tecnología tradicional como forma de transmitir el conocimiento, esta será reconocida y valorada como tal, incluyendo sus cualidades de innovación, invento y reproductividad, según el caso específico.
- III. Todo contrato se realizará con respeto a la legislación nacional aplicable y a las leyes consuetudinarias aplicables dentro del territorio indígena. El proveedor dará a conocer las normas de derecho consuetudinario aplicables al inicio de la negociación.
- IV. El receptor debe cumplir con las disposiciones de índole administrativa⁷¹⁰ que le permitan obtener una autorización del Estado⁷¹¹ para acceder a los recursos genéticos.
- V. Aunque el conocimiento esté en el dominio público, la compañía deberá reconocer su fuente de origen cuando esto sea posible.

⁷¹⁰ Dentro del proceso administrativo, en materia de recursos naturales se debe aplicar el silencio administrativo de la negación; lo que implica la falta de respuesta en el plazo estipulado o una respuesta negativa para realizar el acceso.

⁷¹¹ Se presupone que existe cierta coordinación entre el Estado y el proveedor (pueblo indígena), que descarta la idea de un doble permiso. En este sentido, el Estado se vería imposibilitado a acceder al permiso si el proveedor no ha dado su consentimiento previo informado.

- VI. En caso de ser necesario, el Estado⁷¹² otorgará un fondo económico inicial que posibilite la asistencia técnica y legal a las comunidades que así lo soliciten.
- VII. El acceso a los recursos genéticos en territorios indígenas sin la autorización del pueblo indígena correspondiente es ilegal, ya que se está violando el derecho de propiedad privada⁷¹³ de las comunidades. Se aplicarán las sanciones correspondientes a violación del derecho de propiedad privada.
- VIII. El sacar muestras de material genético sin la autorización del pueblo indígena o del Estado se considera “robo” de bienes privados del Estado, según corresponda. Si las muestras se sacan del país, se considera “tráfico ilegal”⁷¹⁴.
- IX. El pueblo indígena correspondiente se reserva el derecho de revocar inmediatamente el consentimiento de acceso a los recursos genéticos o conocimiento tradicional ante la violación, por parte del receptor, de las cláusulas contractuales.

Aparte de los requisitos anotados aquí, que no son únicos ni pretenden ser una lista taxativa, hay organizaciones que pretenden experimentar con cláusulas aún más contundentes. Por ejemplo, la Fundación Brasileña de Plantas Medicinales ha convencido a algunas empresas farmacéuticas para que compren a las comunidades indígenas materiales de origen vegetal en forma de extractos (lo que se ha convertido en una nueva fuente de empleo) y compartan los beneficios que se generen con estos pueblos. La Fundación, en sus acuerdos con empresas extranjeras, se esfuerza por obtener el derecho de distribución sobre los medicamentos que se generen para que los ciudadanos brasileños y los pueblos indígenas puedan tener beneficios médicos y económicos a partir de las especies brasileñas. No se sabe si estas cláusulas serán aceptables para las compañías farmacéuticas.

Un ejemplo del contenido de contrato “lo da Brasil” al indicar en la Medida Provisoria 2.186-16, de agosto del 2001, que el Contrato de Utilización del Patrimonio Genético y de Distribución de los Beneficios, que es el contrato

⁷¹² Esto presupone que el Estado contará con fondos suficientes o con personal asignado para esta labor cuando se estime conveniente.

⁷¹³ Se aplica para territorios indígenas con título de propiedad sobre sus territorios o reconocimiento oficial por parte del Estado.

⁷¹⁴ Para que estos delitos existan como tales deberán estar tipificados en la legislación nacional, del país del que se trate.

que se da entre la institución nacional que autorice el acceso a los recursos genéticos y el propietario de la zona pública o privada, o el representante de la comunidad indígena o local debe cumplir al menos con las siguientes cláusulas:

- Objeto, sus elementos, la cantidad de la muestra y el uso previsto;
- el plazo de duración;
- la forma de distribuir justa y equitativamente los beneficios y, llegado el caso, el acceso a la tecnología y la transferencia de tecnología;
- los derechos y las responsabilidades de las partes;
- el derecho de propiedad intelectual;
- la rescisión;
- las sanciones;
- la jurisdicción y el derecho aplicable del Brasil

Este tipo de contratos se rige por el régimen jurídico de Derecho Público.

En Costa Rica, el Reglamento de Normas de Acceso⁷¹⁵ para formalizar el consentimiento fundamentado previo y las condiciones mutuamente acordadas, se podrá requerir de un contrato. La Ley dispone que existe un "contrato modelo" dispuesto por la Oficina Técnica que, entre sus cláusulas recomendadas, incluye:

- Los fines de la investigación, de la bioprospección o del aprovechamiento económico.
- El lugar o lugares en donde se establecerá la búsqueda o la explotación y el número de investigadores, bioprospectores o personas autorizadas que ingresarán al predio y forma de identificarlos⁷¹⁶.
- El tipo de material en que se está interesado y la cantidad de material que se requiere, así como los métodos utilizados para la recolección o explotación del material.
- El tiempo aproximado que durará todo el proceso y número de veces que se ingresará al sitio de acceso.
- El destino potencial de los elementos o recursos genéticos y bioquímicos y de sus destinos subsecuentes.
- Compromiso formal por parte del interesado de dar constancia del origen de los recursos y del conocimiento asociado, en cualquier publicación, trámite o uso posterior que se les dé.

⁷¹⁵ Léase correctamente Normas Generales para el Acceso a los Elementos y Recursos Genéticos y Bioquímicos de la Biodiversidad. Decreto DAJ-D-020-2003-Ministerio de Ambiente y Energía.

⁷¹⁶ En caso de que se requiera guía y acompañamiento de personas de comunidades locales o pueblos indígenas, estas deben ser debidamente contratadas y remuneradas al efecto, si así las partes lo convienen. *Ibidem*, Artículo 9.3(c).

- Términos acordados sobre posible estudio de impacto cultural producto del acceso, sobre el tipo y forma de transferencia de tecnología o de generación de información, sobre la distribución justa y equitativa de beneficios, incluyendo posibles ganancias, para el intercambio de conocimientos asociados, sobre el proceso participativo con comunidades locales pueblos indígenas.
- Estimación aproximada de los plazos de distribución de beneficios. En este sentido se establecerá hasta un 10% del presupuesto de investigación o bioprospección al proveedor de los recursos genéticos.
- Firma o huella digital del proveedor de los recursos y del solicitante. En caso de pueblos indígenas, el consentimiento informado previo se puede exigir en el idioma indígena del lugar donde se adquieren a los recursos.

2.7 Contrato Licencia de conocimiento (Know-How)

Este mecanismo ha sido utilizado por Perú, región de Marañón, particularmente por la comunidad Aguaruna y Huambisa - Organización Central de las Comunidades Aguaruna del Alto Marañón, La Federación de Comunidades Nativas Aguaruna del Río Nieva, y la Federación Aguaruna del Río Domingusa en asociación con la Confederación de Nacionalidades Amazónicas (CONAP) - dentro de un proyecto de bioprospección patrocinado por el Gobierno de Estados Unidos, mediante la *International Cooperative Biodiversity Group Program*, reuniendo investigadores de la Universidad de Washington en St. Louis, el museo de la Universidad Nacional de San Marcos, Universidad Peruana Cayetano Heredia, y Searle & Co., División Farmacéutica de Monsanto.

Este tipo de contrato licencia⁷¹⁷ se basa en que el recurso por sí mismo no tiene valor, sino cuando es asociado a su uso tradicional; por lo tanto las comunidades indígenas deben guardar el control sobre el uso de ese recurso⁷¹⁸. A partir de esto se creó una licencia de conocimiento que

⁷¹⁷ Los acuerdos contractuales en formas de licencias, u otras formas, podrían ser instrumentos prácticos para la protección del acceso no autorizado al conocimiento tradicional. Sin embargo, tomando en consideración la dinámica del mercado y el inicio de negociaciones con terceras partes, será necesario tener estrategias para apoyar a las comunidades locales en la realización de estos contratos. Esto fue expresado por varias organizaciones no gubernamentales que sugieren apoyo en dos campos específicos: capacitación a los dueños del conocimiento tradicional en la realización, negociación, e implementación de contratos; y en el desarrollo de lineamientos o guías para la realización de contratos con la participación cercana de las comunidades locales. OMPI. Sumario de reflexiones y conclusiones. Borrador de reporte sobre propiedad intelectual y conocimiento tradicional. Julio, 2000. Pág. 272.

⁷¹⁸ Ver B.Tobin. 1996.

comprendía el uso del conocimiento tradicional asociado a fines curativos. Las compañías se comprometen a no solicitar plantas medicinales u otra información a comunidades que no estén dentro de este acuerdo y que tal “know-how”⁷¹⁹ o plantas obtenidas por personas o comunidades que no estén dentro del acuerdo debe ser devuelta a los proveedores o destruida, cualquier documentación escrita debe ser entregada a CONAP para devolverla a los proveedores. Las personas, o persona que va a dar el “know-how” y el líder de la comunidad debe firmar un consentimiento informado previo, en español y en lengua aguaruna, el documento debe ser aprobado por la asamblea de la comunidad, no siendo posible la recolección o salida de información antes que esto se cumpla.

Las plantas recolectadas y sus extractos permanecen en propiedad de los aguaruna, sujeto a los derechos soberanos de Perú sobre sus recursos biológicos. Si las plantas, extractos, o “Know- How” es utilizado directa o indirectamente para realizar una invención, los aguaruna deben ser reconocidos y su consentimiento informado previo, por escrito, es requerido antes de llenar cualquier aplicación para una patente. Los Museos pueden mantener colecciones de las plantas y pueden transferirlas a otros centros o museos, pero no es permitido su uso con fines comerciales. Publicaciones de naturaleza científica y para la educación son permitidas, siempre y cuando no incluyan información confidencial “Know-how” de las comunidades, sin su consentimiento informado previo.

Los pagos y regalías⁷²⁰ son puestos en una cuenta conjunta de las organizaciones colaboradoras, estos fondos serán usados por las instituciones colaboradoras para asegurar la distribución equitativa de beneficios entre el pueblo aguaruna por medio de proyectos que promuevan la educación, la salud, la conservación y manejo sostenible de los recursos naturales.

Quizá el factor más relevante de este tipo de licencias es que no importa si el conocimiento es de dominio público porque la comunidad tiene el

719 Know how es definido como el conocimiento, las innovaciones, prácticas, expertise y secretos de los pueblos Aguaruna y Huambisa en relación con el uso de recursos biológicos con propósitos científicos. Know-how Licencia de Contrato. Extracto de contrato, 1996.

720 Se distinguen diferentes pagos o regalías. Pagos de Licencia: Searle paga a las organizaciones colaboradoras una suma de ejecución a la firma del acuerdo y debe pagar una suma anual establecida mientras la licencia se mantenga con vigencia. Esta suma debe ser revisada anualmente para ajustarla en relación con los índices de inflación de Estados Unidos. Pagos a largo plazo: son pagados por Searle si el desarrollo de un producto alcanza niveles comerciales. Se pagan en cuanto se llena la aplicación para registrar un nuevo producto farmacéutico. Regalías: Deben ser pagadas por Searle a las instituciones colaboradores sobre la venta de productos registrados. Extracto de Contrato licencia, 1996.

derecho a utilizarlo. La licencia contiene una serie de cláusulas dentro de las que destacan: la imposibilidad de patentar formas de vida, software para registros locales y nacionales, trato preferencial a compañías peruanas para distribuir el producto, beneficios económicos, constitución de un fideicomiso administrado por los aguarunas y huambisas.

También se debe resaltar que las actividades realizadas por la Universidad de Washington en St. Louis, el Museo de la Universidad Nacional de San Marcos, y la Universidad Peruana Cayetano Heredia deben ser realizados bajo los códigos de ética propuestos por la Sociedad de Etnofarmacología y la Sociedad de Etnobiología y sobre la base de un código de conducta⁷²¹ creado para efectos del contrato sobre la recolección de material biológico, información etnobotánica y reconocimiento de derechos de propiedad intelectual.

2.7.1 Contratos-licencia en el Perú

En Perú la Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos establece la figura del Contrato de licencia de uso de conocimientos colectivos, que es un acuerdo expreso celebrado entre la organización representativa de los pueblos indígenas poseedores de un conocimiento colectivo y un tercero que incorpora términos y condiciones sobre el uso de dicho conocimiento colectivo.

Los contratos de licencia deberán inscribirse en un registro que para estos efectos llevará el Indecopi. La organización representativa de los pueblos indígenas es la que tiene capacidad para otorgar a terceras personas este tipo de contratos sobre el conocimiento colectivo. El contrato deberá ser escrito, en idioma nativo y castellano, y por un plazo renovable no menor de un año ni mayor de 3 años.

⁷²¹ Algunas de las cláusulas que incluye el código de conducta son: respeto a la privacidad de los informantes y la confidencialidad de la información recibida; respeto a los valores sociales locales, tradiciones, derecho consuetudinario y prácticas entre el pueblo aguaruna cuando residan en sus comunidades y en otros momentos. Se debe recolectar únicamente la cantidad de material biológico necesitado para hacer los extractos y colecciones de plantas. Ser respetuoso de la información sobre medicinas y prácticas del pueblo aguaruna que pueden diferenciar de las prácticas occidentales. Ser respetuoso con relación al trato a las mujeres, en especial cuando son mujeres curanderas que no desean transmitir su información a hombres. Esta información debe solo transmitirse entre mujeres. Ninguna información debe utilizarse por terceras partes sin el consentimiento informado previo del pueblo aguaruna. Código de Conducta, acordado entre las partes contratantes. 1996.

Se ampara así el principio de que el dominio del conocimiento no puede ser traspasado; lo único que se traspasa es un derecho de uso, el dominio permanece con el pueblo indígena. En este sentido, quedaría abierta la posibilidad, a cualquier pueblo indígena que posea el conocimiento, de negociar un contrato-licencia en cualquier momento, lo que dependerá de las habilidades de negociación del pueblo específico. En este sentido la Ley estipula que el contrato-licencia no impedirá a otros pueblos indígenas utilizarlo ni otorgar licencias sobre este mismo conocimiento. Esta licencia tampoco afectará el derecho de las generaciones presentes y futuras de seguir utilizando y desarrollando conocimientos colectivos.

Esta regulación podría evitar conflictos entre comunidades en el sentido de que cualquiera puede conceder una licencia; pero también podría ser objeto de diferencias en relación con la comprobación de quiénes tienen derecho, dentro de los pueblos indígenas, de negociar qué conocimiento; sobre todo, en los casos de que este no esté registrado. En cuanto a la emisión de sublicencias estas sólo se podrán conceder con autorización expresa de la organización representativa de los pueblos indígenas que otorga la licencia.

El artículo 27 de la Ley indica que el Contrato-licencia deberá tener los siguientes elementos:

- a. Identificación de las partes.
- b. Descripción del conocimiento colectivo objeto del contrato.
- c. El establecimiento de las compensaciones que recibirán los pueblos indígenas por el uso de su conocimiento colectivo. Estas compensaciones incluirán un pago inicial monetario u otro equivalente dirigido a su desarrollo sostenible; y un porcentaje no menor del 5% del valor de las ventas brutas, antes de impuestos, resultantes de la comercialización de los productos desarrollados directa e indirectamente a partir de dicho conocimiento colectivo, de ser el caso.
- d. El suministro de suficiente información relativa a los propósitos, riesgos o implicancias de dicha actividad, incluyendo los eventuales usos del conocimiento colectivo y, de ser el caso, el valor del mismo.
- e. La obligación del que tiene la licencia de informar periódicamente, en términos generales, al que otorgó la licencia acerca de los avances en la investigación, industrialización y comercialización de los productos desarrollados a partir de los conocimientos colectivos objeto de la licencia.
- f. La obligación del que obtiene la licencia de contribuir al fortalecimiento de las capacidades de los pueblos indígenas en relación con sus conocimientos colectivos vinculados a los recursos biológicos.

Las solicitudes de registro de un contrato de licencia que se presenten ante el Indecopi deberán contener: identificación de los pueblos indígenas que son parte en el contrato y de sus representantes, identificación de las demás partes en el contrato y de sus representantes, copia del contrato; y acta en la que figura el acuerdo de celebrar el contrato de licencia por parte de los pueblos indígenas que son parte en el contrato. El contrato no podrá ser consultado por terceros, salvo con autorización expresa de ambas partes. El Indecopi⁷²² verificará, en el plazo de diez días de presentada la solicitud, que la solicitud consigne todos los datos especificados en el artículo anterior. En caso de que se haya producido alguna omisión, notificará a quien solicita el registro a efectos de que complete la solicitud, dentro del plazo de seis meses, prorrogables a su solicitud, bajo apercibimiento de declarar el abandono de la solicitud.

El Indecopi, a solicitud de parte, o de oficio, solicitará información adicional, en aquellos casos en que considere que exista el riesgo de afectar el equilibrio ambiental en los territorios que habitan los pueblos indígenas como consecuencia del contrato cuyo registro se solicita. El registro del contrato será denegado de verificarse dicho riesgo y en caso de que las partes no se comprometan a tomar las medidas necesarias para evitarlo, a satisfacción de la Autoridad Nacional Competente en materia de medio ambiente. El Indecopi, además, podrá cancelar, de oficio o a solicitud de parte, un registro de conocimiento colectivo o de licencia de uso, previa audiencia de las partes interesadas siempre que haya sido concedido en contravención de cualquiera de las disposiciones del presente régimen o se compruebe que los datos esenciales contenidos en la solicitud son falsos o inexactos. También existe la posibilidad de cancelación del registro⁷²³.

⁷²² Instituto Nacional de la Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial.

⁷²³ La solicitud de cancelación de registro deberá consignar o adjuntar, según el caso, lo siguiente: identificación de quien solicita la cancelación; identificación del representante o apoderado, de ser el caso; registro materia de la cancelación; indicación del fundamento legal de la acción; pruebas que acrediten las causales de cancelación invocadas; domicilio donde se notificará al titular del registro cuya cancelación se solicita; en su caso, copia de los poderes que fueren necesarios; y, copias de la solicitud y sus recaudos para el titular del registro. La solicitud de cancelación se trasladará al titular del registro, a quien se le concederá un plazo de treinta (30) días para hacer su descargo. Luego de este plazo, el Indecopi resolverá con o sin la contestación respectiva.

Capítulo X

Consentimiento Fundamentado Previo como instrumento de protección

1. Consentimiento fundamentado previo

Ya se ha hecho mención del consentimiento fundamentado previo en diferentes capítulos de esta investigación. Sin embargo, es necesario también darle un tratamiento individualizado. Lo primero es tomar precaución para que no se confunda el término “consentimiento fundamentado previo⁷²⁴” con el de “condiciones mutuamente convenidas⁷²⁵”, a los que se refiere el CDB en su artículo 15 (4) y (5). El “consentimiento fundamentado previo es requisito previo de la autorización de acceso a recursos genéticos.” Las “condiciones mutuamente convenidas⁷²⁶ presuponen el consentimiento fundamentado previo⁷²⁷ - en nuestro caso- de los pueblos indígenas cuando

⁷²⁴ Para L. Glowka. El “consentimiento fundamentado previo” es el consentimiento de la Parte Contratante que proporciona los recursos genéticos (un acto afirmativo), basado en la información proporcionada por el usuario potencial de los recursos genéticos, antes de que se conceda el consentimiento de acceso. *Guía del Convenio sobre la Diversidad Biológica*. Pág. 92.

⁷²⁵ Explica R. Mateo Martín, “se podría pensar que las condiciones mutuamente convenidas, se refieren a establecer un contrato, pero esto casa mal con el ejercicio de las potestades soberanas del Estado, máxime si se trata de recursos genéticos que tienen la condición de dominio público...”. *Tratado. Vol.III*. Pág. 91. Importante acotación al tema, veamos que esta pasando en la práctica: el borrador de Ley de Biodiversidad de Nicaragua plantea que el acceso se dará una vez obtenida la autorización por parte del Ministerio, previa firma del contrato de acceso. Es decir, que se presupone la existencia de un contrato de acceso mutuamente convenido previo a cualquier autorización. En Costa Rica, se establecen requisitos básicos para la autorización de acceso y una concesión para su explotación. Deja los contratos o convenios para bioprospección a que se realicen entre particulares con la autorización del Estado. En Perú, por el contrario, el procedimiento de acceso a los recursos genéticos finaliza con la emisión de una resolución por parte de la autoridad competente, en la cual se perfecciona el contrato de acceso y se autoriza el acceso. Se puede denotar como en Perú y en Nicaragua se plantea transformar el requerimiento de acuerdos mutuamente convenidos en contratos de acceso, que van unidos a la autorización de acceso.

⁷²⁶ Para L. Glowka con la frase “condiciones mutuamente convenidas” se está a la expectativa de una negociación entre la parte contratante que concede el acceso a los recursos genéticos y otra entidad - un individuo, una compañía, una institución, una comunidad o un Estado - que desea acceder y utilizarlos. Una negociación exitosa podría resultar en la suscripción de un acuerdo de acceso. Los acuerdos de acceso podrían convertirse en el medio principal que las Partes no sólo autoricen el acceso a los recursos genéticos sino que convengan los términos de los beneficios derivados de su posterior utilización. *Guía del Convenio sobre la Diversidad Biológica*. Pág. 91.

⁷²⁷ El consentimiento fundamentado previo es una especie de autorización que presupone condiciones y obligaciones para el acceso a los recursos genéticos o al conocimiento tradicional.

se utilice el conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos, o cuando se requiera acceder a recursos dentro de sus territorios. Es decir, estos términos se complementan, pero no significan lo mismo.

El artículo 15 (5) del CDB declara: “el acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundamentado previo⁷²⁸ de la Parte Contratante que proporciona los recursos, *a menos que esa parte decida otra cosa*”. El convenio es lo suficientemente amplio para, por un lado, permitir a la parte que tiene recursos no sujetarse a la figura de CFP si así lo decidiera, y, por otro lado, no exige ningún tipo de legislación a las Partes Contratantes para poner en efecto este compromiso.

En la tercera conferencia de las Partes Contratantes del CDB⁷²⁹ se expresó con relación a la interpretación de la frase - “*a menos que esa Parte decida otra cosa*” - que podrían sugerir dos situaciones: 1) Si no se han implementado las medidas de acceso dispuestas en el CDB (por medio de la legislación en el ámbito nacional), no se requiere el consentimiento fundamentado previo. 2) El acceso permanece restringido (amparado en el artículo 15 (5)) y se requiere del consentimiento fundamentado previo hasta el momento en que una de las Partes determine legalmente otra cosa.

Hemos realizado una revisión de posiciones de diferentes autores sobre este tema y pareciera que no hay consenso. Por ejemplo, unos autores indican que la Parte que suministra los recursos debe tomar las medidas necesarias para el establecimiento de un procedimiento en su sistema legal. Si una Parte omite hacerlo, su posibilidad de controlar efectivamente el acceso de un usuario potencial y de participar en los beneficios podría perderse⁷³⁰.

Para que este consentimiento se de se debe contar con información suficiente de los propósitos de quién pretenda realizar el acceso.

728 El consentimiento fundamentado previo ha sido tratado por otros instrumentos internacionales como: el Convenio de Basilea de 1989 sobre Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos; Las Directrices del PNUMA para el intercambio de información sobre productos químicos en el comercio internacional enmendado en 1989; el Código Internacional de Conducta de la FAO sobre Distribución y Uso de Pesticidas de 1990, El Código del OIEA de Práctica sobre el Movimiento Transfronterizo Internacional de Desechos Radiactivos de 1990; el Código de Conducta Internacional de la FAO para la Colección y Transferencia de Germoplasma Vegetal adoptado en 1993, y el Código de Ética de la FAO sobre Comercio en Productos Químicos de 1994. Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Acceso a los Recursos Genéticos: Compartiendo Beneficios, Información sobre Legislación, Administración y Política. Pág. 10-11.

729 Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Tercera Conferencia de las Partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Acceso a los Recursos Genéticos. Nota de la Secretaría Ejecutiva. Documento UNEP/CBD/COP/3/20, 5 de octubre de 1996. Pág. 17.

730 L. Glowka y otros. Guía del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Pág. 93.

Sin embargo, hay otros que, por el contrario, señalan, que después de que el país ratifica el CDB, están obligados de acuerdo con el derecho público internacional a aplicar el CFP. Con esto se entiende que la regla general es que el país requerirá el CFP, si decide otra cosa tendrá que expresarlo claramente⁷³¹.

Pero, aunque esta sea la norma, sin legislación adecuada será difícil determinar cuáles son los requisitos de este CFP, entre otros, ante quién se tramita, cuáles son sus restricciones, todo lo que nos lleva a concluir que la legislación en el ámbito nacional es un requisito indispensable para el cumplimiento de artículo 15 (5) del CDB.

Tal y como ha quedado redactado el artículo, y en el caso de que la Parte decida utilizarlo como una medida de control, poniéndolo en su legislación nacional, presupone cuatro elementos fundamentales:

- Que este consentimiento lo exige la Parte que tiene los recursos (proveedora) a la Parte que pretende hacer el acceso (recolector).
- Que presupone una confiable y segura fuente de información de la Parte "recolectora" bajo la cual la Parte "proveedora" tomará la decisión final sobre si otorga o no dicho consentimiento.
- Que el Estado "proveedor" requiere el CFP (en el caso de pueblos indígenas) antes de que se den permisos de acceso.
- Que el Estado "proveedor" cuenta con las disposiciones legales necesarias para requerir la obtención del CFP al recolector.

