

TERCERA PARTE
UN ENFOQUE INTEGRADO DE LAS RELACIONES ENTRE LOS
REGÍMENES DE LA BIODIVERSIDAD Y LA PROPIEDAD
INTELECTUAL

CAPÍTULO NOVENO

LAS INTERACCIONES ENTRE LA BIODIVERSIDAD Y
LA PROPIEDAD INTELECTUAL 213

I. La dimensión institucional de la relación biodiversidad-propiedad intelectual 213

1. Las previsiones ambientales en los nuevos textos de la Organización Mundial del Comercio 213

2. La biodiversidad y los derechos de propiedad intelectual en la Organización Mundial del Comercio 215

II. La dimensión material de la relación biodiversidad-propiedad intelectual 219

1. Los derechos de propiedad intelectual y la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad 219

2. Los derechos de propiedad intelectual y el acceso a los recursos genéticos 222

3. Los derechos de propiedad intelectual y las transferencias de tecnología 228

4. Los derechos de propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales 232

CAPÍTULO NOVENO
LAS INTERACCIONES ENTRE LA BIODIVERSIDAD
Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL

A lo largo de nuestra investigación hemos logrado distinguir que las interacciones entre los regímenes de la biodiversidad y la propiedad intelectual pueden ser positivas, consiguiendo sinergias que ayuden a un reforzamiento mutuo, pero también negativas, generando conflictos institucionales, de interpretación y de aplicación de normas. Dado que la relación entre la biodiversidad y la propiedad intelectual apenas comienza a ser analizada y entendida, consideramos necesario presentar en este capítulo dos dimensiones básicas de ella: la institucional y la material, cuyo entendimiento nos facilitará encontrar vías para el reforzamiento mutuo de los regímenes, así como mecanismos de prevención y solución de conflictos.

I. LA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DE LA RELACIÓN
BIODIVERSIDAD-PROPIEDAD INTELECTUAL

1. *Las previsiones ambientales en los nuevos textos
de la Organización Mundial del Comercio*

A. El Acuerdo sobre la OMC

Aunque las preocupaciones ambientales no formaron parte de la Declaración de Punta del Este ni de la agenda negociadora durante las negociaciones de la Ronda Uruguay, en el último momento se decidió incluir una mención al medio ambiente y el desarrollo sostenible en el Preámbulo del Acuerdo sobre la OMC.¹ Así, los miembros de la nueva organización reconocen que

¹ Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994 (BOE, núm. 20, del 24 de enero de 1995).

Sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, *permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente* e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico (par. 1).²

En la parte dispositiva del Acuerdo de la OMC no se repiten las referencias al concepto del desarrollo sostenible o a la necesidad de proteger el medio ambiente. Sin embargo, como destaca L. San Martín, no deja de ser relevante —a efectos de interpretación del Acuerdo— que el Acuerdo sobre la OMC expresamente reconozca estos conceptos como parte integrante del objetivo de la Organización.³ En este sentido, el Órgano de Apelación de la OMC ha tenido ya la oportunidad de señalar que “Como este lenguaje del preámbulo (del Acuerdo sobre la OMC) refleja las intenciones de los negociadores del Acuerdo sobre la OMC, creemos que debe dar color, consistencia y matiz a nuestra interpretación de los Acuerdos anejos al Acuerdo sobre la OMC...”⁴

Sobre la OMC y la protección del medio ambiente véase San Martín, L., *La Organización Mundial del Comercio (OMC) y la protección del medio ambiente. Aspectos jurídicos*, Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 2000; Charnovitz, S., “The World Trade Organization and the Environment”, *YIEL*, vol. 8, 1997, pp. 98-116; Ward, H., “Common but Differentiated Debates: Environment, Labour and the World Trade Organization”, *ICLQ*, vol. 45, núm. 3, 1996, pp. 591-632, así como la nota preparada por la propia Secretaría de la OMC, “Trade and Environment in the GATT/WTO. High Level Symposium on Trade and Environment, Geneva”, marzo de 1999.

² Las cursivas son nuestras.