El Panel de Expertos sobre Acceso y Distribución Equitativa de Beneficios del CDB definió en octubre de 1999 que, en relación con el término "previo" necesitaba considerarse los siguientes puntos:

- Tiempos: el CFP debe estudiarse con suficiente tiempo de antelación, de manera que exista una consideración adecuada de la información que se provee. También debe existir un tiempo definido predeterminado sobre el cual se defina el CFP.
- Cambio de uso: el CFP debe realizarse sobre la base de un uso específico para el cual el consentimiento es otorgado. Cualquier posible cambio requerirá solicitar nuevamente el CFP.

En relación con la información que se debe proporcionar, se indica que esta debe ser suficiente y debe permitir monitorear su cumplimiento con respecto

⁷³¹ Según Hendrickx y Koester. Las partes están obligadas a decir qué quieren hacer o, de otra forma tendrán que solicitar el CFP. Op. cit., pág. 23.

al CFP otorgado. Dentro del punto referido al tiempo, se establece que este se debe predeterminar para evitar largos períodos de espera por parte del recipiente, que se constituirían en un impedimento para el acceso.

No obstante, he de afirmar que, en el caso de pueblos indígenas, se debe tomar el tiempo que estos estimen suficiente sin ningún tipo de presión, ya que un CFP, en muchos casos, implica el involucramiento de la comunidad. Por otro lado, se requiere, además, que la información que se provea sea clara, sencilla y verdadera - sin que esto signifique escasa - para el entendimiento de los pueblos indígenas. Si lo que se proporciona son informaciones complejas y poco claras sobre sus intenciones, probablemente el pueblo indígena tenga que negar su consentimiento ante la duda, aplicando lo que se podría definir como un principio de precaución.

En cuanto al cambio de uso, esto sería como cambiar el objeto de la posible relación contractual sobre la cual se establecerá probablemente el CFP, por lo que, en todo caso, requerirá un nuevo CFP. Cualquiera de los elementos que cambien y que no hayan sido previstos con antelación requerirán una revisión del CFP o un nuevo CFP.

También este Panel manifiesta, que el CFP debe ser otorgado sobre la base de un conocimiento actual en el tiempo en que el acceso es otorgado. En este se podría estipular claramente cuáles son los alcances de los usos del permiso consentido con el requisito de otro CFP, en el caso de cambios o usos no planificados; o asegurarse de que los términos mutuamente convenidos dentro del CFP comprendan un amplio espectro de circunstancias para cualquier posible uso futuro.

1.1 Consentimiento Fundamentado Previo en Costa Rica

La Ley de Biodiversidad de Costa Rica⁷³² define al CFP como “el procedimiento mediante el cual el estado o las comunidades locales e indígenas en su caso, previo suministro de toda la información exigida, consienten en permitir el acceso a sus recursos o al elemento intangible asociado a ello, bajo las condiciones mutuamente convenidas”⁷³³. En este caso, el CFP es concebido como un procedimiento para obtener permiso de acceso a los recursos o al conocimiento asociado a ellos. Llama la atención la utilización del término “mutuamente convenidas” dejando espacio a las Partes para negociar las condiciones sobre las cuales se dará el CFP.

⁷³² Artículo 65.

⁷³³ Esta definición es también utilizada por el borrador de Ley de la Biodiversidad de Nicaragua.

La oficina de gobierno encargada de dar los permisos de acceso a los elementos de la biodiversidad deberá prevenir a los interesados de adjuntar el consentimiento informado previo, otorgado por el propietario del fundo donde se desarrollará la actividad o por la autoridad de la comunidad indígena cuando sea en sus territorios, y el director del área de conservación. Además, reconoce el derecho de las comunidades locales y pueblos indígenas a negarse a dicho acceso por razones culturales.

En el caso de Costa Rica, llama la atención que, además, de la comunidad indígena y el director del área de conservación, donde se encuentre esa comunidad, deberá dar un CFP. Si el artículo es leído a la letra, se puede ver lo siguiente (lo subrayado no es del texto original):

“...el consentimiento fundamentado previo otorgado por el fundo donde se desarrollará la actividad o por la autoridad de la comunidad indígena cuando sea en sus territorios y el Director del Área de Conservación”.

La redacción es confusa no se sabe si la autorización del director del área de conservación⁷³⁴ se aplica para ambos casos: fundo y territorios indígenas, o solo aplica para territorios indígenas. La razón para contar con la autorización del director del área de conservación no es explícita; no obstante, dando un vistazo a la historia del país, algunas de las denominadas reservas indígenas comparten su territorio con áreas protegidas, la mayoría de las cuales fueron sobrepuestas en los territorios indígenas en las últimas décadas⁷³⁵. Pareciera que se concibe una doble propiedad, o doble interés, situación que podría traer confusión y problemas en el futuro cercano.

Aquí, aunque los pueblos indígenas tampoco están autorizados para brindar acceso a los recursos genéticos, quien da los permisos de acceso no es únicamente el Gobierno. La entidad encargada es la denominada Comisión Nacional para la Gestión de Biodiversidad, que está conformada por siete instituciones de gobierno, un representante de la Federación de Organizaciones no Gubernamentales, un representante de la Mesa Campesina, un representante de la Mesa Indígena, un representante de la Unión de Cámaras del Sector Privado y un representante de las universidades. Esta comisión tiene una oficina técnica, que es la que se

⁷³⁴ Costa Rica ha estructurado un Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC). Administrativamente el SINAC es un sistema constituido por una dirección general y 11 áreas de conservación con carácter de direcciones regionales, las cuales comprenden la totalidad del territorio nacional. El SINAC es una dependencia del Ministerio del Ambiente y Energía.

⁷³⁵ Al respecto, ver el título referente dentro de este libro, a territorios indígenas y áreas protegidas.

encarga de tramitar, rechazar, aprobar y fiscalizar solicitudes de acceso a los recursos de la biodiversidad⁷³⁶.

En este sentido, aunque los pueblos indígenas no puedan decidir sobre sus propios recursos biológicos porque, además, por ley de la República han sido declarados de interés público y no son susceptibles de apropiación por quien los tenga dentro de su propiedad, al menos forman parte de la comisión que regula los permisos de acceso.

Como ya hemos mencionado, sin embargo, dentro de los requisitos de acceso a los recursos genéticos en casos de comunidades indígenas, se requiere el CFP ya sea en relación con los recursos, el conocimiento o ambos.

Antes de proceder a otorgar derechos de propiedad intelectual, se prevé aquí que la Oficina de Semillas, de Propiedad Industrial e Intelectual tiene que consultar a la Oficina Técnica de la Comisión antes de proceder a inscribir cualquier elemento de la biodiversidad y requerir el CIP de esa Oficina.

1.2 Consentimiento Fundamentado Previo en Nicaragua

El borrador de Ley de Biodiversidad de Nicaragua⁷³⁷ establece que uno de los requisitos para obtener una autorización es el haber obtenido un consentimiento informado previo del propietario o legítimo poseedor de la propiedad en que se encuentre el recurso genético. Para formalizar este CFP se estipula que se podrá realizar un contrato accesorio⁷³⁸ entre el investigador y los pueblos indígenas o comunidades locales. Se deja a libertad de las partes los términos del acuerdo sin perjuicio de recibir asistencia de las instituciones de gobierno.

Vale la pena, resaltar que, además, la figura del consentimiento fundamentado previo es también requerida para el caso de utilización de los conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas, comunidades locales y étnicas asociados a la diversidad biológica, estableciendo para estos efectos la modalidad del contrato-licencia, que ya ha sido explicada con anterioridad⁷³⁹.

⁷³⁶ Ver artículo 15 de la Ley de Biodiversidad de Costa Rica.

⁷³⁷ Ver, artículos 40 y 41.

⁷³⁸ Con contrato accesorio se quiere decir que un contrato que será parte del contrato acceso emitido por el MARENA para otorgar la autorización de acceso a los recursos genéticos.

⁷³⁹ Ver, dentro de este trabajo Capítulo IX. Sección 5. Contratos. A) Tipos de Contratos.

En relación con los permisos de acceso a la biodiversidad, se establece⁷⁴⁰ que cuando se utilice conocimiento tradicional, será necesario demostrar que se ha verificado el CFP para acceder al recurso o al componente intangible asociado.

Se introducen aquí dos conceptos: el de protección de la utilización del conocimiento y la obligación del Estado de verificar, antes de otorgar permisos de acceso a los recursos genéticos, que ha existido un CFP por parte de la comunidad sobre sus recursos genéticos y sobre su conocimiento. Tómese en cuenta que quién tiene la facultad para otorgar permisos de acceso a los recursos genéticos es el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales (MARENA); sin embargo, los pueblos indígenas tendrán que dar su CFP como un requerimiento de la autorización.

El hecho de que los pueblos indígenas puedan tener facultad de decidir sobre los recursos biológicos que se encuentran dentro de sus territorios va de la mano con el Estatuto de Autonomía de la Costa Atlántica de Nicaragua⁷⁴¹, que define la propiedad comunal “como las aguas, tierras y bosque que han pertenecido tradicionalmente a las comunidades de la costa atlántica”. Si los pueblos indígenas de la Costa Atlántica tienen propiedad sobre los recursos, son ellos aunque con intervención Estatal - en este caso en aras del interés público - los que deciden si dan o no su consentimiento, para utilizar sus recursos y su conocimiento.

1.3 Consentimiento Fundamentado Previo en Filipinas

La Orden Ejecutiva número 247 de Filipinas establece, en relación con el CFP, que la bioprospección de los recursos genéticos y biológicos será permitida en tierras y dominios ancestrales de las comunidades indígenas solo con CFP de las respectivas comunidades, de acuerdo con sus leyes consuetudinarias. Quien otorga el permiso de acceso llamado “acuerdo de investigación” (con fines comerciales o científicos) es un Comité Interagencial de Recursos Genéticos y Biológicos compuesto por instituciones de gobierno, representantes del sector académico, ONG y comunidades indígenas. Los pueblos indígenas, aunque no dan los permisos de investigación tienen la facultad de dar o no su CFP. No impone requisitos de información para el consentimiento, sino que deja este a libertad de la comunidad para que lo arregle según sus propias reglas consuetudinarias.

Las medidas de CFP comprenden, según la sección 7 del Reglamento de Aplicación del Gobierno de Filipinas, un período de notificación pública.

⁷⁴⁰ Artículo 26.

⁷⁴¹ Artículo 36.

Se exige que se proceda a notificar públicamente, por diversos medios informativos, sobre la actividad de recolección, así como a realizar consultas y notificar a la comunidad local que corresponda.

1.4 Consentimiento Informado Previo en Perú

La Ley Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los pueblos Indígenas de Perú define el Consentimiento Informado Previo (CIP) como la autorización otorgada por la organización representativa de los pueblos indígenas poseedores de un conocimiento colectivo, de conformidad con las normas por ellos reconocidas, para la realización de determinada actividad que implique acceder y utilizar dicho conocimiento colectivo, previo suministro de suficiente información relativa a los propósitos, riesgos o implicancias de dicha actividad, incluyendo los eventuales usos del conocimiento y, de ser el caso, su valor.

Tenemos entonces que los interesados en acceder a los conocimientos colectivos con fines de aplicación científica, comercial e industrial deberán solicitar el consentimiento informado previo de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que posean un conocimiento colectivo. La organización representativa de los pueblos indígenas, cuyo consentimiento informado previo haya sido solicitado, deberá informar que está entrando en una negociación al mayor número posible de pueblos indígenas poseedores del conocimiento y tomar en cuenta sus intereses e inquietudes, en particular aquellas vinculadas con sus valores espirituales o creencias religiosas. La información que proporcione se limitará al recurso biológico sobre el cual versa el conocimiento colectivo objeto de la negociación en curso, en salvaguarda de los intereses de la contraparte en mantener secretos los detalles de la negociación.

La Propuesta de Reglamento a Acceso a los Recursos Genéticos -2001- define el CFP como la autorización otorgada por una o más comunidades o pueblos indígenas para la realización de determinada actividad que implique acceder y utilizar el conocimiento colectivo previo suministro de suficiente información relativa a los propósitos, riesgos o implicancias de dicha actividad, incluyendo los eventuales usos del conocimiento y, de ser el caso, su valor. En este sentido el acceso a recursos genéticos ubicados en tierras de los pueblos indígenas, deberá contar con su consentimiento informado previo expreso. Se establece así, claramente que, tanto para acceder a los recursos genéticos como para acceder al conocimiento, se requiere un CFP.

1.5 Consentimiento Fundamentado Previo en Ecuador

El borrador de Ley sobre Conservación y Uso Sustentable de la Biodiversidad del Ecuador⁷⁴² establece que las actividades de acceso a recursos biológicos y genéticos y sus componentes asociados; investigación científica; transferencia de tecnología; manipulación; liberación; transferencia y comercialización de organismos vivos modificados y especies exóticas, requerirán del consentimiento informado previo de la comunidad involucrada.

Se recarga sobre el solicitante la tarea de obtener mediante mecanismos de consulta⁷⁴³ y proporcionando con las comunidades, sus representantes y autoridades locales una *carta compromiso de provisión del recurso genético o del componente intangible*⁷⁴⁴; o la respectiva autorización para que se realice la investigación, la transferencia de tecnología o la manipulación, liberación, transferencia y comercialización de organismos vivos modificados y especies exóticas.

Se estipula que en todo caso el consentimiento informado previo se basará en la información veraz, transparente, fidedigna, completa, oportuna, actual y accesible, entregada por el solicitante al Estado y las autoridades y representantes locales.

1.6 Consentimiento Fundamentado Previo en Argentina

El Proyecto de Ley sobre Acceso a los Recursos Genéticos de Diversidad Biológica propone las autorizaciones de acceso las da la autoridad concedente de la Nación o Provincia, según la jurisdicción de los recursos. Se entiende

⁷⁴² El título IV "del uso sustentable de la biodiversidad y sus funciones" del borrador de Ley sobre Conservación y Uso Sustentable de la Biodiversidad del Ecuador; dispone el capítulo I "Del consentimiento informado previo". Borrador final para consulta. Mayo del 2000.

⁷⁴³ No queda claro cuáles son los mecanismos ideales de consulta o a que se refieren específicamente con consulta, como ya se sabe este tema de las consultas o participación comunitaria es lo bastante amplio, como para inducir a la confusión si no se tienen las reglas del juego claras. El artículo, además, señala que el Estado a través del Ministerio del Ambiente verificará el cumplimiento de dichos procedimientos de consulta. No queda claro a que procedimientos se refiere y con que criterios el estado podrá determinar su cumplimiento o no. Lo que si se estipula es que estos procedimientos de consulta y consentimiento respetarán las prácticas, mecanismos y formas de organización tradicionales de los pueblos indígenas, afroecuatorianos y comunidades locales. La falta de definición clara a que se refieren con procedimientos de consulta, podría poner a los pueblos indígenas en la cuerda floja.

⁷⁴⁴ El Borrador de Ley define como componente intangible: todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva, con valor real o potencial, asociado al recurso genético, o a sus productos derivados o al recurso biológico que los contiene, protegido o no por regimenes de propiedad intelectual. Título IX. Glosario. Pág. 35.

por CFP al consentimiento que otorga la autoridad competente, después de recibir información de motivos y métodos para realizar actividades de acceso a los recursos genéticos de la biodiversidad. Estipula en su artículo ocho que el consentimiento fundamentado previo debe basarse en los usos concretos para que los que se concede el acceso. Cualquier cambio de utilización, incluida su transferencia a terceras partes, requerirá una nueva solicitud de CFP. Para cambios o usos imprevistos se requerirá de un ulterior CFP. Pareciera de la redacción que el CFP es tomado más bien como el permiso que da la autoridad competente antes de que se realice el acceso, más que uno de los requisitos del acceso a los recursos. No es muy claro el proyecto de Ley en cuanto al uso del CFP, ya que también estipula que el permiso debe acompañarse del CFP por parte de la autoridad concedente.

1.7 Consentimiento Fundamentado Previo en Brasil

El consentimiento fundamentado previo y los términos mutuamente acordados se materializan en la autorización de acceso que entrega la autoridad competente. Sobre el particular la Medida Provisoria⁷⁴⁵ estipula que la autorización de acceso y de entrega será otorgada previo consentimiento de la comunidad indígena interesada, habida cuenta de la opinión del órgano indigenista oficial, cuando el acceso tenga lugar en territorio indígena. También se requiere el CFP cuando el acceso sea en un área protegida o en una zona privada. Cuando el acceso tenga lugar en una zona de seguridad nacional el CFP se le pedirá al Consejo de Defensa Nacional y cuando el acceso sea en aguas jurisdiccionales brasileñas, en la plataforma continental o en la zona económica exclusiva.

Es importante resaltar, como se ha dicho con anterioridad, que el CFP puede tener sus límites en asuntos que el Estado considere de interés público. En Brasil se estipula que cuando el Consejo de Gestión declare interés público no se requerirá el CFP para el ingreso a una zona pública o privada para acceder al componente del patrimonio genético. Aunque sus propietarios tendrán garantía de que los posibles beneficios serán distribuidos en forma justa y equitativa. En este sentido, el Estado informará previamente al respecto a la comunidad indígena, comunidad local o al propietario.

La Constitución Política de Brasil, de 1988, en su artículo 231, dispone que las tierras indígenas son inalienables, imprescriptibles y no disponibles. Declara que son nulos los actos que tengan por objeto la ocupación, posesión o dominio de sus tierras o la explotación de las riquezas naturales existentes con excepción de lo que se refiera a los intereses públicos de la

⁷⁴⁵ Medida Provisoria 2.186-16 del 23 de Agosto del 2001.

Nación. Claro está, que lo que muchos pueblos indígenas persiguen es la autodeterminación y la posibilidad de decidir sobre sus recursos naturales. La realidad legal, no sólo de Brasil sino en la mayoría de países de América Latina, es que siempre los derechos de estos pueblos están sujetos a asuntos de interés nacional. Sin embargo, esto no solo se aplica a pueblos indígenas sino a todos los habitantes del país con derechos de propiedad. Lo que muchos pueblos indígenas buscan es poder determinar sus propios intereses dentro de su territorio, sin estar sujetos a otro poder supremo.

1.8 Consentimiento Informado Previo en Madagascar⁷⁴⁶

Un Comité de Orientación de Investigación Ambiental verificará la presencia del consentimiento previo de las personas físicas y jurídicas cuyas tierras estén situadas en la zona de colecta, propietarios privados o públicos, gestores de las áreas protegidas, comunidades locales principalmente, y de las instituciones científicas referidas en el supuesto de colecta con fin académico. El consentimiento habrá de referirse a la naturaleza y a la cantidad de los recursos colectados, a los procesos de colecta y a la divulgación de los conocimientos asociados a los recursos y su utilización.

A la decisión de autorización se anexarán los consentimientos previos, el contrato hecho entre el solicitante y el departamento ministerial *ad hoc*. Se ve el CIP como un contrato en el que cada parte define las condiciones para la utilización de las muestras colectadas. Siendo este un requisito indispensable para la validez de la autorización.

2. Otras consideraciones en relación con el CFP

Finalmente, en este tema quisiera referirme al caso en que el país que posee los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado, o cualquier país donde se solicite un derecho de propiedad intelectual sobre un proceso o producto, exige al recolector o usuario antes de otorgarle derechos de protección intelectual, contar con el CFP del país de origen del material genético o del pueblo indígena del que se tuvo acceso al conocimiento⁷⁴⁷.

⁷⁴⁶ Al respecto ver Proyecto de Ley del Régimen de Acceso a los Recursos de la Diversidad Biológica de Magascar.

⁷⁴⁷ El consentimiento informado previo de los dueños de los recursos genéticos o el conocimiento asociado, como requisito para otorgar derechos de propiedad intelectual, debe ser aplicado a extranjeros y nacionales de acuerdo al principio de tratamiento nacional establecido en el ADPIC en su artículo 3, según el cuál cada miembro debe ser tratado igual en relación a los derechos de propiedad intelectual en forma no menos favorable que a los miembros nacionales de acuerdo a su propia legislación. Este principio solo se aplica a sistemas de derechos de propiedad intelectual específicamente cubiertos por el ADPIC y otras convenciones internacionales.

Si los países de los recolectores toman medidas, entonces el control sería mucho más eficaz. Dice J. Mugabe⁷⁴⁸: “Los países proveedores probablemente no tendrán la capacidad de detener a los recolectores internacionales de recursos genéticos que violen los términos de los acuerdos de adquisición, a menos que los países de residencia de los recolectores tomen medidas”.

La idea es que los países importadores establezcan legislación nacional que declare ilegales las importaciones de material genético que no cumplan con el requisito de CFP del país proveedor. Se podría, por ejemplo, exigir un certificado de origen o de legal procedencia de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado que tenga como requisito previo el CFP a los países importadores de dicho material antes de proceder a otorgar la patente o cualquier otro tipo de protección de la propiedad intelectual.

El Panel de Expertos sobre acceso y Distribución Equitativa de Beneficios⁷⁴⁹, en octubre de 1999, consideró esta alternativa, aunque reconoce que es necesario explorar más los posibles mecanismos en donde el CFP pueda servir como una forma de control internacional. Propone, sin embargo, que se consideren y se realicen mayores estudios sobre el seguimiento de las aplicaciones de DPI, el desarrollo de mecanismos para controlar la importación de recursos genéticos, cadenas de certificados de instituciones, establecimiento de procedimientos para resolución de conflictos y arbitraje, aprobación del producto y certificación del proceso⁷⁵⁰.

A. Sukwani, de la Oficina de Patentes y Marcas en España, indica⁷⁵¹ que la implementación de estos conceptos se puede facilitar con un sistema de certificados armonizado internacionalmente, de acuerdo con el cual las autoridades nacionales pertinentes expedieran un certificado en el que identifican a las partes que intervienen, los recursos implicados, los derechos y las limitaciones relativas al uso.

Ahora bien, no todo puede ni debe dejarse a la legislación y la cooperación internacional. La existencia de capacidades técnicas y administrativas

⁷⁴⁸ Op. cit., pág. 6.

⁷⁴⁹ Ver, al respecto, Documento UNEP/CBD/EP-ABS/L.5/Rev.1. Pág. 28.

⁷⁵⁰ Existe una necesidad de: 1- dialogo y contacto entre los poseedores del conocimiento tradicional, el sector privado, gobiernos y organizaciones no gubernamentales para establecer modalidades de cooperación en el ámbito comunitario, regional he internacional. 2- Es necesario fortalecer la participación de las oficinas nacionales y regionales de propiedad intelectual y la comunidad que trata con asuntos de propiedad intelectual en los procesos de protección del conocimiento tradicional en donde asuntos de propiedad intelectual son discutidos. OMPI. Reporte sobre propiedad intelectual y conocimiento tradicional. 2001.

⁷⁵¹ Op. cit., pág. 11.

para evaluar la veracidad, implicaciones y alcance de la información que suministrará la persona que pretende hacer el acceso es determinante para una buena toma de decisión de las comunidades y de los gobiernos. En pocas palabras: nada se hace con un marco legal que logre implementar las formulaciones del CDB y las de los países si la capacidad para otorgar el CFP es deficiente, débil o inexistente.

Las Directrices de Bonn⁷⁵², aprobadas en la VI Conferencia de las Partes del CDB, establecen una serie de principios básicos de un sistema de consentimiento fundamentado previo dentro de los que se encuentran: la certidumbre y claridad legales, acceso a recursos genéticos a un costo mínimo y restricciones de acceso transparentes apegas al CDB. Se proponen también elementos básicos para el CFP dentro de las que están: que las autoridades competentes que concedan el CFP o presenten pruebas, plazo, fechas y límites, especificación de la utilización, procedimientos para obtener el CFP, mecanismos de consulta de los interesados pertinentes y el proceso.

⁷⁵² Instrumento no vinculante.

Capítulo XI

Uniando Esfuerzos, El Sector Privado

1. Distribución Equitativa de Beneficios

Lo primero que ponemos en claro es que precisamente lo que se pretende es una distribución equitativa de beneficios en una relación en que ambas partes aportan. En términos prácticos, como ya hemos notado de acuerdo a A. Sittenfeld⁷⁵³ el costo de investigación para un nuevo producto en el campo farmacéutico ronda los \$231 millones en Estados Unidos y se requiere alrededor de 10 años para progresar desde la fuente de procedencia hasta el mercado. Kate y Laird⁷⁵⁴ calculan que el valor del mercado global de productos derivados genéticos y biológicos se sitúa entre \$500 y \$800 billones, para rubros que incluyen productos farmacéuticos, medicinas botánicas, principales cultivos agroindustriales, horticultura, aplicaciones biotecnológicas, cosméticos y productos para la protección de cultivos. Por otro lado, los países en desarrollo en su mayoría aportan material genético y cuando procede conocimiento tradicional asociado que sirven de punto de partida para las investigaciones que pueden llegar a una innovación.

Los artículos 15, 19; párrafos 1 y 2 del artículo 19; el párrafo 3 del artículo 16, y el inciso J del artículo 8 son las disposiciones principales con relación a la participación en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos y su conocimiento asociado. El artículo 15 (7) del CDB, directamente relaciona el acceso a los recursos genéticos con la distribución equitativa de los beneficios provenientes de estos recursos. Establece que las Partes deben tomar las medidas legislativas administrativas y de política que correspondan para “compartir de manera justa y equitativa los beneficios resultantes de la investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos con la Parte Contratante que suministra dichos recursos”. Ciertamente, si se concibe que el conocimiento de los pueblos indígenas está asociado a los

⁷⁵³ A. Sittenfeld y R. Gámez. La Prospección de Biodiversidad en el INBIO. En W. Reid y otros. Prospección de la Biodiversidad. 1993

⁷⁵⁴ Citadas por M. Ruiz. Protección sui géneris de conocimientos en la Amazonía. Enero, 2002.

recursos, se entiende que esta distribución equitativa también se aplica en estos casos⁷⁵⁵.

En las legislaciones nacionales propuestas en Latinoamérica no se conoce una definición de distribución equitativa. Quizá esto fue hecho intencionalmente, para no poner dentro de una camisa fuerza lo que es equitativo y lo que no lo es. En Filipinas, las “Reglas de Aplicación y Regulaciones para la Prospección de los recursos Biológicos y Genéticos, en 1996, definió la distribución equitativa de beneficios como la convenida mutuamente por las partes que intervienen en el acuerdo de investigación, sea este con fines académicos o comerciales. Detalla aún más la definición: “la acción, realizada por el principal o mandante, o recaudador de compartir los resultados de la actividad de bioprospección y los beneficios derivados de la utilización o comercialización de los recursos genéticos o biológicos de manera justa y equitativa con la comunidad cultural indígena, la comunidad local, el área protegida, el propietario de las tierras privadas que corresponda y el gobierno nacional. Entre los resultados y beneficios que pueden ser compartidos figuran el pago por concepto de acceso a especímenes, por regalías, información y datos, tecnología fortalecimiento de capacidades, capacitación, investigación conjunta⁷⁵⁶”

El Convenio sobre la Diversidad Biológica deja a libre disposición de las Partes las formas como se distribuirán estos beneficios, ya sea entre países o entre un país y una compañía recolectora, entre la compañía y pueblos indígenas o comunidades locales. Se incentiva a las Partes para que establezcan estas medidas por medio de la legislación nacional o política del país⁷⁵⁷.

2. Condiciones mutuamente acordadas

Las condiciones mutuamente convenidas son el principal instrumento de distribución equitativa de beneficios que establece el CDB. La utilización del término “mutuamente convenidos” indica que se llevará a cabo una negociación entre las partes, la cual llegará a puntos de consenso; por lo

⁷⁵⁵ Ver, Satu Suikkari y otros. How to implement the new regime access to genetic resources and the sharing of their benefits. Nordic Seminar on the effectiveness of multilateral agreements. September 1995.

⁷⁵⁶ Artículo 2.

⁷⁵⁷ Ver, J. Caillaux. Equitable sharing of benefits derived from the use of genetic resources. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. No.1. Lima, Perú. Setiembre 1997.

tanto, se definirán las condiciones, los alcances, los deberes y las obligaciones que cada acuerdo debería contener⁷⁵⁸.

Quizá lo más importante dentro de estos acuerdos es tener seguridad jurídica, un marco legal dentro del país donde se está negociando que le permita a las partes cumplir con ciertos requisitos que, aunque tendrán que ser flexibles para permitir la negociación, existan como respaldo de procedimiento. La manera como se aplique el consentimiento informado previo sin lugar a dudas tendrá una estrecha relación con la legislación que establezca el país.

Asimismo pareciera importante definir, en caso de conflicto, de acuerdo con qué legislación se solucionarán las controversias en los países de origen de los recursos y del conocimiento; o si se emplearán las leyes del país de donde proviene el receptor. Esto puede hacer una gran diferencia en cuanto a costos, entendimiento y diferencias propias de los sistemas jurídicos. En los casos en que participen pueblos indígenas, estos podrían, por conveniencia, requerir que los posibles conflictos se diriman en el país del cual ellos son ciudadanos y con respeto a su propio derecho consuetudinario.

Las condiciones mutuamente acordadas pueden variar según el tipo de utilización planeada; por ejemplo, si son con fines de investigación científica o comercial, siempre sobre la base de un consentimiento informado previo. Claro está que no siempre es fácil determinar, entre la una o la otra, por qué algunos tipos de acuerdos mutuos incluyen las dos: primero, la investigación, y luego la comercialización. Pero también hay acuerdos cuyos fines son absolutamente científicos o académicos, que dejan de lado la comercialización.

La Orden Ejecutiva de Filipinas y su reglamento⁷⁵⁹ indica dos tipos de acuerdos, dependiendo de sus fines o utilización: 1) *los Acuerdos Académicos de Investigación* entre universidades o centros académicos debidamente reconocidos en Filipinas y entidades gubernamentales, intergubernamentales con fines exclusivos de investigación científica y académica. 2) *Los Acuerdos Comerciales de Investigación* entre empresas privadas o por particulares y el

⁷⁵⁸ Las condiciones mutuamente acordadas no remiten necesariamente a la formalización de un contrato, sino al hecho de que los implicados: utilizadores y proveedores, deberán estar de acuerdo en este punto, sin lo cual no habrá autorización de acceso y/o concesión del empleo de los recursos. R. Martín. *Tratado de Derecho Ambiental*. Vol. III. Pág. 93.

⁷⁵⁹ Orden Ejecutiva número, 247 del 18 de mayo de 1995. Reglas de Aplicación y Regulaciones para la Protección de los Recursos Genéticos y Biológicos, Orden Administrativa Número 96-20 del 2 de junio de 1996.

organismo gubernamental pertinente con fines directos o indirectos de usos comerciales. Se establece aquí una serie de condiciones mínimas⁷⁶⁰ para estos tipos de acuerdos.

Generalmente estas condiciones mutuamente convenidas de acceso a recursos genéticos son realizadas por comités interinstitucionales intersectoriales, o interministeriales de donde provienen los recursos - nótese que la figura de estado omnipotente está desapareciendo-⁷⁶¹. Esto no excluye la posibilidad de que exista participación de los pueblos indígenas. En el caso de recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado, la participación de los pueblos indígenas en este proceso de negociación es necesaria. Esto se está dando mayoritariamente por medio del consentimiento fundamentado previo que otorgan los pueblos indígenas o como una forma de subcontrato añadido al principal⁷⁶².

Indica el Panel de Expertos sobre Acceso y Distribución Equitativa de Beneficios del CDB que, para que estos pueblos puedan participar efectivamente en este proceso, su habilidad de negociación y del contexto legal y comercial frecuentemente necesita ser fortalecida. Su capacidad de entendimiento del valor del conocimiento y las prácticas, en términos comerciales, también tendrá que ser desarrollada.

Se citan⁷⁶³ algunos factores importantes dentro de este tipo de acuerdos:

- Pueden darse diferencias importantes en el poder de negociación entre los actores del acuerdo, por lo cual se requiere acceso a la información, clara, precisa y en términos entendibles, conocimientos técnicos adecuados y asistencia legal.
- Un solo acuerdo podría incluir varios contratos o mecanismos legales diferentes sobre los mismos recursos. Podrían existir contratos con

⁷⁶⁰ Ver, al respecto, la Orden Ejecutiva, que establece que el solicitante deberá enviar una solicitud de acuerdo de investigación al Comité Interagencial de Recursos Biológicos (OAPVS). Se deben especificar, en el acuerdo de investigación, los propósitos, fuentes de financiación, duración, lista de materiales genéticos y biológicos, cantidad ser recolectada. La propuesta para acuerdos de investigación académica puede ser más general. Sobre requisitos y condiciones mínimas para acuerdos de investigación se puede ver, dentro de la Orden Ejecutiva, la sección 5 y el apéndice B. Sobre monitoreo de acuerdos, la sección ocho. La Orden de Filipinas establece que las oficinas de Áreas Protegidas y de Vida Silvestre del DMARN serán las responsables de monitorear la implementación del acuerdo de investigación. Las oficinas de DMARN participarán en el monitoreo". Ver además sección 8 del reglamento.

⁷⁶¹ Al respecto, ver la sección sobre principales actores en este libro.

⁷⁶² Sobre este particular, ver la sección sobre consentimiento fundamentado previo en de este libro.

⁷⁶³ Ver, el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Acceso a los Recursos Genéticos y Compartir Beneficios Información sobre Legislación, Administración y Política. Págs. 8 y 9.

las comunidades sobre el uso del conocimiento tradicional y, a su vez, realizar un contrato de acceso con el Estado del país donde se pretende realizar el acceso a los recursos genéticos. Sin embargo, un efecto de esto es que las negociaciones por separado podrían llevar a acuerdos incoherentes.

- En relación con que la búsqueda de recursos genéticos podría necesitar más muestras, por lo general, se requieren acuerdos que impliquen contratos a largo plazo.

También han sido mencionados⁷⁶⁴ algunos aspectos que ayudarían a fomentar la distribución equitativa de los beneficios, que los estados podrían reglamentar:

1. Establecer términos y normas que guarden una clara relación con los intereses ineludibles y públicos para los acuerdos de acceso y distribución de beneficios.
2. Autorizar y hacer cumplir el contrato.
3. Adoptar medidas para garantizar que se fortalece y apoya, con el asesoramiento jurídico y técnico de expertos externos, la capacidad de negociación de los grupos vulnerables y en situación de desventaja.
4. Asegurar un marco legal claro para el acceso equitativo a los recursos genéticos existentes dentro de los acuerdos mutuamente convenidos.
5. Asegurarse de que los derechos de propiedad intelectual tomen en consideración los intereses de las comunidades, como derechos sobre los territorios, conocimiento tradicional y el acceso a los recursos dentro de territorios indígenas.
6. Asegurar que los conceptos de “justo” y “equitativo” no se limiten únicamente a beneficios monetarios. En el caso de pueblos indígenas, se recomienda dar prioridad a los beneficios no monetarios.
7. Prevenir que los mecanismos de acceso no restrinjan en ninguna forma la utilización tradicional de los recursos genéticos o el sistema tradicional de distribución de beneficios.

⁷⁶⁴ Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Arreglos de Acceso y Distribución de Beneficios para Fines Científicos y Comerciales. Pág. 8. V. Solís Reporte del Panel de Expertos sobre Acceso y Distribución Equitativa de Beneficios. Pág. 2.

En relación con hacer cumplir los contratos, la vigilancia para la correcta implementación de este tipo de acuerdos, de manera que permita una distribución justa de los beneficios, ha sido un tema poco abordado dentro del CDB y en los ámbitos nacionales. No obstante, este aspecto de su previsión, vigilancia o control tiene gran importancia, sobre todo cuando se piensa que algunas veces estos acuerdos; que son de larga duración, donde interactúan varios actores y cuyas investigaciones y descubrimientos; se darán en un país distinto al país de origen.

Quizá deban establecerse cláusulas como libre acceso a la información sobre la investigación en cualquier etapa del acuerdo, libre visita a los laboratorios, impedimentos para patentar antes de que se comparta información y se apruebe tal acto, trabajo conjunto, códigos de ética o de conducta⁷⁶⁵.

Diferentes soluciones saldrán de distintos acuerdos; lo importante es resaltar que este es un punto clave en cualquier negociación, que no ha sido abordado lo suficiente. Probablemente hay muchos que quieren seguir suponiendo que este punto no es necesario encararlo, porque se supone la buena voluntad y la honestidad de las partes dentro del acuerdo, pero ya la historia ha demostrado que esto no es una regla.

El punto en relación con dotar de asistencia técnica a grupos vulnerables dentro de las negociaciones de acuerdos son compartidas por las notas del Secretario del CDB, que dice: “Sobre la base de la información de que dispone la Secretaría, se denota que los desequilibrios de la capacidad son más graves en arreglos concertados entre usuarios y comunidades locales e indígenas”. En contrario sensu, si se tuviera capacidad, probablemente aumentarían los beneficios.

También quisiera dejar expresado un punto de gran discusión en el ámbito internacional, que no es objeto de este libro pero que repercute directamente

⁷⁶⁵ Después de evaluar las posibles líneas de acción, el Gobierno Suizo, cooperando de cerca con la industria y las universidades, ha concluido que un “código de conducta” constituiría el mecanismo más flexible para la resolución de asuntos complejos relacionados con la facilitación del acceso a los recursos genéticos y una repartición justa y equitativa de los beneficios con los proveedores de tales recursos. También augura la mayor participación posible tanto de los países industrializados como de los países en desarrollo. La elaboración de un “código de conducta” puede contar con el respaldo absoluto de la industria y de las universidades suizas. Estudio de caso sometido por Suiza, en abril de 1998, a la Cuarta Conferencia de las Partes Contratantes del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Buscar como Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Acceso a los Recursos Genéticos y Modalidades para una Distribución Justa y Equitativa de los Beneficios. Pág. 6.

en la distribución equitativa, y se basa en la pregunta: ¿cuál es el valor de los recursos genéticos o del conocimiento tradicional?

La respuesta depende directamente del mercado de este tipo de recursos. Los países en desarrollo hablan más de “revalorar” los recursos genéticos, partiendo de la base de que estos siempre han tenido valor para la humanidad. Se busca obtener mayores beneficios cuando se agrega valor a los recursos genéticos⁷⁶⁶. Por ejemplo, un recurso genético se revalora considerablemente cuando se le suman los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas o cuando existe capacidad científica y tecnológica en el país de origen de los recursos.

No todos los contratos serán iguales porque ellos dependerán de los recursos que se negocien y de las partes involucradas en la negociación. Lo importante, para el objeto de esta investigación, es que los beneficios distribuidos equitativamente vayan directamente a los pueblos indígenas y no solo al Estado, organizaciones no gubernamentales o la empresa privada. Se ha hablado de la posibilidad de diferentes tipos de beneficios, que se dividen en dos grandes grupos: beneficios monetarios y beneficios no monetarios.

Las Directrices de Bonn⁷⁶⁷ identifican una serie de elementos que deberían tomarse en cuenta para elaborar condiciones mutuamente acordadas, entre ellas, están:

- Certidumbre, claridad legal, obligaciones y derechos de usuarios y proveedores.
- Desarrollo de distintos arreglos contractuales para distintos recursos y para diversos usos (taxonomía, recolección, investigación, comercialización) y desarrollo de acuerdos modelo.
- Minimización de costos de transacción y plazo razonable.
- Garantía del uso continuo consuetudinario de los recursos genéticos y de los conocimientos asociados.

⁷⁶⁶ Para R. Martín Mateo “no parece viable ni útil, al menos para los países que cuentan con gran diversidad biológica, poner precio a las especies tal como parece se ha hecho en Finlandia donde se ha valorado todas las que se encuentran en este territorio en cifras que van desde un millón y medio de pesetas para determinadas variedades vegetales, a dos mil ochocientas para el ratón común. Pero estas cifras son perfectamente arbitrarias y por lo demás ni en este país ni menos en los mega diversos se puede tasar lo que aún no se conoce. Tratado de Derecho Ambiental. Vol.III. Pág. 93.

⁷⁶⁷ Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización.

- Disposiciones para el uso de los derechos de propiedad intelectual que incluyan la investigación conjunta, la obligación de aplicar los derechos sobre invenciones obtenidas y propiciar licencias por consentimiento mutuo.
- Posibilidad de propiedad conjunta de los derechos de propiedad intelectual según el grado de aporte.

Se incluyen también condiciones ordinarias mutuamente acordadas dentro de las que se encuentran la cantidad de los recursos y zona geográfica, limitaciones sobre el uso posible de los materiales, creación de capacidad, condiciones para que los recursos puedan transferirse a terceras personas, determinación de si pueden negociarse nuevamente condiciones de acuerdo a las circunstancias, disposiciones sobre el respeto, preservación y mantenimiento de los conocimientos tradicionales, tratamiento de información confidencial y disposiciones relativas a la repartición de beneficios.

3. Los tipos de beneficios

Dentro de los beneficios monetarios encontramos, entre otros, los pagos por adelantado, los pagos divididos en el tiempo del contrato o contra resultados específicos, las regalías sobre la venta del producto que se descubra y se comercialice, el pago por licencias de uso, los salarios, impuestos a la prospección biológica y los dineros que se estipulan para fines específicos de investigación, educación y salud. Hay muchos ejemplos de beneficios⁷⁶⁸ no monetarios, entre varios, resaltan el fortalecimiento de las capacidades de los pueblos indígenas para conservar y utilizar los recursos genéticos, donaciones de equipo para laboratorios nacionales, capacitación para la bioprospección, programas de salud para la comunidad, acceso y transferencia de tecnología.

Es interesante, por ejemplo, ver las expectativas de Costa Rica en la relación con la industria por medio de contratos de bioprospección. Este país espera que la empresa privada contribuya al soporte de las áreas de conservación, con infraestructura y equipamiento, a mejorar la capacidad científica y tecnológica en el país, a trabajar sobre derechos de propiedad intelectual y que exista una garantía sobre la distribución de los beneficios futuros. La industria por su parte espera acceso a nuevas fuentes de diversidad

⁷⁶⁸ Respecto a ejemplos de beneficios monetarios y no monetarios pueden consultarse los documentos de UNEP, Opciones y Arreglos de Acceso y Distribución de Beneficios. Doc UNEP/CBD/EP-ABS/. UNEP Arreglos de Acceso y Distribución de Beneficios para fines Científicos y Comerciales. Doc. UNEP/CBD/EP-ABS/L.2; ambos de octubre de 1999.

biológica, cantidad adecuada de muestras, re-suministro, derechos de propiedad intelectual, y un marco legal seguro⁷⁶⁹.

El CDB establece modalidades específicas de beneficios como, por ejemplo:

- La participación de los proveedores en la investigación científica. Art.5 (6) y 19 (1).
- El compartir resultados de la investigación. Art .15 (7)
- Compartir beneficios de la utilización comercial o de otra índole de los recursos genéticos. Art 15 (7).
- Acceso y transferencia de tecnología. Art. 16 (3).
- Acceso prioritario a los resultados y beneficios derivados de las biotecnologías basadas en los recursos genéticos suministrados. Art. 19 (2).
- Distribución equitativa a las comunidades locales e indígenas por el uso de sus conocimientos, innovaciones y prácticas. Art. 8 (j).

La experiencia, hasta la fecha, ha demostrado que existen marcadas diferencias entre los tipos de beneficios distribuidos, según acuerdos contractuales, cuando los usuarios son compañías comerciales, si se comparan con el hecho de que sean instituciones públicas. En este último caso, se hace hincapié en los beneficios que no son de índole monetaria⁷⁷⁰.

Para el caso de pueblos indígenas estos tendrán que definir, según su conveniencia, qué tipo de beneficios quieren recibir y que estos lleguen a compensar equitativamente sus aportes. Algunos ⁷⁷¹afirman que el pago en moneda puede tener impactos negativos en la cultura de estas comunidades. Incluso señalan que es mejor enfocarse en los beneficios no monetarios. Aunque, con respeto a la opinión aquí emitida, esto dependerá del pueblo indígena de que se trate, no se puede generalizar.

Hoy más que nunca los pueblos indígenas, por ejemplo, de Latinoamérica, se ven inmersos en la compraventa de productos con valor monetario. Por otro lado, y sin ánimo de generalizar, el pago por adelantado en efectivo

⁷⁶⁹ Presentación de Ana Lorena Guevara. La experiencia del INBIO en Bioprospección. INBIO, 2004.

⁷⁷⁰ Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Opciones para Arreglos de Acceso y Distribución de Beneficios. Pág. 6.

⁷⁷¹ Convenio sobre la Diversidad Biológica. Panel de Expertos sobre Acceso y Distribución Equitativa de Beneficios. Programa de Naciones para el Desarrollo. Documento UNEP/CDB/EP-ABS/L.5/Rev.1. Octubre de 1999.

constituye un beneficio fundamental tratándose de pueblos indígenas. Esto debido a que los pueblos, por lo general, no cuentan con recursos económicos que les permitan tener acceso a la asistencia legal y otros tipos de asistencia que se requieren para iniciar negociaciones con compañías farmacéuticas y tipos de contratos o licencias sobre sus conocimientos. La única forma de proporcionar un trato igualitario en la negociación es que los pueblos indígenas, si así lo deciden, puedan contar con los medios para pagar este tipo de asistencia, o, ¿por qué no?, para que miembros de su propia comunidad se preparen en estos campos. Sería poco real pensar que no se necesita este tipo de apoyo o de asistencia: ya está demostrado que estas negociaciones, en la mayoría de los casos, no se dan en términos de igualdad.

Sin quitar mérito al trabajo de las organizaciones no gubernamentales que apoyan grupos indígenas, la mayoría de las veces este apoyo no es el más idóneo ni el suficiente; los pueblos indígenas deben tener la posibilidad de escoger a quién y qué tipo de asistencia requieren sin verse limitados a lo que se les pueda dar por medio de donaciones. Para aplicar el Convenio y alcanzar la distribución de beneficios deseada, se necesita que se regule no solo el suministro de los recursos genéticos y el conocimiento asociado, sino, además, los compromisos del usuario. Esta situación se complica cuando el proveedor y el recipiente están en distintos países, para lo que se requerirá la cooperación internacional⁷⁷².

En la actualidad, alguna de la legislación nacional existente en esta materia indica claramente el tipo de beneficios a los que pretende llegar. Por ejemplo, en Argentina el Proyecto de Ley sobre Acceso a los Recursos Genéticos de la Diversidad Biológica estipula que los beneficios derivados del acceso a los recursos genéticos podrán consistir en: la transferencia de tecnologías y conocimientos utilizados en la investigación y/o experimentación por parte del que accede al recurso; desarrollo de capacidades técnicas y científicas de instituciones locales; el pago de regalías por el aprovechamiento comercial de los recursos genéticos derivados; las franquicias que los comercializadores o procesadores de los recursos genéticos accedidos otorguen al país; los beneficios a corto, mediando y largo plazo, incluidos los pagos por adelantado y pagos por etapas; otros que acuerden las partes con sujeción al CDB.

Bolivia⁷⁷³ define, dentro de los beneficios que se pueden derivar del acceso a los recursos genéticos, los siguientes: la transferencia de tecnología

⁷⁷² J. McNeely. *Why international cooperation is required in the field of biodiversity*. Gland, Switzerland. 1996.

⁷⁷³ Reglamento de la Decisión 391 sobre un Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos. Decreto Supremo No. 24676 del 21 de junio de 1997.

y conocimientos, el desarrollo de capacidades técnicas y científicas, la cancelación de regalías por el aprovechamiento comercial de los recursos genéticos, sus derivados o el componente intangible asociado (conocimiento), franquicias que los comercializadores o procesadores de los recursos genéticos otorguen al país y otros. Se hacen dos distinciones importantes, la primera radica en que si el recurso es extraído de tierras comunitarias de origen, o cuando la comunidad o pueblo indígena participe como proveedor del componente intangible asociado al recurso genético accedido, el pago se hará a las comunidades y la segunda, si el material es accedido en un área protegida, el pago se realizará a la Dirección del Área Protegida o al Sistema Nacional de Áreas Protegidas.

Brasil estipula; como beneficios de la explotación económica del producto o los derivados del patrimonio genético o de los conocimientos tradicionales asociados; los siguientes: el pago de regalías, el acceso a tecnologías y su transferencia, la concesión de licencias de productos y de procesos sin cargo alguno y la capacitación de recursos. Llama la atención que en la India⁷⁷⁴, entre otros beneficios se da un paso más lejos al establecer la posibilidad de promover como beneficio el otorgamiento de la propiedad conjunta de los derechos de propiedad intelectual a favor de la Autoridad Nacional de Biodiversidad, o en el caso de que los reclamantes de los beneficios hayan sido identificados, a favor de tales personas. Otro aspecto interesante en este país es que si se da el pago de compensaciones monetarias en el supuesto que el acceso al recurso biológico o al conocimiento haya dependido de un individuo o grupo de individuos u organizaciones, la Autoridad Nacional de Biodiversidad podrá decidir que se pague el beneficio directamente a estos grupos o individuo.

Incluso hay legislaciones, como la de Nepal⁷⁷⁵, que estipulan la forma en que los beneficios monetarios se van a repartir, indicando que si el recurso es propiedad de la comunidad local, persona natural u organización, a estos le tocará un cincuenta por ciento, treinta por ciento para el fondo de la Autoridad y el veinte por ciento restante como ingresos del gobierno. Si la propiedad del recurso es del gobierno de su Majestad el cincuenta por ciento será de este, el veinte por ciento para la comunidad local y el treinta por ciento restante para el fondo de la Autoridad.

Las Directrices de Bonn, en su apéndice II, dividen los posibles beneficios en monetarios y no monetarios. Como beneficios monetarios identifica

⁷⁷⁴ The Biological Diversity Act. 2002. Sección 21.