³ San Martín, L., *op. cit.*, pp. 99-103.

⁴ *Estados Unidos prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, Informe del Órgano de Apelación, Doc. WT/DS58/AB/R, del 12 de octubre de 1998, par. 153 (véase también el par. 129). En el capítulo decimosegundo, *infra*, elaboramos con más detalle la regla general de interpretación según la cual los tratados internacionales deben interpretarse conforme a su objeto y fin.

B. La Decisión Ministerial sobre el Comercio y el Medio Ambiente

Al firmar el Acuerdo de Marrakech, los miembros de la OMC aprobaron la Decisión Ministerial sobre el Comercio y el Medio Ambiente, en la que retoman el párrafo recién citado.⁵ La Decisión es un primer esfuerzo dentro de la OMC por integrar el régimen internacional del comercio con la protección del medio ambiente. En ese sentido, después de una referencia a la Declaración de Río, la Decisión afirma que "... no debe haber, ni es necesario que haya, contradicción política entre la defensa y salvaguardia de un sistema multilateral de comercio abierto, no discriminatorio y equitativo, por una parte, y las medidas de protección del medio ambiente y la promoción de un desarrollo sostenible, por la otra" (par. 4).

Para coordinar las políticas comercial y ambiental se encomendó al Consejo de la OMC la creación de un Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA), abierto a la participación de todos los miembros.⁶ El mandato asignado al Comité incluye formular recomendaciones sobre "la necesidad de normas que aumenten la interacción positiva entre las medidas comerciales y las medidas ambientales, para la promoción de un desarrollo sostenible", y, en consecuencia, ocuparse de la relación entre las disposiciones del sistema multilateral del comercio y las medidas comerciales adoptadas con fines ambientales, así como de la relación entre el ADPIC y el medio ambiente.⁷

2. La biodiversidad y los derechos de propiedad intelectual en la Organización Mundial del Comercio

A. Los informes y notas del Comité de Comercio y Medio Ambiente y la Secretaría de la OMC

A pesar de que el ADPIC sólo menciona el medio ambiente en una de sus disposiciones (artículo 27.2), en 1995 el Comité de Comercio y Me-

⁵ *Decisión Ministerial sobre el Comercio y el Medio Ambiente*, aprobada el 14 de abril de 1994 en Marrakech.

⁶ Sobre el mismo, véase Schultz, J., "The GATT/WTO Committee on Trade and the Environment-Toward Environmental Reform", *AJIL*, vol. 89, núm. 2, 1995, pp. 423-439.

⁷ Los Informes del Comité pueden obtenerse —bajo la signatura WT/CTE/W/n— en la página de la OMC, <http://www.wto.org>.

dio Ambiente reconoció que el Convenio sobre la Diversidad Biológica exige “un cuadro más amplio para la evaluación de las relaciones entre los problemas ambientales y los derechos de propiedad intelectual”.⁸ Así, desde un principio el Comité comenzó por estudiar las disposiciones del ADPIC que guardan relación con cuestiones planteadas en foros ambientales, lo cual ha clarificado su contenido.

Sin embargo, lo cierto es que en este campo la aportación del Comité es limitada y manifiestamente insuficiente para resolver las preocupaciones en torno a las cuestiones más complejas y apremiantes de la relación biodiversidad-propiedad intelectual, como el acceso y la transferencia de tecnologías ecológicamente racionales, la protección de conocimientos tradicionales o la medida en que deben ser patentables el material genético y las formas de vida.⁹

Por su parte, la Secretaría de la OMC ha preparado diversas notas sobre la relación entre el ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica.¹⁰ Aunque en lo general estos documentos también se limitan a reseñar las disposiciones de cada instrumento que inciden sobre el otro y

⁸ CCMA, “El Medio Ambiente y los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio”, Doc. WT/CTE/W/8, del 8 de junio de 1995, par. 2.