⁷⁷⁵ Ley No. 2058 del 2001. Ley de Recursos Genéticos, Acceso, Utilización y Distribución de Beneficios.

tasas o tasa de acceso por muestra recolectada, pagos iniciales, pago por cada etapa, pagos de regalías, tasas de licencia en caso de comercialización, tasas especiales por pagar a fondos fiduciarios en apoyo a la conservación y utilización sostenible de la biodiversidad, salarios y condiciones preferenciales convenidas, financiación de la investigación, empresas conjuntas y propiedad conjunta de los derechos de propiedad intelectual. Dentro de los beneficios no monetarios, entre otros, se identifican: participación en los resultados de la investigación; colaboración, cooperación y contribución en programas de investigación, formación y capacitación; participación en el desarrollo de productos; transferencia de conocimiento al proveedor de los recursos genéticos de conocimiento y tecnología; creación de capacidad institucional, acceso a información científica, contribuciones a la economía local y beneficios de seguridad alimentaria y los medios de vida.

4. La opinión del sector privado

En 1998 se realizó un estudio⁷⁷⁶ sobre las demandas del sector privado para el acceso a los recursos genéticos y la distribución equitativa. Se entrevistaron alrededor de 100 compañías y sectores públicos e instituciones intermediarias como, por ejemplo, universidades o jardines botánicos. Algunos de los resultados deben llamar la atención de todos los sectores interesados en el tema.

Se identificaron como desincentivos que hacen que las compañías no busquen alianzas los siguientes: negociaciones que no llegan a un punto preciso donde se dan los derechos para usar material genético, negociaciones donde los objetivos no son claros, negociaciones burocráticas y que consumen mucho tiempo y recursos; negociaciones sobre distribución de beneficios antes de que se obtenga la patente, porque resulta peligroso que si la información no se mantiene en confidencia no se pueda tener la patente. También se considera un desincentivo cuando las leyes sobre acceso y las demandas de distribución equitativa no son apropiadas, porque no se toman en consideración las contribuciones de los investigadores para el producto final.

Gran parte de las compañías reportaron que tienen dificultades para identificar quién es el que tiene el poder dentro del Estado para negociar los recursos. Uno de los problemas es que hay muchos intermediarios, diferentes

⁷⁷⁶ Ver Ten K., Laird S., Touche L. *Planning Access to Genetic Resources and Benefit - Sharing in the Commercial Context: A study of Private Sector Demand, Practices and Perspectives*. Institute for Prospective Technical Studies of the Joint Research Centre of The European Commission. December 1998.

departamentos de gobierno y diferentes niveles con alguna autoridad sobre el recurso. La falta de claridad representa un riesgo para la inversión.

Se nota una creciente confianza de las compañías en intermediarios, como, por ejemplo universidades, jardines botánicos e institutos de investigación, que realizan las labores de recolección y, además, se hacen cargo de obtener todos los permisos en el ámbito nacional. Algunas pocas compañías no requieren que las compañías intermediarias demuestren tener autorizaciones, mientras que otras requieren estrictamente esta prueba.

Dentro del estudio se ha visto que, en general, las personas que trabajan en la industria tienen poco grado de conocimiento del CDB o de las medias o requerimientos nacionales para acceder a los recursos. "Quizá en la mayoría de las compañías sus trabajadores nunca han oído del CDB, especialmente en la industria fitomédica y cosmética"⁷⁷⁷. Muchos expresaron que estos eran asuntos legales, pero, al mismo tiempo, los abogados, la persona de relaciones públicas o director de mercadeo no conocían cómo los investigadores científicos obtenían los recursos genéticos.

Los representantes de compañías que estaban familiarizados con el tema de acceso indicaron que los procedimientos y requisitos de la legislación sobreestimaban el valor de los recursos genéticos, el tiempo y la inversión que la industria tenía que hacer para el acceso a estos recursos. Los gobiernos y las personas que regulan el acceso a los recursos genéticos necesitan más información sobre el tamaño y la naturaleza de los diferentes mercados para recursos genéticos y productos derivados de estos, así como la forma en que los diferentes sectores de la industria llevan a cabo su investigación y desarrollo. De lo contrario, se van a producir efectos contraproducentes.

También es necesario hacer un análisis objetivo de lo que es justo y equitativo, para que ayude a las Partes a resolver un gran número de preguntas al respecto. Es imposible para cada Parte llegar a un acuerdo equitativo sin estar envuelta en las negociaciones de sus términos, no solo en el proceso del acuerdo, sino también en las bases sobre las que estos acuerdos serán hechos.

Dentro de los mensajes que se rescataron de la industria hacia los reguladores de acceso, se destacan: que no se desalienten posibles trabajos conjuntos; que se establezcan procedimientos simples que permitan a las partes llegar a acuerdos mutuos; que no siempre se mire al sector industrial como los "malos", que se cree capacidad para atraer trabajos conjuntos beneficiosos;

⁷⁷⁷ *Ibidem*, pág. 11.

que no establezcan legislación sin una estrategia de capacitación e implementación.

Estos mensajes parecen ser razonables. Lo más importante de notar es que; si se quiere alcanzar una distribución justa y equitativa de los beneficios que generan los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado según el marco del CDB y la legislación nacional; es indispensable y urgente trabajar con el sector privado. La simple confrontación no llevará a resultados “positivos”, es indispensable que las Partes se comprendan y respeten entre sí.

5. Fomentado acuerdos contractuales

Algunos pueblos indígenas, gobiernos, y organizaciones no gubernamentales ven que los acuerdos mutuos pueden llevar a contratos como alternativa para obtener beneficios en el corto y largo plazo. Sin lugar a dudas, este tipo de negociaciones pueden traer consecuencias positivas para los países de origen. Ya se ha hablado de que se debe contar con mejor información sobre el mercado y la detección de posibles receptores o compradores. Algunos, incluso, han propuesto la creación de “listas internacionales” de empresas del sector privado que utilizan recursos genéticos y países en que operan.

Si la intención, sin embargo, es promover los contratos de acceso, licencias sobre conocimiento colectivo y otro tipo de mecanismos que puedan generar recursos que se distribuirán equitativamente, indudablemente también la parte que proporciona el recurso debe esperar que se le soliciten algunas condiciones. Dentro de las medidas⁷⁷⁸ que han sido promovidas como incentivos para fomentar arreglos contractuales se encuentran:

- Certidumbre en cuanto a la propiedad.
- Certidumbre del suministro.
- Estabilidad y continuidad en los arreglos institucionales y legislativos.
- Marco de tiempo claro y breve para determinar el consentimiento fundamentado y conceder el acceso.
- Facilidad para disponer de información fiable sobre recursos genéticos, legislación nacional, procedimientos y arreglos institucionales.
- Aumento de la capacidad humana, científica y tecnológica.

Es necesario que los países en desarrollo amplíen las capacidades humanas, científicas y tecnológicas; por ejemplo, entregar productos

⁷⁷⁸ Ver Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Opciones para Arreglos de Acceso y Distribución de Beneficios. Pág. 13.

manufacturados localmente o contar dentro de las mismas comunidades con parataxónomos podría ayudar al desarrollo fluido y a un menor costo de las investigaciones.

Es más probable atraer usuarios a los países en los que están claramente definidos los derechos de propiedad y control sobre los recursos genéticos y el conocimiento tradicional. La incertidumbre sobre estos derechos o los problemas internos, por ejemplo, entre pueblos indígenas y gobiernos, pueden desincentivar a las compañías a realizar contratos. Los objetos centrales de este tipo de negociaciones serán siempre los recursos genéticos y/o el conocimiento asociado. Si no es clara su propiedad no será claro ante quien realizar negociaciones. Es preciso definir con claridad, y amparados por la legislación nacional, qué recursos pertenecen a quién en relación con la propiedad de la tierra, territorios, recursos genéticos y conocimiento tradicional.

La experiencia ha demostrado que la disponibilidad continua de muestras constituye otro incentivo para los usuarios. En muchos casos, la mejor forma de hacer rentable la investigación es que el material de partida se recolecte siempre en el país donde crece de forma espontánea. De la estabilidad institucional y jurídica dependerá, en todo caso, el tipo de las inversiones que las compañías quieran realizar. En países donde todavía existen conflictos armados, posiblemente esta posibilidad disminuya, igual en los países en donde la ley es de dudoso cumplimiento o presenta problemas de aplicación en perjuicio de las compañías y de los posibles beneficiarios.

Los retardos entre solicitud y acceso, la falta de toma de decisiones eficaces, es decir, la burocracia, desincentivan cualquier posible actividad comercial en los países de origen. Esto ya ha sido demostrado en otras esferas del comercio, especialmente en América Latina. Cuando no se tiene información necesaria, es difícil de conseguir o no es fiable y actualizada, las compañías podrían verse desincentivadas a realizar contratos. Por ejemplo, entre otros, se requeriría, al menos, claridad en relación con legislación y política aplicable, beneficios que se esperan, procedimientos administrativos necesarios para obtener permisos y actores clave dentro del país donde se pretende acceder a los recursos.

Capítulo XII

Medidas Urgentes

1. Conservación de la Diversidad Biológica

Si la especie humana depreda los recursos naturales, no tendremos los recursos base para sobrevivir. La conservación de la diversidad biológica, de sus elementos tangibles e intangibles es de fundamental importancia⁷⁷⁹; especialmente con los parientes silvestres de productos agrícolas de valor económico, como maíz, arroz, trigo, con los recursos genéticos que han dado y los que podrían dar paso al descubrimiento de productos farmacéuticos y de muchas otras variedades potencialmente útiles en el futuro.

Lamentablemente, el acelerado ritmo⁷⁸⁰ con que se destruyen los recursos naturales puede llevar a no llegar a alcanzar los beneficios que se puedan generar del uso de la diversidad biológica⁷⁸¹; por ejemplo, en Centroamérica, parte del planeta rica por su diversidad biológica⁷⁸², se estima que los bosques están desapareciendo a un ritmo de 388.000 hectáreas por año,

⁷⁷⁹ Ver en D. Castri, F; T, Younés. *Biodiversity, science, and development; towards a new partnership*. Chapter 24. J. McNeely. *Conserving biodiversity: the key political, economic and social measures*. Cambridge. 1996.

⁷⁸⁰ "Lo realmente preocupante no es la extinción de numerosas especies, sino el ritmo con que se produce lo que quizá obligaría a concluir que estamos en otro período de desaparición masiva. Se ha afirmado que el índice actual de desaparición de especies es del orden de 10.000 veces más que el precedente a la aparición del hombre, suponiendo una velocidad de cuatro por minuto con que a mediados de la próxima centuria se habría extinguido el 50 por 100 del total. Otros cálculos relativamente menos pesimistas evalúan la cadencia destructiva en una especie cada 15 minutos...la mayoría de las aniquilaciones se sitúan en los últimos trescientos años, con mayor intensidad en los cincuenta más próximos y más aún en los últimos diez años. Según E. Wilson, los próximos cincuenta años serán decisivos". R. Martín Mateo. *Tratado de Derecho Ambiental*. Vol. III. Pág. 46.

⁷⁸¹ Ver, J. McNeely. *Assessing methods for setting conservation priorities*. IUCN, Gland Suiza. 1996. J. McNeely. *Biodiversity Conservation and traditional agro ecosystems*. Gland, Suiza. IUCN, 1995.

⁷⁸² Según el *Informe del Estado del Ambiente y de los Recursos Naturales de Centroamérica*, de 1998, se estima que este istmo posee el 7% de la diversidad biológica del planeta. De las 25.000 especies de flora descritas a nivel mundial, un estimado de 90.000 especies se encuentran en el trópico de América. Presenta un 14% de endemismo.

44 hectáreas por hora. De acuerdo con las estimaciones de la FAO, entre 1990 y 1995, se perdieron 2.284.000 hectáreas. Además, según el Banco Mundial⁷⁸³, en Centroamérica se identifican 22 ecorregiones, de las cuales 11 se consideran en estado crítico, y 11 amenazadas de desaparecer.

Otro ejemplo que llama la atención es que en los Apéndices del Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres -CITES- figuran aproximadamente 21.000 especies de plantas, la mayoría de las cuales son especies de orquídeas y de cactus. De ellas, 17 especies fueron explícitamente añadidas al Apéndice II⁷⁸⁴ debido a la sobre explotación de los productos con fines medicinales.

La presión por parte de, entre otros, madereros, cazadores y comerciantes, llama a que las comunidades indígenas vayan desapareciendo porque ellas dependen de los recursos naturales para su subsistencia. Además, están perdiendo con estos actos el control sobre su territorio y sobre su cultura, obligándolos a buscar otras fuentes de recursos que los llevan a depender de fuentes de empleo. Como resultado de ello, cada vez, para muchos indígenas, son menos importantes las tradiciones de sus propios pueblos y se está perdiendo, en una forma acelerada, la posibilidad de seguir transmitiendo generacionalmente el conocimiento tradicional asociado a estos recursos.

No es clara tampoco la discusión sobre si los territorios indígenas se deben convertir en áreas protegidas, como forma de protección de los recursos existentes en ellos. Esto refleja que todavía falta camino que avanzar entre indígenas y ecologistas o ambientalistas.

Las leyes más novedosas⁷⁸⁵ están tratando de implementar⁷⁸⁶ el principio precautorio como una medida de protección de los recursos naturales. Al

⁷⁸³ Dinerstein, 1995.

⁷⁸⁴ La exportación de cualquier espécimen incluido en el apéndice II requerirá la previa concesión y presentación de un permiso de exportación el cual únicamente se concederá cuando se cumpla una serie de requisitos establecidos en el artículo 4.2 de CITES, 1974.

⁷⁸⁵ Ver, S. Bilderbeek. Biodiversity and International Law. The effectiveness of international environmental law. Netherlands national committee.IUCN. 1992.

⁷⁸⁶ Precisamente, se utiliza la palabra "implementar" porque los principios que en esta sección se describen son caracteres o principios rectores del derecho ambiental y no representan una novedad dentro de este ámbito. Al respecto, ver las obras de Ramón Martín Mateo, Tratado de Derecho Ambiental Vol.I, 1991; y Manual de Derecho Ambiental, 1995. También Silvia Jaquenod De Zsogon, El derecho ambiental y sus principios rectores, 1991.

particular, el borrador de la Ley⁷⁸⁷ de Biodiversidad de Nicaragua⁷⁸⁸ indica que el MARENA, en observancia del principio precautorio, podrá establecer las limitaciones parciales o totales al acceso a los recursos genéticos para asegurar su conservación y el uso sostenible en los siguientes supuestos:

- I. Se propicie que una o más especies sean declaradas como amenazadas o en peligro de extinción o cuando se afecte a una de dichas especies.
- II. Existan condiciones de vulnerabilidad o fragilidad en la estructura o función de los ecosistemas
- III. Razones de bioseguridad
- IV. Efectos adversos sobre la salud humana
- V. Efectos adversos sobre elementos esenciales de la autonomía o identidad cultural de los pueblos indígenas y comunidades étnicas.

Se imponen estas limitaciones como una manera de prevenir amenazas o daños graves a la diversidad biológica o al conocimiento asociado a ella. La Ley de Biodiversidad de Costa Rica, el borrador de ley de Ecuador, también incluyen, como uno de sus criterios para aplicar la Ley, el principio precautorio o *induvio pro natura*.

Otro principio que pretenden aplicar ambos cuerpos legales es el principio de integración, indicando que la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica deberá integrarse en los planes, programas y estrategias sectoriales e intersectoriales a efectos de que sean parte integrante del proceso de desarrollo. Este principio es vital en un gran número de países latinoamericanos donde el accionar interinstitucional es débil y, como consecuencia, se da el cruce de legislación de procedimientos administrativos, los costos institucionales se acrecientan y existe un caos interinstitucional que afecta directamente la conservación de los recursos.

La mayoría de la normativa que mencionamos a lo largo de este libro incluye capítulos destinados a la conservación de la biodiversidad, como una forma de prevención, y detención de la pérdida y deterioro de los ecosistemas, especies y variedades. Algunos con formas innovadoras de protección, como es el caso de Madagascar⁷⁸⁹ que indica que la explotación sostenible

⁷⁸⁷ Dicha ley establece en su artículo 7, que uno de los principios que rige la ley es el precautorio. En este sentido, cuando exista peligro de amenaza o daños graves o inminentes a la diversidad biológica o sus componentes o al conocimiento asociado a ella, la ausencia de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para tomar las medidas y acciones requeridas.

⁷⁸⁸ Artículo 44.

⁷⁸⁹ Proyecto de Ley del Régimen de Acceso a los Recursos de la Diversidad Biológica de Madagascar.

de los recursos biológicos puede ser certificada mediante un certificado de explotación sostenible. Implica que esta marca de fábrica podrá constar en todo producto procedente de recursos biológicos explotados de forma que no afecte su carácter renovable. También establece un certificado de comercio equitativo que es una marca que puede ponerse a los productos que provengan de los recursos biológicos, de los conocimientos o de las prácticas tradicionales cuando se haya realizado un esfuerzo particular para una parte importante de los beneficios regrese a los productores.

En Brasil la Medida Provisoria 2.186-16 ha establecido, como una forma de protección, que si existen pruebas científicas fundadas acerca del peligro de daños graves e irreversibles a la diversidad biológica, como consecuencia del acceso a los recursos genéticos, sobre la base de criterios técnicos se puede incluso ordenar la suspensión de actividades. En Costa Rica, la Ley de Biodiversidad establece que el Estado tiene la obligación de evitar cualquier riesgo o peligro que amenace la permanencia de los ecosistemas.

En varios de los textos de ley mencionados a lo largo de esta investigación existe una especial preocupación por el establecimiento de mecanismos y procedimientos para la bioseguridad. En este sentido, el acceso a la biodiversidad relacionada con organismos modificados genéticamente o exóticos. Por ejemplo, la Ley de Diversidad Biológica de Venezuela establece en su título IX un capítulo denominado “de la Bioseguridad y de la Ética en la Utilización de la Diversidad Biológica”, indicando que el Estado deberá tomar medidas para prevenir y evitar cualquier riesgo o peligro que amenace la conservación de la diversidad biológica, en especial aquellos riesgos provenientes del manejo de organismos transgénicos. Indica que toda investigación científica o tecnológica sobre la diversidad biológica deberá realizarse de acuerdo con los principios de la bioética. Estas acciones no son obra de la casualidad sino la respuesta que los gobiernos tratan de dar al ritmo acelerado de la pérdida de biodiversidad y sus implicaciones, sociales, económicas y culturales.

2. Protección de la diversidad étnica y cultural

Como ya hemos señalado⁷⁹⁰, diversas Constituciones Políticas de los países latinoamericanos rescatan el reconocimiento y la necesidad de protección de la diversidad étnica y cultural. No obstante, queda mucho camino que recorrer, de las palabras a la práctica. La proyección de estas disposiciones

⁷⁹⁰ Ver en este el Capítulo IV, Derechos Indígenas y legislación nacional.

constitucionales sobre pueblos indígenas no ha movilizado, como merece, la reflexión y la acción en el ámbito nacional o internacional.

Los estados están comprometidos con la aprobación de instrumentos jurídicos internacionales como el Convenio 169 de la OIT y las normas Constitucionales que contemplan derechos indígenas, a buscar un trato justo y balanceado con los pueblos indígenas. Al respecto dice R. Roldán “podría, quizás afirmarse, que el preocupante hecho del desarrollo legal desigual que se observa entre nuestros países en el campo de los ordenamientos jurídicos sobre indígenas, se convierte en contra pelo, en un requerimiento a la reflexión y búsqueda conjunta de salida a los problemas indígenas”.

La realidad es que el uso sostenible de la diversidad biológica va estrechamente amarrado a la diversidad étnica y cultural. La comprensión del razonamiento indígena de contemplar los derechos a la tierra, a los recursos y al conocimiento en forma integral, ayudará a conservar la diversidad biológica y cultural.

La legislación ambiental debe de abrirse a un “humanismo jurídico”, contemplar y respetar el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas sobre el uso de los recursos naturales y los derechos humanos. Tener además en cuenta el hecho de que la “diversidad cultural podría considerarse como parte de la biodiversidad”⁷⁹¹. En fin de cuentas, el ser humano es también “una especie en peligro”⁷⁹².

Si perdemos la diversidad étnica y cultural⁷⁹³ existente en los pueblos indígenas, perderemos la oportunidad de aprender, de conocer, y de beneficiarnos de “conocimientos tradicionales” sobre el uso de la diversidad biológica. Las guerras que versan precisamente sobre los reclamos a la

⁷⁹¹ Me remito a P. Madrigal; V. Solís. Sobre el conocimiento tradicional de la Vida Silvestre y el Derecho Consuetudinario normas más efectivas de conservación. UICN. 2000.

⁷⁹² Me remito a R. Martín Mateo. El hombre: una especie en peligro. Campomanes Libros. Madrid, España. Abril de 1993.

⁷⁹³ “Las culturas dominantes han permeado a las sociedades indígenas y han desatado un proceso de desculturización y aculturización. Este proceso, ha sido posible por varios factores, entre ellos, la apertura de carreteras, el avance de las fronteras agrícolas y la reproducción de una cultura ajena, a través de las iglesias, la escuela, y otras instituciones. El Estado no ha consultado a los pueblos indígenas cuales son sus opciones culturales, ni ha tomado en cuenta su identidad cultural para lanzar sus propios proyectos. Una muestra palpable lo constituye la educación formal desde la visión oficial, cuyos resultados ponen por debajo el rendimiento escolar de los niños y niñas indígenas con respecto al resto de la población escolar. Primera jornada indígena centroamericana sobre tierra, medio ambiente y cultura. Grupo de trabajo sobre: cultura. Honduras, La Ceiba. Junio de 1996.

diversidad cultural, las comunidades indígenas que padecen de abusos a sus derechos humanos, y la pobreza de los países del sur, nos dejan un ambiente difícil de superar⁷⁹⁴.

Pareciere que la única solución es rescatar los valores éticos para relaciones más “justas y equitativas” entre los diferentes grupos sociales que componen el planeta. La ley no es una tabla de salvación, pero sí un instrumento imprescindible para el rescate de la diversidad cultural y biológica.

3. Control de la biodiversidad

Los recursos naturales y el conocimiento tradicional dejaron de ser vistos como “patrimonio común de la humanidad” de uso libre. Actualmente, se persigue que quien use con fines comerciales estos recursos debe reconocer y distribuir equitativamente, con su fuente de origen, los beneficios que de estos se obtengan.

Este objetivo, así como otros que proponen los estados y los pueblos indígenas, no podrá ser alcanzado si no se aplica el elemento principal que es el “control”. El control al que nos referiremos en esta sección es el relativo a impedir accesos no autorizados sobre los recursos genéticos y su conocimiento asociado, partiendo de la premisa de que los recursos genéticos no son de libre uso, y de que se requiere un permiso para su utilización, por lo que deben ser resguardados. Todos son factores ciertos que corresponden, en la mayoría de los casos, a falta de capacidad de las instituciones de gobierno y de las comunidades para resguardar sus propios recursos.

Algunos autores utilizan términos como “biopiratería” para hacer alusión al robo de recursos genéticos y del conocimiento tradicional asociado a

⁷⁹⁴ Los pueblos indígenas están amenazados por: 1) genocidio: muchos de los pueblos indígenas han sido víctimas de genocidio físico y cultural. El genocidio físico se ve directamente en la forma de masacres e introducción de enfermedades por quienes invadieron sus territorios. 2) Agresión no controlada a sus territorios: la colonización de zonas remotas, como por ejemplo en Amazonas están siendo expandidas por actividades como la minería, y otras actividades y leyes. 3) Intimidación militar: en tiempos de guerra y para mover y reubicar poblaciones indígenas de sus territorios. 4) La extensión del control de gobierno: muchas veces los gobiernos han declarado las tierras indígenas como no ocupadas, lo que facilita su invasión. 6) Políticas de Tierras: estos instrumentos han sido efectivos en maximizar la apropiación de territorios tribales y modificar sistemas de tenencia de la tierra. Los indígenas después de controlar los ecosistemas del mundo, están ahora confinados a “regiones refugio” y tienen únicamente los derechos de 6% de la superficie de la tierra. Indigenous Peoples and Sustainability. ¿How are indigenous Peoples and their knowledge threatened? IUCN,1997.

estos. Explica M. Ruiz⁷⁹⁵, que la biopiratería pudiera ser más un concepto político que legal, a menos de que se tenga certeza jurídica del estado legal o la situación jurídica de los recursos biológicos y sus componentes (¿quién tiene derechos sobre ellos?) y que exista un mecanismo legal instaurado que regule el acceso a los recursos y el uso del conocimiento tradicional. Si estos elementos no se cumplen, difícilmente se puede identificar la biopiratería como un acto "ilegal" y se trataría más de un cuestionamiento ético o moral.

En el derecho penal, jurídicamente, no existe acto ilegal ni, mucho menos, delito alguno si la conducta no esta tipificada dentro de la ley; ya que es función del legislador escoger cuales conductas humanas, por razones de interés social, conforman un acto ilícito y deben dar paso a una pena. Esto se da también por razones de seguridad jurídica ya que a nadie puede imponérsele un delito que no existe como tal. Por ejemplo, la Ley de Biodiversidad de Costa Rica, en relación con la responsabilidad penal, indica que, salvo situaciones ilícitas tipificadas por la Ley, la responsabilidad penal será prescrita en el Código Penal y leyes especiales. No encontramos dentro de esta ley el acceso no autorizado tipificado como delito; lo que se dice⁷⁹⁶ es que las universidades públicas y otros centros debidamente registrados que suscriban convenios con la Comisión de Biodiversidad para obtener permisos de acceso serán penal y civilmente responsables por el uso que de estos se haga. Sin embargo, la Ley de Vida Silvestre⁷⁹⁷ establece específicamente los delitos de la extracción o la comercialización de plantas animales, productos o subproductos sin autorización, incluso imponiendo penas económicas convertibles a prisión por un máximo de dos años.

En este sentido, quien extraiga (ya que no se utiliza la palabra "acceso") plantas, animales, sus productos o subproductos, sin autorización caerá en una conducta tipificada como delito, desde el punto de vista de su utilización para los fines de verificar la existencia de una responsabilidad penal. Explica E. Novoa "la función del tipo es la selección de la conducta que en principio habrá de servir de base para el juicio de responsabilidad penal".

Por otro lado, si no está especificado el bien jurídico que se protege en el caso que nos atañe, la diversidad biológica y el conocimiento tradicional

⁷⁹⁵ Ver, M. Ruiz. Protecting Indigenous peoples knowledge: a policy and legislative perspective from Peru. Policy and Environmental Law Series. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Programa de Relaciones Internacionales y Biodiversidad. No.3. Lima, Perú, 1999.

⁷⁹⁶ Artículo 83.

⁷⁹⁷ Ley número 7317 de octubre de 1992 y sus modificaciones. En lo relativo, ver artículos del 88 al 104.

asociado, sería imposible determinar la conducta delictiva. No se prevé, por el momento, en la Legislación Costarricense el robo del conocimiento tradicional como un delito o un acto legal; lo que se presenta más bien, son formas prácticas de protegerlo, como la creación de registros de derechos intelectuales *sui generis*, entre otras medidas que se exponen en la presente investigación.

En el primer borrador de la Ley de Biodiversidad de Costa Rica se habían separado los delitos de acceso no autorizado a los recursos genéticos y el de acceso no autorizado al conocimiento de la siguiente forma: “la utilización del conocimiento tradicional, inducido en error por medio de artificios o engaños, para un provecho patrimonial es una estafa según la legislación vigente”⁷⁹⁸. “Será un delito contra el dominio público, según la legislación penal vigente, el que, sin autorización legal, accesará a los recursos genéticos para beneficio propio o de un tercero”⁷⁹⁹. En este caso, no solo se tipificaban los hechos, sino que también se hacía alusión al tipo de delito que se cometía, en caso de comprobar los hechos⁸⁰⁰.

El borrador de Ley de Biodiversidad de Nicaragua tipifica el delito al estipular que serán consideradas faltas graves, sin perjuicio de lo establecido en la Ley General del Ambiente y en el Reglamento General tener acceso a los recursos genéticos o biológicos o el conocimiento tradicional sin observar los procedimientos previstos en esta ley y otras disposiciones aplicables.

Para impedir el acceso no controlado a los recursos genéticos y al conocimiento tradicional, debemos dejar claro que este tipo de terminología, como “biopiratería”, “usurpadores de recursos” o cualquier otro no tendrá impacto en el ámbito jurídico nacional si no está tipificado como una conducta delictuosa.

Según R. Martín Mateo, “para facilitar la apropiación del contenido económico de la biodiversidad por las naciones en cuyo territorio se encuentran las especies, no basta con tutelar la fauna y la flora, hay muchas posibilidades de obtener al amparo de los avances de la ciencia, productos o aplicaciones valiosos a partir de insectos e incluso microorganismos, que ciertamente no pueden reconducirse al régimen tradicional de la propiedad.

⁷⁹⁸ Artículo 122.

⁷⁹⁹ Artículo 121.

⁸⁰⁰ Se denota en la revisión de legislación existente y en proceso de ser aprobada en Latinoamérica que la parte correspondiente a sanciones penales padece de tipificar las conductas, estableciendo los delitos. Pareciere que hay una tendencia a no sancionar, o a establecer disposiciones generales débiles.

Lo que importa es impedir el acceso no autorizado a todos los bienes potenciales, si bien debe reconocerse que tanto para las especies y variedades de la fauna y flora conocidas como sobre todo para las no identificadas es difícil⁸⁰¹ de realizar controles efectivos”.

El efecto consecuente, si no se tiene control sobre los recursos, es que estos seguirán siendo utilizados libremente ya que, para muchos, es más fácil simplemente tener acceso a estos recursos y llevárselos sin ningún tipo de permiso. Esta situación se puede complicar aún más cuando nos damos cuenta de que, en algunos casos, no es necesario sacar grandes cantidades de muestras de plantas o insectos para obtener un beneficio. Al respecto, nos explica D. Simpson⁸⁰² que, una vez que es establecido que un organismo es una fuente de valor químico, es generalmente más eficiente producir el químico que traer el organismo de su ambiente original⁸⁰³.

Con respecto a esta afirmación, también hemos encontrado otros enfoques de esta apreciación, como el de A. Sukhwani⁸⁰⁴ que indica “el material biológico es endémico o crece de forma espontánea en el país de origen, pero en cambio su crecimiento en el país en que se encuentra la empresa solicitante no es espontáneo. Si se intenta reproducir el material biológico fuera del país de origen, la posibilidad de que prospere no está asegurada, máxime si se quieren muchos ejemplares para aplicar la invención. De cualquier forma, estas dificultades harían muy costosa, cuando no inviable, la explotación de la patente. En la mayoría de los casos, la mejor forma de hacerla rentable es que el material de partida se recolecte siempre en el país donde crece de forma espontánea”.

En cualquiera de las posiciones que se adopte, dependiendo del caso, lo que se debe determinar aquí es que debe existir control sobre la recolección de material genético, con las consecuentes restricciones de acceso sobre la

⁸⁰¹ Al respecto J. Caillaux indica que la tendencia a establecer barreras para evitar el uso no compensado de recursos podría afectar seriamente los intereses científicos en la investigación así como los intereses de las propias empresas interesadas en acceder a recursos genéticos. Esta orientación no previene -ni podrá hacerlo- el flujo ilegal de recursos ni su utilización fuera de las fronteras nacionales.

⁸⁰² También R. Martín Mateo, explica que “lo normal es conseguir a través de la síntesis química el conocimiento de las características moleculares del producto investigado, a partir de lo cual pueden ser obtenidos artificialmente sus componentes”. Tratado de Derecho Ambiental. Vol.III. Pág. 105.

⁸⁰³ Algunos ejemplos son que los organismos podrían ser cultivados en fincas fuera de su ambiente natural sus genes podrían ser transplantados en otros organismos que produzcan el químico deseado; la estructura molecular del químico podría ser usado para desarrollar un químico sintético similar.

⁸⁰⁴ Sukhwani Asha, op. cit., pág. 4.

diversidad biológica dentro del territorio nacional. Como apunta el Profesor R, Martín Mateo: “si queremos que la biodiversidad pueda ser fuente de desarrollo sostenible, es preciso que se conozca quién y para qué se pretende herborizar una determinada especie y que se asegure, antes de ser autorizado para ello, una participación en los eventuales resultados, en términos económicos”. Lamentablemente, las propuestas nacionales en América Latina para prevenir el uso no autorizado y no compensado no han sido las más idóneas. Aun en casos en donde la legislación es de avanzada, a la hora de implementar lo escrito en la letra de ley, no existen los suficientes recursos ni capacidad institucional para convertir estas disposiciones en realidad.

Algunos⁸⁰⁵ opinan que existirían beneficios al promover regímenes multilaterales que puedan reducir la posibilidad de explotación ilegal o no controlada de recursos genéticos. Esto se daría en el caso de que el país de origen condicione el acceso a que los países receptores de los recursos también pongan en su legislación nacional la obligación de presentar evidencia de que ha existido un CFP por parte del país de origen y/o de la comunidad que posea el conocimiento tradicional asociado a este. Es decir, que la legislación, tanto de la parte proveedora de los recursos como la de la parte receptora de recursos, debe contener esta regla, sobre todo cuando los recursos salen del país proveedor y se pretende someterlos al sistema de propiedad intelectual.

Este sistema podría vincularse a los sistemas de propiedad intelectual en la medida en que las solicitudes respectivas se acompañen de evidencia formal, de haberse logrado el CFP para la utilización de determinado recurso o conocimiento. Este concepto estaría apegado al artículo 15.5 del CBD⁸⁰⁶ si se pensara en una interpretación más amplia del artículo, entendiendo que no solo la parte que proporciona recursos puede requerir un CFP, sino que, para que esto surta efecto, el país que los utilice debe demostrar en su propio ámbito nacional haberlo adquirido mediante un CIP de su dueño.

Al respecto, el Proyecto de Ley de Biodiversidad de Nicaragua establece⁸⁰⁷ que el Registro de Propiedad Industrial establecerá un registro de derechos

⁸⁰⁵ Al respecto ver J. Caillaux. Los derechos de propiedad intelectual, sus relaciones con la diversidad biológica y la protección de los derechos de los países amazónicos, especialmente en comunidades indígenas y locales sobre sus conocimientos innovaciones y prácticas. Perú, mayo de 1996. También puede consultarse Geoffrey Hawtin, Access to Plant Genetic Resources an Equitable Sharing of Benefits: a contribution to the debate on systems for exchange of germplasm. Roma 1996.

⁸⁰⁶ “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”.

⁸⁰⁷ Artículo 46.

de propiedad *sui géneris* para la tutela de los conocimientos, prácticas e innovaciones de las comunidades locales e indígenas referentes a la conservación o el uso sostenible de la diversidad biológica. Se indica que el Estado deberá proteger estos derechos y procurar que sus titulares sean compensados por el uso que de ellos se haga.

Por su parte, la Ley de Biodiversidad de Costa Rica obliga a que la Oficina Nacional de Semillas, así como los Registros de Propiedad Intelectual y de Propiedad Industrial, deban consultar a la Oficina Técnica de la Comisión⁸⁰⁸ antes de otorgar protección de propiedad intelectual o industrial a las innovaciones que involucren elementos de la biodiversidad. Siempre se deberá aportar un certificado de origen emitido por la Oficina de la Comisión y el consentimiento previo.

Como se puede ver, esta idea de solicitar un CIP como una forma de control de los recursos antes de proceder a conceder derechos de propiedad intelectual o industrial ya se está empezando a aplicar en algunos países de la región. Sin embargo, si los países en desarrollo, con el concepto de solidaridad internacional, no imponen estas reglas, la probabilidad de control y de protección será muy reducida.

No dejamos de lado tampoco la idea del reconocimiento de la fuente de origen del material genético como del conocimiento tradicional; a lo que algunos llaman la única solución para poder tener algún tipo de control sobre los recursos. Aunque realmente, en sentido estrictamente legal, no se han logrado grandes avances sobre este punto, el SBSTTA del CBD, en su primera reunión, reconoció la utilidad de incluir en las aplicaciones de patentes que usan material biológico la información relacionada con el país de origen y el conocimiento público común del uso de esos materiales.

En 1998, durante la Cuarta Conferencia de las Partes Contratantes del CDB, el Gobierno de España⁸⁰⁹, presentó un resumen de las patentes que, usando material biológico, mencionaban la fuente de origen del material. Se indicó, como regla general, que se daban dos situaciones: 1) Cuando la planta es muy conocida, como limón, trigo, romero y la fuente de origen no se especifica en la patente. 2) Cuando el objeto de la patente, el extracto de la planta, es exótico o raro, el aplicante provee la información sobre el país de

⁸⁰⁸ La Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad es un órgano desconcertado del Ministerio del Ambiente y Energía, creado por la Ley 7788 del 30 abril de 1998.

⁸⁰⁹ Al respecto, ver, Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Patents Using Biological Source Material and Mention of The Country of Origin in Patents Using Biological Source Material. Submission by the Government of Spain. Slovakia, 1998.

origen y la descripción sobre el uso tradicional de la planta hasta donde se conozca. Se dan una serie de ejemplos en diferentes países que comprueban esta situación; sin embargo, no hace referencia a ningún efecto directo ante este reconocimiento en relación con el país de origen. Lo que puede llevar a pensar que el simple reconocimiento tiene poca importancia si este no va amarrado a otra serie de obligaciones relacionadas con la distribución equitativa de beneficios.

En 1876, veintidós plantas, entre ellas el caucho (*Hevea brasiliensis*), una especie originada en los bosques amazónicos, salieron de Brasil y fueron trasladadas a las plantaciones británicas del suroeste asiático. En la actualidad, Asia produce el 92% de la producción de caucho del mundo; Centroamérica y Suramérica el 1.2%. (RAFI 91)

Dentro de este estudio se han dado datos suficientes que comprueban que las presiones por obtener beneficios económicos del uso de la biodiversidad y del conocimiento tradicional seguirán creciendo de la mano de las necesidades del ser humano. Si se quiere obtener una distribución justa y equitativa de estos beneficios, entonces será necesario reconocer el “derecho de origen” y no solo la “fuente de origen”, tanto de los recursos genéticos como del conocimiento tradicional asociado a estos. Lo que importa no es solo el reconocimiento del país de origen, sino que este país dé su consentimiento para el acceso al recurso y al conocimiento tradicional según corresponda.

Ha sido sugerido que una manera de hacer más efectivo el control de los recursos genéticos podría ser seguir el modelo planteado por el Convenio CITES, el cual requiere que un permiso de importación corresponda al otorgamiento de un permiso de exportación. Entonces los países usuarios podrían requerir, en su legislación, que un certificado de información fundamentada previa sea presentado antes de conceder la importación del material genético⁸¹⁰.

⁸¹⁰ Suikkari. Op. cit., pág. 12.

Acotaciones Finales

Conocimiento Tradicional

Crear un sistema legal para proteger el conocimiento tradicional de los pueblos indígenas no implica una única tarea, sino más bien una serie de esfuerzos que deben concentrarse en la realidad de las comunidades indígenas de cada país. Ni todos somos iguales, ni todos los pueblos indígenas son iguales: “la riqueza está en la diversidad”. Hay muchas ideas y conceptos diferentes entre los mismos pueblos indígenas, y esto se suma a las diferentes realidades jurídicas en que estas personas coexisten. No existe una única y perfecta solución. Sin embargo, hay instrumentos que podrían dar resultados positivos a los pueblos indígenas en cuanto a la búsqueda de la distribución equitativa de los beneficios que se podrían generar con la utilización de su conocimiento, los cuales han sido señalados dentro de esta investigación. La Ley de Protección del Conocimiento Tradicional del Perú es una muestra de que esto es posible.

La protección legal que se pueda dar al conocimiento tradicional debe no solo proteger el conocimiento que ha sido generado en el pasado y que está desapareciendo, sino también cubrir las innovaciones que se basan en esta tradición. El “conocimiento” de los pueblos indígenas y comunidades locales es y será dinámico, respondiendo a las necesidades ambientales y sociales; por lo que el derecho debe ser flexible y amparar el conocimiento tradicional y moderno; el conocimiento actual y el que pueden obtener las futuras generaciones. Es evidente que en este momento hay una gran floración de proyectos de ley de biodiversidad en América Latina, con visiones diferentes y con gran necesidad de participación de los pueblos indígenas y de las comunidades locales. Todo apunta a que este es el momento en donde la participación es determinante. Tampoco se trata de participar sin efecto, es necesaria la capacitación en este tema a líderes indígenas y comunales, es necesario dejar que la información fluya, es necesario respetar otras visiones.

El conocimiento tradicional puede y debe ser protegido jurídicamente. Es importante que lo que se conceda sea un permiso de uso y no un derecho sobre la propiedad del conocimiento. Los contratos licencia de conocimiento propuestos por Perú y por Nicaragua podrían ser una opción viable para algunos pueblos indígenas. Si los pueblos indígenas transfieren los derechos sobre la utilización de sus conocimientos, probablemente estén destinados a desaparecer ya que dependen de ellos para su subsistencia. Estas licencias

dan la posibilidad de utilización del conocimiento por terceras personas bajo condiciones mutuamente pactadas, además tienen la ventaja de que no afectan los derechos de las futuras generaciones. Existe sí un pequeño riesgo de que al poder otorgarse diferentes licencias de un mismo conocimiento - en el caso de que dos o más pueblos tengan el mismo conocimiento- pueda existir confrontación entre las mismas comunidades indígenas por negociar este tipo de licencias en primera instancia, sin embargo, esto es algo que no se puede prever con certeza.

Los estados y los pueblos indígenas necesitan contar con instrumentos jurídicos novedosos y capacidad para la protección y control de sus recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado a estos. Sin control difícilmente se sentirá la necesidad de realizar contratos de acceso, o de solicitar autorizaciones para tener acceso a los recursos, dando así paso a la llamada biopiratería o piratería de recursos genéticos y de conocimientos. Debe profundizarse el desarrollo de mecanismos para el control de las actuaciones en contra de los recursos biológicos y de los pueblos indígenas. No se trata solo de medidas represivas, sino de prevención, educación, información, incentivos y medidas disuasorias.

El tratamiento, desde la perspectiva jurídica, del conocimiento tradicional no está totalmente definido. Para algunos debe protegerse por medio de la propiedad intelectual, como secretos comerciales o patentes; otros mediante un sistema *sui generis* de derechos sobre el conocimiento, que incluyen, entre otros, contratos, licencias, permisos, registros, redes y fondos, fideicomisos en el plano nacional. Las iniciativas regionales, también están teniendo su peso. La figura del conocimiento como patrimonio cultural y, finalmente, la de elemento intangible asociado al elemento tangible que son los recursos genéticos son discutidas. Todos estos instrumentos, en mayor o menor medida, son mecanismos valiosos; sin embargo con enfoques que podrían resultar diferentes. Cada país, cada pueblo indígena, tendrá que descubrir qué es lo que más se apega a sus intereses y a su realidad, o si, en todo caso, tal y como estimo, es posible una combinación de un sistema de protección que incluya varias de las perspectivas.

Derechos de propiedad intelectual

Es urgente que se trabaje, junto con otras opciones, en el desarrollo de un sistema *sui generis* de protección de la propiedad intelectual del conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos; que esté amarrado a los compromisos de los estados dentro del marco del Convenio sobre Diversidad Biológica y el artículo 27.3 de los ADPIC. Aunque conciliar

estos dos instrumentos jurídicos no es tarea fácil, es de esta forma como se logrará llamar la atención de las grandes compañías de investigadores, de países desarrollados y en desarrollo en torno a los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades locales. ¿Por qué? Es sencillo: porque se entra en la esfera de los intereses comerciales.

El establecimiento de un nuevo régimen para proteger el conocimiento tradicional y el material genético asociado, que no esté basado en el modelo de derecho de propiedad intelectual, no viola ningún convenio internacional, en el tanto estos nuevos instrumentos no contengan disposiciones que sean contrarias al contenido de acuerdos o convenciones existentes. Sin embargo, en cualquier forma de sistemas *sui generis* que los países decidan escoger es determinante establecer la relación de estas con otros sistemas de derechos de propiedad intelectual y sus repercusiones.

El CDB es solo un marco conceptual; su implementación depende de la voluntad de los gobiernos para crear legislación nacional y de los acuerdos regionales. Con la precisión establecida a los países en desarrollo para que implementen los ADPIC, es urgente crear legislación nacional que contenga sistemas *sui generis* de protección del conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos. Para que esto sea factible, será necesario profundizar en las posibles relaciones de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y comunidades locales sobre su conocimiento tradicional y los mecanismos existentes y novedosos de los sistemas de derechos de propiedad intelectual.

Esta tarea no puede ni debe demorarse, la fecha para la implementación del artículo 27.3(b) está vencida y los países Latinoamericanos se están viendo forzados a otorgar protección jurídica a las obtenciones vegetales, ya sea por medio de patentes o un sistema *sui generis*, lo que sin lugar a dudas afectará las formas de vida de los pueblos indígenas.

En cuanto a patentes, el enfoque debe estar en mecanismos para compartir justa y equitativamente los beneficios derivados de las que utilicen material biológico y conocimiento tradicional. Aunque no dejamos de lado la idea de una copropiedad de los derechos de propiedad intelectual, el foco de atención no debería ser la propiedad de la patente. Una compañía puede tener la propiedad de la patente, y sin embargo, estar obligada a repartir las regalías por el uso comercial de la invención.

No es la invención ni al producto final al que debemos oponernos o poner en tela de duda en el campo legal; - si esta no va en contra de la ética y la

moralidad de los pueblos - más bien es a que se desconozca el origen del material genético y del conocimiento tradicional y a que no se instauren mecanismos para que se cuente con la autorización correspondiente otorgada por el país de origen de los recursos genéticos poniendo en efecto la posibilidad de un consentimiento fundamentado previo del pueblo indígena.

Si los países en donde se solicita la patente antes de proceder a otorgar el derecho de propiedad intelectual imponen como requisito la demostración de la fuente de origen o legal procedencia del material genético y en su caso del conocimiento tradicional, demostrando así la autorización por parte del país de donde se acceso a este material, sería más fácil tener control de los recursos, y, por lo tanto, exigir la distribución de beneficios.

Ha quedado claro que ya existen patentes en donde se reconoce la fuente de origen; sin embargo, esto no tiene ningún efecto, más que el de una simple identificación para términos del invento. Por ello, lo que se requiere va más allá de simplemente reconocer la fuente de origen, implica la acción de los países proveedores y los pueblos indígenas en el sentido de que se debe establecer legislación que obligue al receptor a tener un documento (llámese “autorización”, “licencia”, “certificación” o “permiso”) que indique que el país de origen del pueblo indígena ha dado su consentimiento para las actividades referidas, y que sea ese documento el que solicita el país donde se piensa inscribir la patente. Por eso preferimos referirnos a certificados de legal procedencia o no solo de fuente de origen.

Es indispensable proveer de capacitación y asistencia técnica a gobiernos, pueblos indígenas, comunidades locales y organizaciones no gubernamentales en relación con los sistemas de derechos de propiedad intelectual. El desarrollo de nuevos instrumentos de propiedad intelectual para proteger el conocimiento tradicional es un reto que solo cumpliremos poniendo en práctica las ideas en el ámbito nacional y facilitando el acceso a la información existente; para ello es importante que las oficinas nacionales de propiedad intelectual participen activamente dentro de esta discusión. Aunque no se optara por instrumentos de protección, dentro de este sistema de derechos de propiedad intelectual, es necesario conocer sus repercusiones en las soluciones que se adopten.

Legislación nacional

Son necesarios nuevos sistemas legales y la modificación de marcos jurídicos existentes para poder cumplir con las obligaciones y objetivos del CDB y del Convenio 169. Hay muchos caminos para llegar a esto; pero debe

tenerse presente que debe existir una participación efectiva y transparente en el proceso de toma de decisiones que sean promovidas. Toda solución o propuesta de nueva legislación debe tomar en consideración y respetar el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. También debe tenerse en cuenta que no existe una única solución uniforme para todos los casos, ya que existen, dentro de los pueblos indígenas, diferentes realidades locales, nacionales, culturales, políticas y económicas. Las políticas y la legislación nacional son la herramienta clave para hacer que los objetivos del Convenio sobre la Diversidad Biológica sean cumplidos. Especialmente para que la distribución justa y equitativa de beneficios obtenidos de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado a estos se convierta en una realidad.

Existe la necesidad de tener claro las definiciones de pueblos indígenas, comunidades locales, conocimiento tradicional, conocimiento intangible, diversidad biológica. En los diferentes cuerpos normativos revisados pareciere que prevalece la confusión y sobre todo, la necesidad de tomar en cuenta los criterios ya existentes sobre la definición de estos conceptos. Se debe recordar que la mayoría de estos conceptos no nacieron con el CDB, por el contrario han sido tema de reflexión de otros instrumentos jurídicos y agencias internacionales, así como de los mismos pueblos indígenas organizados.

La legislación nacional debe comenzar por reconocer los derechos de los pueblos indígenas a la autodeterminación, a la propiedad de la tierra, a los recursos naturales y a tener sus propias normas de derechos consuetudinarios. Todos estos conceptos son inseparables de la protección del conocimiento tradicional. Ya ha sido estipulado, por los mismos pueblos indígenas, que la mejor garantía para la conservación de la biodiversidad es promover que se respeten sus derechos a usar, controlar y administrar sus territorios.

El reclamo del derecho sobre su tierra, territorios, la necesidad de que estos sean reconocidos jurídicamente, debe ser atendida como el corazón de la protección de la biodiversidad y del conocimiento tradicional.

Legislación clara y simple es esencial en cualquier país para promover la distribución justa y equitativa de los beneficios obtenidos del acceso a los recursos genéticos y al conocimiento tradicional. Esta legislación tendrá que ser diseñada dependiendo de la realidad nacional y regional. No existe, ni debería existir, un proyecto modelo. En algunos de los proyectos de ley revisados, ha quedado un sentimiento generalizado de que se persiguen los loables fines del CDB, sin embargo, no se pasa de la promulgación de

principios. Seguimos redactando ese tipo de leyes que están llenas de buenas intenciones pero que no crean los mecanismos para su implementación.

Es esencial que la legislación que se desarrolle cuente con la información necesaria, dé casos concretos sobre distribución equitativa de beneficios, los pros- y los contras de legislaciones ya existentes, es decir, tener una base de datos que les permita no cometer los mismos errores, beneficiarse de los impactos positivos y aprender de la experiencia de otros pueblos indígenas y estados. Las Directrices de Bonn son un inicio en esta tarea.

Las palabras del Secretario⁸¹¹ del CDB son claras: “En un buen número de países y especialmente en los países en desarrollo, los servicios legales para tratar el tema de acceso y distribución equitativa de beneficios, son limitados. Muchos países no poseen en la actualidad conocimientos y experiencia en este campo”. Existe así un espacio vacío en donde los abogados y juristas tienen un llamado de acción. Indudablemente, es un campo en donde no solo se requieren de conocimientos legales, sino, además, grandes cuotas de comprensión de la realidad nacional y respeto por la diversidad cultural.

Conservación

Las innovaciones basadas en la diversidad genética, sean estas modernas o tradicionales, realizadas por pueblos indígenas o compañías farmacéuticas, dependen del material genético. Está ya comprobado que las selvas tropicales y la biodiversidad del planeta están desapareciendo a un ritmo acelerado, así que una de las primeras acciones que necesitan ser reforzadas es establecer formas que detengan la depredación de recursos. Este es el reto futuro

Derechos de Propiedad

Es necesario clarificar los derechos de propiedad sobre la tierra, territorios, recursos biológicos, genéticos y conocimiento tradicional. Esto facilitará la labor de las Partes entendidas, como sector privado, pueblos indígenas y Estado para establecer acuerdos mutuos con beneficios recíprocos. También incentivará a la conservación de los recursos naturales. Especialmente en América Latina, en donde en la última década ha nacido un importante número de legislación ambiental, que ha modificado en algunos casos las formas tradicionales de tenencia de la tierra y apostado a diferentes formas de manejo de la biodiversidad, es un reto el revisar y analizar la legislación

⁸¹¹ Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Opciones para arreglos de acceso y distribución de beneficios. Pág. 19.

existente a la luz de las transformaciones sociales, económicas y los nuevos proyectos de ley de biodiversidad existentes.

Derechos de los pueblos indígenas

Dentro de los procesos de conformación de leyes sobre acceso a los recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado, siempre debe haber espacio para la participación de los pueblos indígenas. Se debe entender por "participación" el derecho a oponerse a ciertas medidas que puedan afectar a sus territorios o su cultura. Los derechos que reclaman los pueblos indígenas en relación con sus territorios, autonomía y respeto a su cultura son inseparables de su conocimiento tradicional. Se debe reconocer la propiedad comunal o colectiva de sus derechos sobre sus tierras, recursos y conocimiento tradicional. Los juristas deben abocarse con mayor empeño a la tutela de los derechos colectivos. La propiedad comunal es el principal sistema en la mayoría de los pueblos indígenas y comunidades locales y son considerados inalienables. Quizá si se empezara por comprender el derecho consuetudinario de estos pueblos, se podrían hacer importantes aportes al sistema jurídico occidental.

Se deben buscar medios para fortalecer la capacidad de negociación de los pueblos indígenas, de manera que los contratos o licencias que se otorguen sean negociados en términos de igualdad. Deben implementarse mecanismos de asistencia legal a tiempo. Siendo realistas, un gran número de pueblos y comunidades no están preparados para entrar en el complejo mundo de las relaciones contractuales, utilizando un conjunto de normas jurídicas ya preestablecidas en el ámbito nacional e internacional. Los conocedores del derecho tienen la oportunidad de capacitar a líderes indígenas, y conjuntamente con los pueblos indígenas desarrollar lineamientos que les puedan ser de alguna utilidad.

Existe la necesidad de respetar las leyes consuetudinarias de los pueblos indígenas en toda negociación o protección intelectual de su conocimiento tradicional. El desarrollo de legislación nacional debe comprender, en lo que a pueblos indígenas se refiere, el reconocimiento de su derecho consuetudinario.

Mecanismos de protección y de participación en los beneficios

Se ha podido notar que diferentes objetivos, fines y países requerirán diferentes instrumentos legales. No existe un análisis de un simple

mecanismo legal, sino la complejidad de varios, dependiendo de las circunstancias. En los próximos años nuevos mecanismos legales deberán emerger, permitiendo proteger los derechos de acceso a los recursos genéticos y de su conocimiento tradicional asociado.

El consentimiento fundamentado previo debe cumplir con el requisito de que la información sea suficiente y clara para poder dar al proveedor instrumentos sobre los cuales basará su decisión. Debe permitir al proveedor hacer un seguimiento de los términos en que el consentimiento fue otorgado. También establecer que, cuando se incorpora una tercera parte dentro de la negociación, el fundamento sobre el cual versó el CFP no es el mismo, y se requiere siempre un nuevo CFP.

Para lograr cierto equilibrio en las relaciones entre el proveedor de recursos genéticos y sus usuarios, se requieren no sólo normas legales, sino también capacidad administrativa y compromisos entre los diferentes sectores de la sociedad. La capacidad del estado debe ser fortalecida por medio de la formación de sus funcionarios, y de fondos económicos suficientes para realizar las funciones que se les asignan. Si las entidades administrativas del estado encargadas de velar por el equilibrio de las relaciones son débiles, entonces será difícil alcanzar una justa y equitativa distribución de los beneficios. Las alianzas de las organizaciones no gubernamentales con entidades del estado en algunos casos han demostrado éxito, estos esfuerzos deben ser replicados.

Los contratos - licencias de conocimiento, contratos de bioprospección u otros - que envuelven, entre otros, pagos por adelantado podrían ser un mecanismo prometedor para algunos de los pueblos indígenas en el sentido de que les da la posibilidad de poder tener acceso a tiempo a la asistencia técnica que requieran para firmar acuerdos determinantes sobre su conocimiento tradicional o recursos. Los pagos por adelantado implicarán, asimismo, un plan de trabajo y objetivos mutuos entre las compañías y los pueblos indígenas, para lo cuál se debe estar preparado. Estos anticipos son solo parte de un grupo de beneficios potenciales que un "país", rico en biodiversidad y en conocimiento tradicional, puede recibir, existen además regalías y formas no monetarias de compensación que podrían abarcar, entre varios, medicinas, educación y programas de salud.

El consentimiento informado previo y el certificado de legal procedencia son instrumentos indispensables para obtener una distribución justa y equitativa de los beneficios que se derivan de la utilización del conocimiento tradicional y de los recursos genéticos como parte de un sistema *sui géneris*.

No se puede negar que existe una estrecha relación entre los derechos a la salud, a la seguridad alimentaria y el comercio internacional visto a la luz de la implementación del artículo 27.3 (b) del ADPIC. Es necesario trabajar más profundamente en este tema y desarrollar instrumentos jurídicos en el ámbito nacional que amparen estos derechos. Reconocer los derechos a la salud y a la seguridad alimentaria, tiene una prioridad sustancial en el desarrollo de las relaciones humanas y las relaciones internacionales entre los países desarrollados y en desarrollo.

Cooperación internacional

Es necesaria una gran cuota de "cooperación internacional" para lograr la protección de los derechos intelectuales de los pueblos indígenas sobre su conocimiento. La cooperación regional es necesaria, especialmente en donde los mismos recursos genéticos son compartidos entre países, sobre todo para fortalecer y eliminar la posibilidad de que un estado negocie acuerdos en condiciones que podrían afectar las negociaciones de los restantes estados. Los ejemplos de la Comunidad Andina de Naciones, de Centroamérica y de la Organización de la Unidad Africana apuntan en esta dirección y es necesario promoverlos.

El esfuerzo de los Países Megadiversos Afines como mecanismo de cooperación para promover los intereses y prioridades en materia de conservación y uso sostenible de la diversidad biológica es muestra de que existe interés y posibilidades de hacer alianzas. Será necesario seguir trabajando sobre la idea de tener un "régimen internacional de acceso a los recursos genéticos" dentro del marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica tema, entre otros, impulsado por los Países Megadiversos y conocido en la VII reunión de la Conferencia de las Partes Contratadas, en Kuala Lumpur, Malasia.

Bibliografía

Acosta, J. *Historia Natural y Moral de las Indias*. Hispaniae Scientia. Valencia. 1977

Amend, Stephen; Amend, Thora. *Human Occupation in the National Parks of South America: A fundamental Problem*. IUCN Gland Switzerland, 1992.

Alonso García, Enrique. *Biodiversidad y biotrade: la regulación jurídica de los contratos de acceso a los recursos genéticos*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. III Época, número 4. Editorial REUS. Madrid, España. Julio-agosto de 1999.

Alexander, Daniel. *Some Themes in Intellectual Property and the Environment*. RECTEL, volume 2, number 2, Intellectual Property and Environment. Basil Blackwell Ltd. Cambridge, UK, 1993.

Álvarez López. *Las plantas de América en la Botánica Europea del Siglo XVI*. Revista de Indias, 6. 1945

Asebey, Edgar. *El conocimiento autóctono y la propiedad intelectual: hacia la compensación equitativa*. Organización Panamericana de la Salud. Publicación Científica número 560. Washington D.C. 1996

Asociación Costarricense pro-Naciones Unidas. *La Declaración Universal de Derechos Humanos. Comentarios y texto*. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica. 1978.

Baudrit Carrillo, Diego. *Teoría general del contrato*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica. Editorial Juriscentro. San José, Costa Rica. 1982.

Aylward, B.A.; Barbier, E. B. *What is biodiversity worth to a developing country? Capturing the pharmaceutical value of species information*. Discussion paper No.5. International Institute for Environment and Development. London, UK.

Beltrán, J. (Ed). *Pueblos Indígenas y Tradicionales y Áreas Protegidas. Principios, Directrices y Casos de Estudio*. Unión Mundial para la Naturaleza. Gland, Suiza y Cambridge, UK y WWF Internacional. 2001.

Berkes, Fikret. *Traditional Ecological Knowledge in Perspective*. In Inglis, J.T. (ed). *Traditional Ecological Knowledge: Concepts and Cases*. Ottawa: International Program on Traditional Ecological Knowledge and International Development Research Centre. 1993.

Breckenridge, L.P. *Protection of biological and cultural diversity: emerging recognition of local community rights in ecosystems under international environmental laws*. Tennessee Law Review. Vol 59 (4). University of Tennessee College of Law. Knoxville, Tennessee, U.S.A, 1992.

Bystrom, Marie; Einarsson, Axelsson. *Fair and Equitable*. Swedish Council on biological diversity. 1999.

CAHDEA, Tierras Nativas, MOPAWI. *Primera Jornada Indígena Centroamericana sobre tierra, Medio Ambiente y Cultura*. Editorial Azer. Honduras, 1997.

Cabarle, Bruce; Rodríguez, Jorge; Salas, Aberto. *Inversión privada como mecanismo para el desarrollo forestal sostenible en las américas*. IUCN, World Resources Institute. San José, Costa Rica. Mayo, 1996.

Cabrera Medaglia, Jorge. *Propiedad Intelectual, Ronda de Uruguay y transferencia de tecnología*. Revista de Ciencias Jurídicas, número 74, Colegio de Abogados de Costa Rica, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. Abril de 1993.

Cabrera Medaglia Jorge. *La reciente propuesta costarricense de sistema sui generis para la protección de los derechos del fitomejorador a la luz de la OMC y las negociaciones del CAFTA*. Documento para discusión. Diciembre del 2003.

Caillaux, Jorge; Ruiz, Manuel. *Acceso a recursos genéticos. Propuestas e instrumentos jurídicos*. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Lima, Perú, 1998.

Caillaux, Jorge; Ruiz, Manuel; Tobin, Brendan. *El régimen andino de acceso a los recursos genéticos*. Documento. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental y World Resources Institute. 1999.

Caillaux, Jorge. *Los derechos de propiedad intelectual, sus relaciones con la diversidad biológica y la protección de los derechos de los países amazónicos, especialmente de comunidades Indígenas y locales sobre sus conocimientos innovaciones y prácticas*. Documento de discusión para el Taller Regional sobre la Protección del Conocimiento y tecnologías sobre la biodiversidad Amazónica. Mayo 1996.

Cameron, James; Makuch, Zen. *The Un Biodiversity Convention and the WTO TRIPs Agreement*. World Wide Fund for Nature, Discussion Paper. Gland, Switzerland. 1995.

Carrasco Pradas, Diego; Holtmann, Monika. *La propuesta de Directiva sobre la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, examen de las disposiciones*. Oficina Española de Patentes y Marcas. España, 1999.

Chacón, Rúben. *El derecho de los pueblos indígenas (las comunidades indígenas en el caso de Costa Rica sobre los recursos naturales existentes dentro de sus territorios)*. San José, Costa Rica. 2000.

Chasek, Pamela. Earth Negotiations Bulletin. *Summary of the open-ended ad hoc inter-sessional working group on article 8 (j) and related provisions*. 27- 31 march 2000. International Institute for Sustainable Development. Vol.09, Número. 149.

COAMA. *Derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de América Latina*. Memorias del Seminario Internacional de Expertos sobre Régimen Constitucional de Pueblos Indígenas en Países Latinoamericanos. Editorial Disloque. Colombia, 1996.

Cobo, B. *Historias de Nuevo Mundo*. Primera Parte. Tomo XCI. Biblioteca de Autores Españoles. Ediciones Atlas. Madrid

Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo. *Estado del ambiente y los recursos naturales en Centroamérica*. San José, Costa Rica. 1998.

Comunidad Andina. Decisión 486. Régimen Común sobre Propiedad Industrial. 14 de Setiembre del 2000.

Comunidad Andina. Países Andinos Abordan Conjuntamente Agenda Ambiental Internacional. Nota de Prensa de la Comunidad Andina. Noviembre 2000

Contraloría General de la República de Costa Rica y Contraloría General de la República de Panamá. Informe Binacional sobre la Evaluación de la Gestión de las Autoridades Ambientales de Costa Rica y Panamá en el Manejo Integral del Parque Internacional la Amistad. Enero del 2004.

Consejo de la Tierra; Instituto Internamerica de Cooperación para la Agricultura. *La cumbre de la tierra. Eco 92, visiones diferentes*. San José, Costa Rica. 1993.

Convenio sobre la Diversidad Biológica. Tercera Conferencia de las Partes Contratantes. *Decisión III/14, Implementación del Artículo 8(j) y Disposiciones Conexas*. Argentina, noviembre de 1996.

Convenio sobre la Diversidad Biológica. Tercera Conferencia de las Partes Contratantes. *Decisión III/15, Acceso a los Recursos Genéticos*. Argentina, noviembre de 1996.

Convenio sobre la Diversidad Biológica. Tercera Conferencia de las Partes Contratantes. *Decisión III/17, Derechos de Propiedad Intelectual*. Argentina, noviembre de 1996.

Convenio sobre la Diversidad Biológica. Quinta Conferencia de las Partes Contratantes. *Decisión V/16 Artículo 8 (j) y Disposiciones Conexas*. Nairobi, mayo del 2000.

Convenio sobre la Diversidad Biológica. Quinta Conferencia de las Partes Contratantes. *Decisión V/26, Acceso a los Recursos Genéticos*. Nairobi, mayo del 2000.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Constitucional, voto 1763-94 del 13 de abril de 1994. Recurso de Amparo.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Tribunal Superior Agrario de San José. Sentencia 582-94 del 11 de agosto de 1994. Asunto: usurpación de tierras contra la fundación Neotrópica.

Contrato INBIO-MERCK (extracto). San José, Costa Rica, 1 de noviembre de 1991.

Contrato INBIO-MERCK (extracto). San José, Costa Rica. Julio 1994, agosto 1996.

Convenio número 169 de la Organización Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. 1989.

Convenio sobre la Diversidad Biológica. Brasil, Río de Janeiro. 5 de junio de 1992.

Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales. Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales. Ginebra, Suiza. 2 de diciembre de 1961, revisado el 10 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991.

Colchester, M. *Salvaging nature: Indigenous peoples, protect areas and biodiversity conservation*. United Nations Research Institute for Social Development. Ginebra, Suiza, 1994.

Cooper, D. *The International Undertaking on plant genetic resources*. Review of European Community and International. Environmental Law. Basil Blackwell Ltd. Vol.2. London, UK, 1993.

Craig, Donna; Ponce, Diana. UNEP's New Way Forward: Environmental Law and Sustainable Development. *Indigenous Peoples Rights and Environmental Law*. United Nations Environment Programme. 1995.

Crucible Group. *People, plants and patents: the impact of intellectual property on biodiversity, conservation, trade, and rural society*. International Development Research Centre. Ottawa, Canada, 1994.

Cunningham, A.B. *Ethics, ethnobiological research, and biodiversity*. WWF International. Gland, Suiza, 1993.

D.Nakashima. *Conceptualizing Nature: the Cultural Context of Resources Management*. Nature Resources, UNESCO. 1998.

Daes, Erica Irene⁸¹². *Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas*. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Naciones Unidas. 1993.

Daes, Erica Irene. *Actividades normativas evolución de las normas relativas a los derechos de los pueblos indígenas*. Documento de trabajo sobre el concepto de "pueblos indígenas". Comisión de Derechos Humanos Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de la Minorías. Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas. Naciones Unidas 1995.

Dawkins, Kristian; Suppan, Steve. *Sterile Fields: The Impacts of Intellectual Property Rights and Trade on Biodiversity and Food Security*. Institute for Agriculture and Trade Policy. Minneapolis, United States of America. Noviembre de 1996.

De Azqueta, Diego. *El conocimiento indígena sobre la biodiversidad y sus usos*. Revista AMBIEN-TICO. No 54. Universidad Nacional. San José, Costa Rica. Setiembre de 1997.

De Klemm Cyrille, Clare Shine, "Biological diversity conservation and the law. Legal mechanisms for conserving species and ecosystems" Environmental Policy and Law Paper. IUCN, Cambridge, UK. 1993.

⁸¹² Relatora especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías y Presidenta del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas. Naciones Unidas.

En busca de una distribución equitativa de los beneficios de la biodiversidad y el conocimiento indígena

Decisión 391, *Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos*. Comisión del Acuerdo de Cartagena. 2 de julio de 1996.

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. 14 de junio de 1992.

Declaración de Mātātua de los Derechos Intelectuales y Culturales de los Pueblos Indígenas. Nueva Zelanda, junio de 1993.

Declaración del II Foro Mesoamericano y del Caribe sobre los Derechos Intelectuales Comunitarios. San José, Costa Rica, 13 de noviembre de 1998.

Declaración de Cancún del Grupo de Países Mega diversos Afines. México, 18 de febrero del 2002.

Declaración de Cusco del Grupo de Países Mega diversos Afines. Perú, 29 de noviembre del 2002.

Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, Relativa a la Protección Jurídica de las Invencciones Biotecnológicas. Diario Oficial de las Comunidades Europeas. 7 de octubre de 1996.

Directiva 98/44/CE. Parlamento Europeo y Consejo. Relativa a la Protección Jurídica de las Invencciones Biotecnológicas. 6 de junio de 1998.

Directrices de Bonn sobre Acceso a Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización. Decisión VI\24 reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes del Convenio Sobre la Diversidad Biológica. 2002.

Downes, D. R. *New diplomacy for the biodiversity trade: biodiversity, biotechnology and intellectual property in the Convention on Biological Diversity*. *Touros Journal of Transnational*. New York, U.S.A , 1993.

Domínguez, Camilo; Gómez, Augusto. COAMA. Nación y etnias. *Los conflictos territoriales en la Amazonia 1750-1933*. Editorial Disloque. Colombia, 1994.

Dompke, Stephan. *Analysis of concepts of participation of indigenous peoples in biosphere reserves on the basis of document evaluation*. Naturschutzbund Deutschland; German Society for Technical Cooperation. Berlin, 1996.

Dutfield Graham. *Intellectual Property Rights Trade and Biodiversity*. World Conservation Union. Earthscan Publication Ltd, London, 2000.

Environmental and Conservation Council Agencies of Australia and New Zealand. *Access to Australia's Genetic Resources*. Marzo de 1994.

Environmental Law Institute. *Protecting biodiversity: legal mechanisms concerning access to and compensation for the use of genetic resources in the United States of America*. Environmental Law Institute. Washington, D.C, USA, 1998.

Environmental Policy Studies Workshop, School of International and Public Affairs, Columbia University. *Access to genetic resources: an evaluation of the development and implementation of recent regulation and access agreements*. Environmental Policy Studies. Working paper No.4. Washington, D.C. USA, 1999.

Esquinas, Alcázar. The global system on plant genetic resources. Review of European Community and International. Environmental Law. Vol. 2. Basil Blackwell Ltd. London, UK, 1993.

Elizabeth Kemf Forework by Sir Edmund Hillary. *The Law of The Mother. Protecting Indigenous Peoples in Protected Areas*. Sierra Club, 1993.

Espinoza Lizbeth, Aguilar Grethel. *Compendio de legislación indígena con énfasis en protección de sus territorios*. Asociación Regional Indígena del Dikes. Centro de Derecho Ambiental de los Recursos Naturales. San José, Costa Rica, marzo de 1996.

Estados Unidos de Norteamérica. Representade de Comercio (USTR). Reporte "Special 301" año 2000.

Fink, Carsten; Primo, Carlos. *How Stronger Protection of Intellectual Property Affects International Trade Flows*. Documento de Trabajo. Economistas Internacionales, Banco Mundial. Febrero de 1999.

Flitner, Michael; Leskien, Dan; Myers Dorothy. *Review of National Actions on Access to Genetic Resources and IPRs in Several Developing Countries*. WWF. World Wide Fund for Nature, Discussion paper. Gland, Switzerland, 1995.

Food and Agriculture Organization of the United Nations. *Progress Report on the Global System for the Conservation and Utilization of Plant Genetic Resources*. Commission on Plant Genetic Resources. Abril de 1993.

Flitner, M; Myers, D. *Review of national actions on access to genetic resources and IPRs in several developing countries*. WWF International discussion paper: benefiting from biodiversity. Gland, Suiza, 1995.

Flórez Margarita. *Investigación de recursos genéticos en territorio Awá*. Revista Semillas, número 4. Editorial Fundación CEPEC, Colombia, junio de 1995.

Flórez Margarita. Decisión Andina: ¿un paso adelante? Un reto a la capacidad de invención. International Centre For Trade and Sustainable Development Revista Puentes. Entre el comercio y el desarrollo sostenible. Vol.3, No.2. Setiembre - octubre, 2000.

Friends of the Earth. *Intellectual Property Rights and the Biodiversity Convention: The Impact of GATT*. London, UK. Febrero de 1995.

Foro Internacional de ONGs y Movimientos Sociales. *Construyendo un futuro: tratados alternativos de Río 92*. Consejo de la Tierra, CECADE, Universidad Nacional. San José, Costa Rica. 1993.

Fundación GAIA. CEREC. *Derechos territoriales indígenas y ecología*. Editorial Presencia. Colombia, 1992

Fundación GAIA. CEREC. *Reconocimiento y demarcación de territorios indígenas en la Amazonía*. Editorial Presencia. Colombia, 1993.

Fundación GAIA y Genetic Resources Action International (GRAIN). *Ten reasons not to join UPOV*. Global Trade and Biodiversity in Conflict. No 2, Londres/Barcelona. Mayo 1998.

Fundación GAIA y Genetic Resources Action International- GRAIN. *Conflictos entre comercio global y biodiversidad*. Colombia, octubre de 1998.

García López, José Luis. *Problemas éticos de las biopatentes*. Centro de Investigaciones Biológicas (CSIC).

Granados, Rocha. *Anteproyecto de ley marco para la protección, conservación, uso y gestión de la diversidad biológica y los recursos biogenéticos*. Dossier sobre política de recursos genéticos y biodiversidad. Bogotá, Colombia, 1994.

Genetic Resources Action International GRAIN. *Biodiversity Sell-out in the Andean Pact?* SEEDLING. Quarterly Newsletter of Genetic Resources Action International. Vol.12 No.1. España. Marzo, 1995.

Genetic Resources Action International GRAIN. *El derecho de los pueblos a la biodiversidad*. Revista Biodiversidad. Número.6. Barcelona, España. Diciembre de 1995.

Genetic Resources Action International- GRAIN *Towards a biodiversity community rights regime*. Barcelona, España. Diciembre de 1995.

Genetic Resources Action International GRAIN. *Sui Générés A Dead End Alley*. SEEDLING. Quarterly Newsletter of Genetic Resources Action International. Vol.13. No.4. España. December 1996.

Genetic Resources Action International GRAIN. *Hacia un Régimen de Derechos Comunitarios sobre Biodiversidad*. Revista Biodiversidad. No.7. Barcelona, España, Abril de 1996.

Genetic Resources Action International GRAIN. *Signpost to sui générés rights*. Nueve artículos bajo diferentes autores sobre sistemas *sui générés* de protección. Barcelona, España, febrero 1998.

Genetic Resources Action International GRAIN. *Patentes "libre" comercio y negociaciones internacionales*. Revista Biodiversidad. No.17. Barcelona, España. Octubre de 1998.

Genetic Resources Action International GRAIN, La Fundación GAIA. *Derechos de propiedad intelectual y biodiversidad mitos económicos*. Revista Biodiversidad. Número. 18, Barcelona, España. Diciembre de 1998.

Genetic Resources Action International GRAIN, The GAIA Foundation. *Conflicto entre Comercio global y biodiversidad. Conflictos entre derechos de propiedad intelectual de la OMC y la gestión sostenible de la biodiversidad*. Barcelona, España. Abril 1998.

Genetic Resources Action International GRAIN, The GAIA Foundation. *Conflicts between the WTO regime of intellectual property rights and sustainable biodiversity management*. Conflict between Global Trade and Biodiversity in Conflict. Issue No.1, España. April 1998.

Genetic Resources Action International GRAIN-CAMBIOS. *Patentes, piratería y falsas promesas*. Programa Cambios. San José, Costa Rica. Junio de 1998.

Genetic Resources Action International- GRAIN. *Trips versus CBD conflicts between the WTO regime of intellectual property and sustainable biodiversity*. Global trade and management of biodiversity in conflict. Issue 1. Barcelona, España. April 1999.

Genetic Resources Action International- GRAIN. TRIPs versus Biodiversity. What to do with the 1999 review of article 27.3(b). Barcelona, España. May 1999.

Genetic Resources Action International- GRAIN. *Nuevos avances en defensa de los derechos colectivos*. Revista Biodiversidad. Número.19. Barcelona, España, junio de 1999.

Genetic Resources Action International- GRAIN. *TRIPs versus Biodiversity what to do with the 1999 review of art. 27. 3(b)*. Barcelona, Spain, Mayo 1999.

Genetic Resources Action International- GRAIN. *Patents and Pirates*. Barcelona, España. July 2000

Genetic Resources Action International- GRAIN. *Andean Community adopts new IPR law*. Barcelona, España. Octubre, 2000

Genetic Resources Action International- GRAIN . *For a Full review of TRIPs 27.3 (b): An Update on Where Developing Countries Stand with the Push to Patent Life at the WTO*. Barcelona, Spain. Marzo 2000.

Genetic Resources Action International- GRAIN. *Biodiversity for sale. Dismantling the hype about benefit sharing*. Barcelona. España. Abril 2000.

Giroto, Pascal. *El uso sostenible de recursos naturales vivientes en mesoamérica: hacia una síntesis*. Documento preparado para la Iniciativa de Uso Sostenible de la UICN. Julio del 2000.

Gómez de Liaño, E. *Diccionario Jurídico*. Editorial Forum. España. 1996

Glowka, Lyle. *Determining access to genetic resources and ensuring benefit-sharing: legal and institutional considerations for State providing genetic resources*. Global Biodiversity Forum. Gland, Switzerland, 1995.

Glowka, Lyle; Burhenne, Françoise; y otros. *Guía del Convenio sobre la Diversidad Biológica*. IUCN, Switzerland and Cambridge, 1996.

Glowka, Lyle. *Legal and Institutional Considerations for States Providing Genetic Resources. Access to Genetic Resources. Strategies for Sharing Benefits*. African Centre for Technology Studies, World Resources Institute, Environmental Law Center. 1997.

Glowka, Lyle. *A Guide to Designing Legal Frameworks to Determine Access to Genetic Resources*. IUCN, Gland, Switzerland and Bonn. 1998.

Greaves, T. *Intellectual property rights for indigenous peoples: a source book*. Society for Applied Anthropology. Oklahoma city, OK, USA. 1994.

Hecht, Susana; Cockburn, Alexander. *La suerte de la selva*. Colonizadores, destructores y defensores del Amazonas. Editorial Uniandes. Colombia, setiembre de 1993.

Hendrickx, F; Koester, V; Prip, C. *Convention on Biological Diversity. Access to Genetic Resources: A Legal Analysis*. Environmental Policy And Law. No 23. 1993.

Henne, Gudrun. *Mutually Agreed Terms in the CBD. Requirements under Public International Law*. Access to Genetic Resources. Strategies for Sharing Benefits. African Centre for Technology Studies, World Resources Institute, Environmental Law Center. 1997.

Hogland, K; Rossman A. *Global genetic resources: access, ownership and intellectual property rights*. Association of systematics collections. Washington, D.C. USA. 1997.

Iglesias Prada, Juan Luis. *La protección jurídica de los descubrimientos genéticos. Cuadernos de Derecho Europeo Farmacéutico*. La Patente Farmacéutica. Instituto de Derecho y Ética Industrial, Centro de Estudios de Derecho Europeo Farmacéutico. Vol II. Número 5. España. 1996.

Instituto Nacional de Biodiversidad de Costa Rica. Acuerdo de Cooperación entre el Instituto Nacional de la Biodiversidad de Costa Rica y el Ministerio de Recursos Naturales Energía y Minas. 1994.

Instituto Nacional de Biodiversidad de Costa Rica. Acuerdo de Colaboración para Investigación. Machotes utilizados por el Instituto Nacional de Biodiversidad de Costa Rica.

International Centre for Trade and Sustainable Development. *Órgano de Solución de Diferencias establece panel para examinar Sección 301*. Revista Puentes. Entre comercio y el desarrollo sostenible. Vol.1, No.4. Febrero-marzo, 1999.

International Centre for Trade and Sustainable Development. *North-South Divide Splits Trips Council*. Bridges Weekly Trade News. Digest Volumen 3, Number 42. Geneva, Switzerland, 25 de octubre de 1999.

International Centre for Trade and Sustainable Development. *Seattle Fails To Launch New Round; WTO Ministerial Negotiations Suspended*. Bridges Weekly

Trade News. Digest Volumen 3, Number 47. Geneva, Switzerland, 8 de diciembre de 1999.

International Centre for Trade and Sustainable Development. *Consejo de los ADPIC Examina Artículo 27.3 (b)*. Puentes. Entre Comercio y el Desarrollo Sostenible. Vol 2, No.4, febrero, marzo 2000.

International Centre for Trade and Sustainable Development. *Developing Countries and TRIPs: a case for a full-fledged review of article 27.3 (b)*. Bridges. Between Trade and Sustainable Development. Year 4, No.2, March 2000.

International Centre for Trade and Sustainable Development. *Access benefit-sharing and traditional knowledge*. Bridges. Between Trade and Sustainable Development. Year 4. No.3, April 2000.

International Centre for Trade and Sustainable Development. *OMC Caliente Motores*. Puentes. Entre Comercio y el Desarrollo Sostenible. Vol 3, No.1, junio, agosto 2000.

International Centre for Trade and Sustainable Development. *Traditional Knowledge, Bio-piracy and TRIPs*. Bridges. Between Trade and Sustainable Development. Year 4. No.6, July-August 2000.

International Centre for Trade and Sustainable Development. *Biodiversidad y Propiedad Intelectual*. Revista Puentes. Entre Comercio y el desarrollo sostenible. Vol.3, No.2. Setiembre-octubre, 2000.

International Institute for Sustainable Development. *Highlights from the Experts' Panel on Access and Benefit-Sharing*. Earth Negotiations Bulletin. Vol. Número.9, del 6 de octubre de 1999.

Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt. *Propiedad de los recursos genéticos*. Biosíntesis, No.1, 1997.

Jacanimijoy Antonio. *Iniciativas para la Protección de los Derechos de los Poseedores de Conocimientos tradicionales, Pueblos Indígenas y Comunidades Locales*. Mesa Redonda sobre propiedad intelectual y conocimiento tradicional. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, junio de 1998.

Jaquenod de Zsogon, Silvia. *El derecho ambiental y sus principios rectores*. Editorial Dykinson. España. 1991.

Johnson, Sam; Yamin, Faharna. *Intellectual Property Rights and Access to Genetic Resources*. Access to Genetic Resources. Strategies for Sharing Benefits.

African Centre for Technology Studies, World Resources Institute, Environmental Law Center. 1997.

Junta del Acuerdo de Cartagena. *Resolución 415, Adopción del Modelo Referencial de Contrato de Acceso a Recursos Genéticos*. 22 de julio de 1996.

Kate,K; Laird, S; Touche.L. *Placing access to genetic resources and benefit-sharing in the commercial context: a study of private sector demand, practices and perspectives*. Unpublished. USA, 1998.

Kate,K; Laird, S. *The commercial use of biodiversity. Access to genetic resources and benefit-sharing*. Earthscan Publications. Londres, UK, 1999.

Khalil,M.H; Reid,W.V; Juma,C. *Property rights, biotechnology and genetic resources. Biopolicy International*. ACTS Press. Nairobi, Kenya.1992.

Ketley, H. *Cultural diversity versus biodiversity*. Adelaide Law Review. Vol. 16 (1). University of Adelaide. Australia 1994.

Kelley, J. *Microorganisms, indigenous intellectual property rights and the Convention on Biological Diversity*. Microbial Diversity and Ecosystem Function. Wallingford, UK, 1995.

Lettington, Robert; Manek, Mita. *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights and the Convention on Biological Diversity: Synergies and Conflicts*. Documento UNEP/CBD/ISOC/Inf.3. Marzo de 1999.

Leskien, Dan; Flitner Michel. *Intellectual Property Rights and Plant Genetic resources: for a sui generis system*. Issues in Plant Genetic Resources, No.6. International Genetic Resource Institute. Roma, junio 1997.

Lesser, William. *The Elements of an Effective sui generis System for the Protection of Varieties*. Documento presentado en el Taller regional sobre la Protección de Variedades bajo el artículo 27.3(b) del ADPIC. UPOV, OMPI, OMC. Bangkok, 18-19 marzo 1999.

Ley 3/200. Régimen Jurídico de la Protección de las Obtenciones Vegetales. España, 7 de enero del 2000.

Ley de Biodiversidad de Costa Rica. No 7788, del 30 de abril de 1998.

Ley que Establece el Régimen de Protección de los Conocimiento Colectivos

En busca de una distribución equitativa de los beneficios de la biodiversidad y el conocimiento indígena

de los Pueblos Indígenas Vinculados a los Recursos Biológicos. Comisión Permanente del Congreso de la República del Perú. Ley No. 27811 del 24 de julio del 2002.

Ley 4.780, Ley de Diversidad Biológica, del 24 de mayo del 2000. Venezuela.

Ley de Recursos Genéticos Acceso, Utilización Distribución de beneficios de Nepal. Número 2058. 2001

Ley de Biodiversidad de la India (The Biological Diversity Act). 2002.

Ley Modelo de la Organización de la Unidad Africana para la Protección de los Derechos de las Comunidades Locales, los Agricultores y los Mejoradores, y para la Regulación del Acceso a los Recursos Biológicos. 1998.

López, Atencio. *Iniciativas para la Protección de los Derechos de los Titulares del Conocimiento Tradicional, las Poblaciones Indígenas y las Comunidades Locales*. Mesa redonda sobre propiedad intelectual y pueblos indígenas. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Ginebra, 6 de julio de 1998.

López, José M; Fresquet; F, Luis; López, Maria; L Pardo; José. *Medicinas, drogas y alimentos vegetales del nuevo mundo. Textos e imágenes españolas que los introdujeron en Europa*. Editorial, Ministerio de Sanidad y Consumo de España. 1992.

Naciones Unidas. *Estudio sobre las personas pertenecientes a minorías étnicas religiosas o lingüísticas*. Documento. New York, 1991.

Naciones Unidas. *Informe del Segundo Seminario sobre el Establecimiento de un Foro Permanente para los Pueblos Indígenas en el Sistema de Naciones Unidas*. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. Santiago, Chile, julio de 1997.

Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías. Cuarenta ochoavo período de sesiones. *Proyecto de Informe de la Subcomisión*. Documento E/Cn.4/Sub.2/1996/L.11/Add.3. 29 de agosto de 1996.

Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección

de las Minorías. Cuarenta ochoavo período de sesiones. *Discriminación contra las poblaciones indígenas*. Documento E/Cn.4/Sub.2/1996/21. 16 de agosto de 1996.

Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías. Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas. *Informe del Seminario de Expertos sobre las Experiencias Prácticas en Materia de Derechos y Reivindicaciones sobre Tierras Indígenas*. Documento e/Cn.4/Sub.2/Ac.4/1996/6. 25 de mayo de 1996.

Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. 52 periodo de sesiones. *Informe de trabajo sobre la resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos sobre la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas*. Documento E/CN.4/1996/84. 4 de enero de 1996.

Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías. 46 período de reuniones. *Examen Técnico de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Poblaciones Indígenas*. Documento e/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1. 20 de abril de 1994.

Naciones Unidas. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y el Desarrollo. Programa 21. Brasil, Río de Janeiro, junio de 1992.

Naciones Unidas. Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible. Johannesburgo, Sur frica. Setiembre del 2002.

Neri, Rolando. El Descubrimiento de la Quinina. Artículo del Excelsior, Ediciones Especiales número 11. México, Distrito Federal. 12 de agosto de 1992.

Nieto Palacios, Ana Maria. *Formas de empleo de especies vegetales*. Revista Industria Farmacéutica. Mayo-junio, 1991.

Normas Generales para el Acceso a los Elementos y recursos genéticos y Bioquímicos de la Biodiversidad. Costa Rica. Decreto DAJ-D-020. Ministerio de Ambiente y Energía. 2003.

Novoa Monreal, Eduardo. *Causalismo y finalismo en el derecho penal*. Editorial Juricentro. Costa Rica 1980.

Madrigal, P; Solís, V; Ayales, I; Torres, R; Arrivillaga. A. *Sobre el conocimiento tradicional de la vida silvestre y el derecho consuetudinario*. UICN, Mesoamérica.1999.

Madrigal, P; Solís, V. Comanejo: *Una Reflexión Conceptual desde Coope Sol i Dar*. R.L. San José, Costa Rica. 2004.

McNeely, Jeffrey; Keeton, William. *The Interaction between Biological and Cultural Diversity*. Documento UICN. 1995.

Mata, Alfonso; Quevedo, Franklin. *Diccionario didáctico de ecología*. Editorial Universidad de Costa Rica. 1990.

Manavella, Carlos C. Prolegómenos-Historia. *Curso de Derecho Romano*. Vol I. Editorial ARS, San José. Costa Rica. 1982.

Martín Mateo, Ramón. *Manual de Derecho Ambiental*. Editorial Trivium. España, 1995.

Martín Mateo, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*. Vol III. Editorial Trivium. España, 1997.

Martín Mateo, Ramón. *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Trivium. Decimoctava edición. Madrid, España.1996

Martín Mateo Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental Vol I*. Editorial Trivium. España. 1991.

Marguiles, R.L. *Protecting biodiversity: recognizing international intellectual property rights in plant genetic resources*. Michigan Journal of International Law. Vol.14. University of Michigan Law School. 1993.

Medida Provisoria 2.186-16 que Reglamenta el inciso II, numeral 1 y 4 del artículo 225 de la Constitución, los artículos 1, 8(j), 10 (c), 15 y 16 del Convenio sobre la Diversidad Biológica. 23 de agosto del 2001.

Ministerio de Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente, Secretaría Nacional de Recursos Naturales y Medio Ambiente. Acceso a recursos genéticos. *Régimen común para los países miembros del Acuerdo de Cartagena*. Lima, Perú, 1996.

Ministerio del Medio Ambiente de España. *Estrategia Española para la Conservación y el Uso Sostenible de la Diversidad Biológica*. España .1 de diciembre de 1998.

Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales de Nicaragua. *Borrador de Ley de Biodiversidad de Nicaragua*. Julio, 2000.

Mitsubishi Research Institute, Inc. *The international environment for regulations on access to genetic resources*. Mitsubishi Research Institute, Inc. Draft version. Tokyo, Japan, 1999.

Mugabe, John; V. Barber, Charles; Henne, Gudrun; Glowka, Lyle; La Viña, Antonio. *El manejo del acceso a los recursos genéticos. Hacia estrategias de distribución de beneficios*. *Biopolítica Internacional* Número.17. Editorial Centro Africano de Estudios Tecnológicos. Nairobi, Kenya 1996.

Mugabe, John; V. Barber, Charles; Henne, Gudrun; Glowka, Lyle; La Viña, Antonio. *Access to genetic resources: strategies for sharing benefits*. ACTS Press. Nairobi, Kenya, 1997.

Instituto Alexander Von Humbolt. *Comentarios al Proyecto de Decisión Andina, Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos*. Documento. 26 de setiembre de 1995.

Orden Ejecutiva Número 247 de la República de Filipinas Prescripción de los lineamientos y establecimiento de un marco regulatorio para la bioprospección de los recursos genéticos y biológicos. 1995.

Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. *Sistema Mundial para la Conservación y Utilización de los Recursos Fitogenéticos*. Documento Informativo. Mayo de 1994.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Introducción a las Patentes, Modelos de Utilidad, Dibujos y Modelos Industriales, Indicaciones Geográficas y Marcas*. Mesa Redonda sobre Propiedad Intelectual y pueblos indígenas. Ginebra, 23 y 24 de julio de 1998.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Principales Aspectos de la Propiedad Intelectual*. Mesa Redonda sobre Propiedad Intelectual y pueblos indígenas. Ginebra, 23 y 24 de julio de 1998.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Reporte de Misión a Centroamérica*. Guatemala, Panamá del 17 al 22 de enero de 1999.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Borrador de reporte de misión de búsqueda de hechos sobre propiedad intelectual y conocimiento tradicional (1998-1999)*. Borrador para comentarios julio 3, 2000.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Report on fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge* (1998-1999). Geneva, Switzerland, 2001.

Otten, Adrian. *Implementation of the TRIPs Agreement and prospects for its further development*. Journal of International Economic Law. Vol.1, No.4. Oxford University Press. December 1999.

Palmer Paula. *Wa'apin man. La historia de la costa talamanca de Costa Rica, según sus protagonistas*. San José, Costa Rica. 1986.

Parlamento Europeo. *Resolución sobre las Medidas Internacionales para una Protección Efectiva de los Pueblos Indígenas*. 9 de febrero de 1994.

Parlamento Europeo y Consejo. *Directiva 98/44. relativa a la Protección Jurídica de las Invenciones Biotecnológicas*. 6 de julio de 1998.

Pérez, Efraín. *Analysis of the Policies and Regulations Applicable to Contracts of Access to Genetic Resources*. Ecuador, 1995.

Presidente de la República y el Ministerio de Gobernación y Policía de Costa Rica. *Decreto número 25296-G. 24*, de junio de 1996.

Propuesta de Reglamento sobre Acceso a los Recursos Genéticos. Perú, en consulta pública, mayo del 2000.

Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Resolución 1.994/45 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. 28 de octubre de 1994.

Proyecto de Ley de Acceso a los Recursos Genéticos. Presentado por el Poder Ejecutivo del Gobierno Federal de Brasil. Agosto de 1998, en el Senado.

Proyecto de Ley número 306 de 1995. Sobre Acceso a la Biodiversidad Brasileira e Instrumentos de Control y Acceso a los Recursos Genéticos.

Proyecto de Ley (borrador) de Diversidad Biológica de Venezuela. 2000.

Proyecto de Ley sobre Conservación y Uso sustentable de la Biodiversidad en el Ecuador. Borrador final de discusión, 15 de mayo, 2000.

Proyecto de Ley de Biodiversidad de Nicaragua. Borrador en consulta. Agosto, 2000.

Poff, Cathryn. *Protected area management options for the next century*. Yale University. School of Forestry and Environmental Studies. May, 1996.

Programa de Naciones Unidas. Agenda 21. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Junio de 1992.

Programa de Educación para la Paz. Instituto de Estudios Políticos y Económicos. *La tierra y los acuerdos de paz*. Guatemala, 1999.

Programa de Semillas, Colombia. *Recursos genéticos, para quién?* Revista Semillas. Número 4. Editorial Fundación CEPECS, Colombia, junio de 1995.

Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. *El impacto de los sistemas de los derechos de propiedad intelectual sobre la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y sobre el compartir equitativo de los beneficios de su uso*. Tercera Conferencia de las Partes Contratantes. Documento UNEP/CBD/COP/3/22. Noviembre de 1996.

Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. *Examen de las medidas y directrices nacionales, regionales y sectoriales para la aplicación del artículo 15*. Cuarta Conferencia de las Partes Contratantes. Documento UNEP/CBD/COP/4/23/Rec.1. Mayo de 1998.

Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. *Reporte del Panel de Expertos sobre Acceso y Distribución Equitativa de Beneficios*. Documento UNEP/CBD/EP-ABS/L.5/Rev.1 San José, Costa Rica. Octubre de 1999.

Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. *Acceso a los Recursos Genéticos*. Nota de la Secretaría Ejecutiva. Tercera Conferencia de las Partes Contratantes del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Documento UNEP/CBD/COP/3/20. Octubre de 1996.

Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. *Acceso a los recursos genéticos, compartiendo beneficios, información sobre legislación, administración y política*. Segunda Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Documento UNEP/CBD/COP/2/13. 6 de octubre de 1995

Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. *Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from the Use Of Genetic Resources*. Tercera Conferencia de las Partes Contratantes del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Documento UNEP/CBD/COP/3/Inf.53. Argentina, noviembre de 1996.

Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. *Synthesis of Case-Studies on Benefit Sharing*. Cuarta. Conferencia de las Partes Contratantes del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Documento UNEP/CBD/COP/4/Inf.7. Bratislava, mayo de 1998.

Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. *Arreglos y Distribución de Beneficios para fines científicos y Comerciales*. Panel de Expertos sobre Acceso y Distribución de Beneficios. Documento UNEP/CDB/EP-ABS/L.2 San José, Costa Rica, octubre de 1999.

Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. *Opciones para Arreglos de Acceso y Distribución de Beneficios*. Nota del Secretario Ejecutivo. Panel de Expertos sobre Acceso y Distribución de Beneficios. Documento UNEP/CBD/EP-ABS/2. San José, Costa Rica, octubre de 1999.

Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. *Review of Legislative, Administrative and Policy Measures at National and Regional Levels and Regulatory Procedures and Incentive Measures*. Panel de Expertos sobre Acceso y Distribución Equitativa de Beneficios, Convención sobre la Diversidad Biológica. Documento UNEP/CBD/EP-ABS/L.3. San José, Costa Rica octubre de 1999.

Programa de Naciones para el Medio Ambiente. *Report of the European Workshop on Genetic Resources Issues and Related Aspects*. Reunión Intersesional del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Documento UNEP/CBD/ISOC/INF.5. 30 de junio de 1999.

Programa de Naciones para el Medio Ambiente. *Patents Using Biological Source Material, Mention of the Country of origin in Patents Using Biological Source Material*. Submission by the Government of Spain. Cuarta Conferencia de las Partes Contratantes del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Documento UNEP/CBD/COP/4/inf.30. Bratislava, Slovakia, 15 de mayo de 1998.

Programa de Naciones para el Medio Ambiente. Examen de *las Opciones de Mecanismos de Acceso y Distribución de Beneficios*. Nota del Secretario Ejecutivo. Reunión del Período entre sesiones sobre Funcionamiento del Convenio. Documento UNEP/CBD/ISOC/3. Montreal, Canadá. Junio de 1999.

Programa de Naciones para el Medio Ambiente. *Acceso a los Recursos Genéticos y Modalidades para una Distribución Justa y Equitativa de los Beneficios*. Estudio del caso sometido por Suiza. Cuarta Conferencia de las Partes Contratantes del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Slovakia, mayo de 1998.

Programa de Naciones para el Medio Ambiente. *Acceso a los Recursos Genéticos. Nota del Secretario*. Quinta Conferencia de las Partes Contratantes del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Nairobi 15-26, mayo del 2000.

Programa de Naciones para el Medio Ambiente. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Aplicación del Artículo 8(j) y Disposiciones Conexas*. Quinta Conferencia de las Partes Contratantes del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Slovakia, mayo de 1998.

Proyecto de Ley sobre Acceso a los Recursos Genéticos de la Diversidad Biológica. Argentina. 2002.

Proyecto de Ley de Régimen de Acceso a los Recursos Genéticos de la Diversidad Biológica de Madagascar.

Poole, Peter. *Desarrollo de trabajo conjunto entre pueblos indígenas, conservacionistas y planificadores del uso de la tierra en América Latina*. Banco Mundial. Departamento Técnico para América Latina y el Caribe, 1989.

Posey, Darell. *Intellectual property rights and just compensation for compensation for indigenous knowledge*. Legal Aspects of the preservation of the environment and development in the last open spaces. Graham and Trotman. London UK. 1993.

Posey, Darell. *Indigenous peoples and traditional resources rights: a basis for equitable relationships?* Green College Centre for Environmental Policy and Understanding. Oxford, UK, 1995.

Posey, Darell. *Traditional Resources Rights*. IUCN. Switzerland and Cambridge, Uk. 1996.

Posey, Darell. *Beyond intellectual property: toward traditional resources rights for indigenous peoples and local communities*. International Development Research Centre. Ottawa, Canada, 1996.

Posey, Darell. *Indigenous rights to diversity*. Heldref publications. Washington, DC, USA, 1996.

Reglamento de la Decisión 391 sobre un Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos de Bolivia. Decreto Supremo número 24676 del 21 de junio de 1997.

Red de Biodiversidad de los Pueblos Indígenas. *Declaración de los Pueblos Indígenas sobre Acceso y Derechos de Propiedad Intelectual*. Diciembre de 1995.

República de Filipinas. Orden Ejecutiva Número. 247. 18 de mayo de 1995.

Reid, Walter y otros. *Prospección de la Biodiversidad*. World Resources Institute; Instituto Nacional de Biodiversidad, Costa Rica; Rainforest Alliance, African Centre for Technology Studies. San José, Costa Rica. Noviembre 1994.

Reid, Walter; Barber, Charles; La Viña, Antonio. *Translating Genetic Resources Rights into Sustainable Development: Gene Cooperatives, the Biotrade and Lessons from the Philippines*. Plant Genetic Resources Newsletter. No.102. 1995.

Rodríguez Echandi, Carlos Manuel. *Cuestiones legales: contratos, propiedad intelectual y otros derechos de propiedad*. Organización Panamericana de la Salud. Publicación científica número 560. Washington, 1996.

Rodríguez Silvia, Camacho Antonieta. La bioprospección frente a las Nuevas Dimensiones de la Responsabilidad. Ponencia presentada en taller internacional: Responsabilidad de los negocios para la protección ambiental en los países subdesarrollados. Universidad Nacional de Costa Rica. Programa Cambios, 1997.

Ruiz, Manuel. *La diversidad biológica y algunas consideraciones sobre acceso a recursos genéticos, propiedad intelectual y transferencia de tecnologías*. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Lima, Perú. Marzo de 1996.

Ruiz, Manuel. *Entre el acceso a los recursos genéticos, los derechos de propiedad intelectual y la protección de los conocimientos tradicionales de comunidades indígenas y locales*. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Programa de Biodiversidad. Serie de Política y Derecho Ambiental. Lima, Perú. Octubre de 1997.

Ruiz, Manuel. *Protecting Indigenous Peoples Knowledge a Policy and Legislative Perspective from Perú*. Policy and Environmental Law Series. Number. 3. Mayo de 1999. Lima, Perú.

Ruiz, Manuel. *Decisión Andina: ¿un paso adelante? Estableciendo sinergias entre el CDB y el régimen de propiedad industrial*. International Centre For Trade and Sustainable Development. Revista Puentes. Entre el comercio y el desarrollo sostenible. Vol.3, No.2. Setiembre-octubre, 2000.

Sánchez, Enrique; Roldán, Roque; Sánchez, María F. Derechos e identidad: los pueblos Indígenas y Negros en la Constitución Política de Colombia de 1991. 1a. ed. Bogotá. Edición patrocinada por el Programa de Consolidación del Amazonía y la Unión Europea. Disloque Editores, 1993.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto Número. 796-91, 26 de abril de 1991.

Salis, Eli. *La patente de productos farmacéuticos en el Mercosur*. Alicante, España. Junio de 1995.

Shelton, Dinah. *Fair Play, Fair Pay: Preserving Traditional Knowledge and Biological Resources*. Yearbook of International Environmental Law. Volumen 5. Clarendon Press. Oxford. 1995

Shiva, Vandana. *Biodiversity: a third world perspective*. The Third World Network. Pulau Pinang, Malaysia, 1993.

Shiva, Vandana. *Intellectual property rights may block biodiversity conservation and affect local community rights*. Biodiversity Convention Briefings. No.7. Third World Network. Penang, Malaysia. 1993.

Secretaría Pro Tempore del Tratado de Cooperación Amazónica. *Memorias de Taller sobre Protección de Conocimientos y Tecnologías sobre la Biodiversidad Amazónica*. Iquitos, Perú, mayo de 1996.

Singh, Nijar. *Towards a legal framework for protecting biological diversity and community intellectual rights: a third world perspective*. Third World Network. Penang, Malaysia. 1994.

Singh, Nijar. *The implications of the intellectual property rights regime of the Biodiversity Convention and the GATT on biodiversity conservation. A third world perspective*. Third World Network Biodiversity Briefings. Penang, Malaysia. 1994.

Singh, Nijar. *TRIPs and biodiversity. The threat and responses: a third world view*. Third World Network. Penang, Malaysia. 1996.

Simpson, David; and A. Sedjo, Roger. *Contracts for Transferring Rights to Indigenous Genetic Resources*. Resources for The Future. Número. 109. Fall 1992.

Sittenfeld, Ana. *Strategies for Bioprospecting*. Instituto Nacional de Biodiversidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 1994

Sittenfeld, Ana; Lovejoy, Annie. *Biodiversity Prospecting Frameworks: The INBIO Experience in Costa Rica*. San José, Costa Rica, marzo de 1994.

Stavenhagen, Rodolfo; Iturralde, Diego. *Entre la ley y la costumbre, el derecho consuetudinario indígena en América Latina*. Instituto Indígenista Interamericano. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. México, 1990.

Stokes, Kathryn; Mugabe, John. *Biotechnology, Trips and the Convention on Biological Diversity*. Documento UNEP/CBD/ISOC/inf.3. Marzo de 1999.

Stone, C.D. *What to do about biodiversity? Property rights, public goods and the earth's biological riches*. Southern California Law Review. University of Southern California. Los Angeles, USA. 1995.

Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Acceso a Recursos Genéticos. Propuestas e Instrumentos Jurídicos. Editores I. Lapeña y Manuel Ruiz. Perú, mayo del 2004.

Solís, V; P, Madrigal; I. Ayales. *Uso sostenible de la biodiversidad en Mesoamérica: hacia una profundización de la democracia*. Unión Mundial para la Naturaleza. San José, Costa Rica. 1997.

Solís, Vivian. *Reporte de la reunión sobre el Panel de Expertos sobre Acceso y Distribución Equitativa de Beneficios*. Documento interno UICN. Mesoamérica. Octubre de 1999.

Suikkari, Satu. *How to Implement The New Regime Regulating Access to Genetic Resources and The Sharing of Their Benefits*. Nordic Workshop on The Effectiveness of Multilateral Environmental Agreements. Helsinki, Finland. September 1995.

Sukhwani Asha. *El Convenio de Biodiversidad y las patentes de material biológico*. Documento. Oficina Española de Patentes y Marcas. 1996.

Sutherland Johanna. *Emerging New Legal Standards for Comprehensive Rights for Indigenous Peoples: Future Directions for Environmental Lawyers*. Workshop paper for IUCN Environmental Law Commission. Octubre de 1996.

Swaminathan Research Foundation. *Methodologies for recognizing the role of informal innovation in the conservation and utilization of plant genetic resources*. Swaminathan Research Foundation. Madras, India, 1994.

Swaminathan Research Foundation. *Technical consultation on an implementation framework for farmers rights. Suggestions on the way forward*. Technical consultation on agro biodiversity and farmers rights. Madras, India, 1996.

Swaminathan, M.S. *Framers rights. Fair shares for all in progress towards saving India's genetic diversity*. Plant Talk. The Botanical Information Company. Richmond, UK, 1995.

Swaminathan, M.S. *The new Biology and an ever green revolution*. Documento presentado en el 50, aniversario de la Unión Mundial para la Conservación. Fontaneblue, Francia, 1998.

Svarstad, H. *Biodiversity prospecting: Biopiracy or equitable sharing or benefits?* Centre for Development and the Environment. University of Oslo. Oslo, Norway, 1995.

Tacconi, L; Bennett, J. *Implications of Intergenerational equity for biodiversity conservation*. Vanuatu forest conservation research report. No.2. University of New South Wales - Department of Economics and Management. Canberra, Australia.

Talbott, Kirk. Thailand Development Research Institute. *Implementing the Convention on Biological Diversity: Developing Linkages with local Communities*. Vol.10. Number. 2, 1995.

Ten Kate Kerry. *Biopiracy or green petroleum?* Expectations and Best Practice in Bioprospecting. Overseas Development and Administration (ODA), London, 1995.

Ten Kate, Kerry; Laird, Sarah; Touche, Laura. *Placing Access to Genetic Resources and Benefit - Sharing in the Commercial Context: A study of Private Sector Demand, Practices and Perspectives*. Institute for Prospective Technical Studies of the Joint Research Centre of the European Commission. December 1998.

Thai Network on Community Rights and Biodiversity (BIOTHI) and Genetic Resources Action International- GRAIN. Signpost to sui generis rights. Resource material from the seminar on sui generis rights. Bangkok, December 1998.

Thayer. Living and loving life sciences. Chemical & Engineering News 76 (47).1998.

The United Nations University; International Centre For Trade and Sustainable Development. *Trade environment and sustainable development: views from sub-saraban Africa and Latin America*. 2000.

Thumm, Nikolaus. *Patentes para proteger inventos biológicos: un incentivo para los innovadores europeos en biotecnología*. Reporte IPIS. España, Sevilla, 1999.

Tobin, Brendan. *Protecting Indigenous and Local Community Rights. Reflection on some lessons learned the hard way*. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Lima, Perú. Agosto de 1996.

Toledo, Victor; Batis, Ana; Becera, Roslaba; Martínez, Estaban; Ramos, Clara. *La selva útil etnobotánica cuantitativa de los grupos indígenas del trópico Húmedo de México*. Revista Interciencia. Volumen 20. México D.F. Julio-agosto de 1995.

Tratado Internacional de la FAO sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura. FAO, 2001.

Tribunal Superior Contencioso Administrativo de Costa Rica. Votos número 591-35 y 592-35. 6 de abril de 1983 Voto 589-35, Juzgado Segundo de los Contencioso Civil y Hacienda. 1990.

UNESCO. *Biosphere reserves: The Seville Strategy and the Statutory Framework of the World Network*. UNESCO, Paris, Francia. 1996.

Unión Europea, IUCN. *Salud y Biodiversidad. Biodiversidad en Breve # 7*

Unión Mundial para la Naturaleza; Banco Interamericano de Desarrollo. *Parques y Progreso*. IV Congreso mundial de parques y áreas protegidas. 1993.

Unión Mundial para la Naturaleza. Centro de Derecho Ambiental. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. *Hacia un marco legal para regular el acceso a los recursos genéticos en el Pacto Andino*. Reporte técnico elaborado para la Junta del Acuerdo de Cartagena. Octubre de 1994.

Unión Mundial para la Naturaleza. *Summary report of the Latin America Biodiversity Forum*. Santa Marta, Colombia, 1996.

Unión Mundial para la Naturaleza. *Indigenous Peoples and Sustainability. Cases and Actions*. Inter-commission task force on indigenous peoples. The Netherlands, 1997.

Unión Mundial para la Naturaleza. *Reporte del Foro Global de Biodiversidad*. Gland, Suiza. 1994.

Unión Mundial para la Naturaleza. *Reporte del III. Foro Global de Biodiversidad*. Jakarta, Indonesia. 1995.

Unión Mundial para la Naturaleza. *Reporte del XIII. Foro Global de Biodiversidad*. San José, Costa Rica, 1999.

United Nations. General Assembly. Fifty -First Session. Resolution 51/78. *International Decade of the World's Indigenous People*. February 1997.

United Nations . *Rio Declaration on Environment and development application and implementation*. Economic and Social Council. Commission on Sustainable Development. Fifth Session. April 1997.

United Nations. Economic and Social Council. Commission on Human Rights. Sub commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. *Discrimination against Indigenous Peoples*. 21 de junio de 1995.

United Nations. General Assembly. Fifty-first session. *Programme of Activities of The International Decade of the World's Indigenous People*. 14 de octubre de 1996.

Universidad de Costa Rica. *Mesoamérica en Cifras*. Observatorio del Desarrollo Sostenible. San José, Costa Rica. 2002.

Valdivia Dounce, Teresa. *Usos, costumbres de la población indígena de México*. Instituto Nacional Indigenista. México, 1996.

Van Dam, Chris. *La tenencia de la tierra en América Latina: el estado del arte de la discusión en la región*. Documento preparado para la Iniciativa de Uso Sostenible, UICN. Agosto de 1999.

Vandana, Shiva; Holla-Bhar, Radha. *Intellectual Piracy and The Neem Patents*. The Neem Campaign. Research Foundation for Science, Technology and Natural Resources Policy. New Delhi, India. 1993.

Vázquez, Lucía. *Acceso comunitario a los recursos genéticos*. Revista Biodiversidad. España 1994.

Velez, Germán. *Alternativas a los sistemas dominantes de propiedad intelectual*. GRAIN. Revista Biodiversidad. Número. 4. Barcelona, España. Junio de 1995.

Vicente, Carlos. *Biodiversidad y plantas medicinales*. Centro de Estudios de Tecnologías Apropriadas. Argentina, 1994.

Victor Barber, Charles; La Viña, Antonio. *Regulating Access to Genetic Resources: The Philippines Experience*. Access to Genetic Resources. Strategies for Sharing Benefits. African Centre for Technology Studies, World Resources Institute, Environmental Law Center. 1997.

Walden, Ian. *Intellectual Property in Genetic Sequences*. Revista RECTEL, Volumen 2. Editorial Basil Blackwell Ltd. Oxford, UK. 1993.

Witmeyer, D. *The Convention on Biological Diversity changes rules of the game for international plant genetic resources regime*. Genetic Resources Communications Systems Inc. Bethesda, USA. 1994.

World Conservation Union. Guidelines for Protected Area Management Categories, Gland, Switzerland and Cambridge, UK. 1994.

World Intellectual Property Organization. *Draft report on fact-finding missions on intellectual property and traditional knowledge* (1998-1999). Draft for comment- July 3, 2000.

World Intellectual Property Organization. *Report on fact-finding missions on intellectual property and traditional knowledge* (1998-1999). Geneva, Switzerland, 2001.

Wynberg Rachel in collaboration with GAIA/GRAIN. Global Trade and Biodiversity in Conflict. *Privatizing the means for survival: The commercialization of Africa's Biodiversity*. Issue No.5, may 2000.

Zeledón, Ricardo. *Código Ambiental*. Editorial Porvernir. San José, Costa Rica, Julio de 1999.

Zerner, Charles. *Justice and Conservation. Insights from people, plants and justice. The politics of nature conservation*. The Rainforest Alliance, New York. 1999.

Acrónimos

ADN:	ácido desoxirribonucleico
ADPIC:	Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio.
CDB:	Convenio sobre la Diversidad Biológica
CFP:	Consentimiento fundamentado previo
CNUMAD:	Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo
DPI:	Derechos de Propiedad Intelectual
FAO:	Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura
INBio:	Instituto Nacional de Biodiversidad
OIT:	Organización Internacional del Trabajo
OMC:	Organización Mundial del Comercio
OMPI:	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
ONG:	Organización no gubernamental
PNUMA:	Programa Naciones Unidas para el Medio Ambiente
PI:	Propiedad Intelectual
TRIPs:	Agreement on Trade Related Intellectual Property Rights (ADPIC)
UICN:	Unión para la Conservación de la Naturaleza
UNESCO:	United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization

Índice

Agradecimientos.....	5
Prólogo.....	7
Introducción.....	11

Capítulo I

Antecedentes

1. Historia del Estado, los indígenas y los recursos naturales.....	21
1.1 Los primeros viajeros en busca de plantas.....	21
1.2 Territorios indígenas y áreas protegidas.....	24
1.3 Territorios indígenas y áreas protegidas desde la perspectiva de Latinoamérica.....	33
1.4 Territorios Indígenas perspectiva legal.....	35
1.5 Áreas protegidas perspectiva Legal.....	38
1.6 La acción de la UICN.....	40
2. Historia de la diversidad biológica como recurso comercial.....	42
2.1 La Diversidad Biológica.....	42
2.2 La diversidad biológica en la esfera económica.....	43

Capítulo II

Definición conceptos

1. Definición de diversidad biológica.....	47
2. Definición de conocimiento tradicional.....	49
3. Definición de pueblo indígena: la evolución del concepto.....	54

Capítulo III

Instrumentos internacionales para la protección de los derechos indígenas sobre la biodiversidad y el conocimiento tradicional

1 Antecedente.....	65
2 Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	68
3 Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente.....	70
4 La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo.....	69
4.1 Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo.....	70

4.2	La Agenda 21	71
5.	Convenio sobre la Diversidad Biológica	74
6.	Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas	75
7.	Grupo de Trabajo Abierto Intersesional.....	76
8.	Foro Permanente de Grupos Indígenas.....	76
9.	Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas.....	78
10.	Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes	79
11.	Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	81
12.	Declaración de Mataatua de los Derechos Intelectuales y Culturales de los Pueblos Indígenas	82
13.	Declaración del II Foro Mesoamericano y del Caribe de Derechos Intelectuales Comunitarios.....	83
14.	Declaración de Santa Cruz de la Sierra, sobre propiedad intelectual y pueblos indígenas	84
15.	Carta de la Tierra de los Pueblos Indígenas. Declaración Kari-Oca	85
16.	La Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.....	86
17.	La Declaración de Cancún del Grupo de Países Megadiversos Afines	87
18.	La Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible	89
19.	La Declaración de Cusco del Grupo de Países Megadiversos Afines	90
20.	La Declaración de Kimberly.....	90
21.	La Declaración de Leticia.....	91
22.	La Declaración de Corobici.....	91

Capítulo IV

Los pueblos indígenas y la acción de los Estados

1.	Principales preocupaciones	93
2.	Convenio sobre la Diversidad Biológica, pueblos indígenas y distribución de beneficios	96
2.1	El Organo Subsidiario de Asesoramiento Científico Técnico y Tecnológico.....	96
2.2	II y III Reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes del CDB	97
2.3	IV Reunión de la Conferencia de la Partes Contratantes	98

2.4	Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre Acceso y Distribución de Beneficios.....	99
2.5	El Grupo de Trabajo de Composición Abierta del Artículo 8(j) y disposiciones conexas.....	102
2.6	V Reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes	108
2.6.1	Decisión V/16 artículo 8(j) y disposiciones conexas	108
2.6.2	Decisión V/26 acceso y distribución de beneficios	111
2.7	VI reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes.....	112
2.7.1	Decisión VI/10 Artículo 8(j) y disposiciones conexas.....	112
2.7.2	Decisión VI/24 acceso y distribución de beneficios	115
2.8	VII reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes	115
2.8.1	Decisión VII/16 artículo 8(j) y disposiciones conexas	116
2.8.2	Decisión VII/19 y el Grupo de Países Megadiversos Afines	117
3.	Derechos indígenas en la legislación nacional.....	119
3.1	Avances nacionales en ámbito constitucional.....	121
4.	Derecho consuetudinario	128
4.1	Derecho consuetudinario y el CDB.....	130
4.2	Derecho consuetudinario y sistemas de propiedad intelectual.....	134

Capítulo V

El Convenio sobre la Diversidad Biológica y la distribución equitativa de beneficios

1.	Actores principales.....	137
2.	El Estado y las comunidades indígenas.....	140
3.	El CDB, los pueblos indígenas y la distribución equitativa de beneficios.....	144
4.	Acceso a recursos genéticos en países en desarrollo	147
5.	Recursos fitogenéticos	148
5.1	El CDB y los recursos fitogenéticos para la agricultura y alimentación	151
6.	Desarrollo de la legislación.....	154

Capítulo VI

De los derechos de propiedad

1.	Derechos de propiedad y distribución justa y equitativa de beneficios	159
2.	Derechos de propiedad sobre la tierra - territorios.....	159
3.	Derechos de propiedad sobre los recursos genéticos	168
4.	Derechos de propiedad sobre el conocimiento tradicional.....	173
4.1	Conocimiento tradicional de dominio público.....	179

Capítulo VII

Derechos de propiedad intelectual

1.	Los Derechos de propiedad intelectual.....	185
2.	Los Derechos de propiedad intelectual el Convenio sobre la Diversidad Biológica.....	188
3.	El Acuerdo ADPIC	191
3.1	ADPIC y las patentes	193
3.2	ADPIC y un sistema sui géneris de protección	204
3.3	UPOV como alternativa	207
3.4	La revisión del artículo 27.3 (b) del ADPIC	210
4.	Posibles sanciones comerciales.....	217
5.	El CDB y los ADPIC a la luz del derecho.....	222
6.	Algunas experiencias en el ámbito nacional	224
7.	La Decisión 486. Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Comisión de la Comunidad Andina	228

Capítulo VIII.

Globalización, ADPIC y el conocimiento tradicional

1.	Amenaza o esperanza.....	233
2.	La Organización Mundial del Comercio y el conocimiento tradicional.....	235
3.	La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y el conocimiento tradicional.....	236
3.1	¿Qué piden los Pueblos Indígenas a la OMPI?	238
4.	Valoración económica del conocimiento tradicional.....	239
5.	La globalización, el acceso a los recursos genéticos y el conocimiento tradicional.....	240
6.	El Impacto de la globalización en los derechos humanos.....	244

Capítulo IX

Instrumentos propuestos para la protección del conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos

1.	Derechos comunales o colectivos	247
2.	Mecanismos de protección sui géneris.....	252
2.1	Los derechos intelectuales comunitarios.....	253
2.1.1	Los derechos intelectuales comunitarios sui géneris en Costa Rica	253

2.1.2	Derechos de propiedad sui géneris en Nicaragua	255
2.1.3	Propuesta de derechos sui géneris sobre recursos tradicionales	255
2.1.4	Derechos intelectuales comunitarios.....	256
2.2	Secreto comercial	257
2.2.1	La experiencia del Ecuador	259
2.3	Certificados de legal procedencia o certificados de origen.....	259
2.3.1	Certificados de origen o legal procedencia en Costa Rica	260
2.3.2	Certificados de origen en Madagascar	261
2.3.3	Certificado de depósito de material en la Comunidad Andina de Naciones	261
2.4	Registro de derechos comunitarios.....	262
2.4.1	Registro de derechos comunitarios de la India	263
2.4.2	Registro de derechos intelectuales comunitarios sui géneris en Costa Rica.....	263
2.4.3	Registro de Derechos de Propiedad sui géneris en Nicaragua	264
2.4.5	Registro de Conocimientos Colectivos de Pueblos Indígenas en la Comunidad Andina.....	266
2.4.6	Registro de Conocimientos Colectivos de Pueblos Indígenas en Perú	266
2.5	Bases de datos o redes de conocimiento tradicional	268
2.5.1	Base de datos en Madagascar.....	268
2.6	Contratos	269
2.6.1	Tipos de Contratos.....	272
2.6.2	Contrato INBio-Merck	276
	a. Recolectas en áreas de conservación	277
	b. Confidencialidad.....	278
	c. Control	279
	d. Capacidad para negociar.....	279
	e. Convenio entre el INBio y el MINAE.....	281
	f. ¿Se vende biodiversidad?	281
	g. Exclusividad.....	283
	h. Invenciones y patentes.....	284
	i. ¿Cuáles son los beneficios para el país?.....	285
2.6.3	Contrato Federación AWA e Instituto Nacional del Cáncer.....	289
	a. Obligaciones y derechos del Programa de Desarrollo Terapéutico (PDT) del Instituto Nacional del Cáncer (INC).....	290
	b. Obligaciones y derechos de los AWA.....	291
2.6.4	Posibles indicadores de contratos.....	293
	a. Obligaciones del receptor	294
	b. Cláusulas especiales.....	295
2.7	Contrato-licencia de conocimiento (Know-How)	298
2.7.1	Contrato-licencia en Perú	300

Capítulo X

Consentimiento Fundamentado Previo como instrumento de protección

1.	Consentimiento fundamentado previo	303
1.1	Consentimiento fundamentado previo en Costa Rica	306
1.2	Consentimiento fundamentado previo en Nicaragua	308
1.3	Consentimiento fundamentado previo en Filipinas	309
1.4	Consentimiento informado previo en Perú	310
1.5	Consentimiento fundamentado previo en Ecuador	311
1.6	Consentimiento fundamentado previo en Argentina	311
1.7	Consentimiento fundamentado previo en Brasil	312
1.8	Consentimiento informado previo en Magascar	313
2.	Otras consideraciones en relación con el CFP	313

Capítulo XI

Uniando esfuerzos con el sector privado

1.	Distribución equitativa de beneficios	317
2.	Condiciones mutuamente acordadas	318
3.	Los tipos de beneficios	324
4.	La opinión del sector privado	328
5.	Fomentando acuerdos contractuales	330

Capítulo XII

Medidas Urgentes

1.	Conservación de la Diversidad Biológica	333
2.	Protección de la diversidad étnica y cultural	336
3.	Control de la biodiversidad	338

Acotaciones Finales.....345

Bibliografía

Acrónimos

Salvar, conocer y usar la diversidad biológica,
con respeto a la diversidad cultural, es el reto del nuevo milenio.

EN BUSCA DE UNA DISTRIBUCIÓN EQUITATIVA DE LOS BENEFICIOS DE LA BIODIVERSIDAD Y EL CONOCIMIENTO INDÍGENA



Graciela Aguilar Rojas ha trabajado con diversas organizaciones internacionales y de Costa Rica en la búsqueda de la equidad social y la conservación de los recursos naturales. El libro que se presenta se basa en la tesis con la que opoó por el grado de Doctores en Derecho Ambiental, en la Universidad de Alicante, España, presentada el 26 de junio del 2001, obteniendo la calificación Sobresaliente "cum laude".

Se presenta al lector un estudio que va desde el descubrimiento de las primeras plantas medicinales utilizadas por los pueblos indígenas llevadas a Europa, hasta el curso actual del conocimiento tradicional para fines comerciales. Se centra en cómo alcanzar un marco jurídico que adecuado a las realidades de cada país, contribuya a la distribución justa y equitativa de los beneficios que se generan del uso con fines comerciales de los recursos genéticos provenientes de las selvas tropicales y del conocimiento tradicional de los pueblos indígenas.