⁹ En general, la opinión de la doctrina es crítica con respecto a los resultados logrados por el Comité de Comercio y Medio Ambiente; se lamenta que sus documentos sean meras compilaciones de los debates y las posturas de los Estados miembros, con poco análisis y nulas recomendaciones sobre medidas específicas para la integración de regímenes. Véase, en este sentido, Schoenbaum, Th., “International Trade and Environmental Protection”, en Birnie, P. y Boyle, A., *International Law and the Environment*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2002, p. 703; Kiss, A. y Shelton, D., *International Environmental Law*, 2a. ed., Nueva York, Transnational Publishers, 2000, p. 649; Charnovitz, S., *op. cit.*, p. 107 y ss; y San Martín, L., *op. cit.*, pp. 55-60. Sin embargo, también hay que reconocer que mientras los Estados miembros no decidan tomar una actividad más progresiva en defensa del medio ambiente es difícil que se realicen en el Comité esfuerzos de relevancia. En este sentido, se expresa Torres, H. R., “The Trade and Environment Interaction in the WTO. How Can a ‘New Round’ Contribute?”, *JWT*, vol. 33, núm. 5, 1999, pp. 153-167, quien considera que la labor del Comité de Comercio y Medio Ambiente constituye una base para nuevos entendimientos y relaciones de cooperación (pp. 162 y ss.).

¹⁰ Véanse “Factores que influyen en la transferencia de tecnologías biológicamente racionales”, Doc. WT/CTE/W/22, del 21 de febrero de 1996; “The relationship between the Convention on Biological Diversity and the Agreement on the Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), with a focus on article 27.3 (b)”, Doc. WT/CTE/W/125, del 5 de octubre de 1999, y “The Convention on Biological Diversity and the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights”, Doc. IP/C/W/216, del 3 de octubre de 2000.

en compilar las experiencias reportadas por los Estados miembros en su implementación, las notas insisten en la necesidad de lograr incentivos para el desarrollo de nuevas tecnologías y reconocen la importancia de las disposiciones que permiten una aplicación flexible del Acuerdo.¹¹

B. La Reunión Ministerial de Doha

En la Reunión Ministerial de Doha (Qatar, noviembre de 2001) se produjo el primer reconocimiento oficial en la OMC de la necesidad de aclarar la relación entre el ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica. El texto de mayor importancia política y jurídica aprobado en tal ocasión, la Declaración Ministerial de Doha,¹² estableció un renovado mandato para el Consejo de los ADPIC, encomendándole que

... al llevar adelante su programa de trabajo,... examine, entre otras cosas, la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore, y otros nuevos acontecimientos señalados por los miembros de conformidad con el párrafo 1 del artículo 71. Al realizar esta labor, el Consejo de los ADPIC se regirá por los objetivos y principios enunciados en los artículos 7o. y 8o. del Acuerdo sobre los ADPIC y tendrá plenamente en cuenta la dimensión del desarrollo (par. 19).

Al parecer, la Conferencia Ministerial toma finalmente conciencia de la relevancia de estudiar y analizar la relación entre el ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica y los conocimientos tradicionales y, sobre todo, de hacerlo de acuerdo con los objetivos y principios del ADPIC.

El mandato del Comité de Comercio y Medio Ambiente también fue ampliado, en el contexto de “potenciar el apoyo mutuo del comercio y el medio ambiente” (par. 31), para que en sus labores sobre los efectos de las normas comerciales en el medio ambiente, incluyendo al ADPIC,

¹¹ Véase “Factores que influyen en la transferencia de tecnologías biológicamente racionales”, Doc. WT/CTE/W/22, que reafirma la necesidad de “lograr un equilibrio apropiado entre los intereses de los productores y los intereses de los usuarios de la tecnología” (par. 19).

¹² Declaración Ministerial de los Estados miembros de la OMC, adoptada en Doha, Qatar, el 14 de noviembre de 2001. Doc. WT/MIN(01)/DEC/1.

identifique “cualquier necesidad de aclarar las normas pertinentes de la OMC” y presente un informe con respecto a la acción futura (par. 32).

Por otra parte, la Declaración Ministerial de Doha establece que “las cuestiones pendientes relativas a la aplicación serán parte integrante del programa de trabajo...” (par. 12). En este sentido, es relevante la Decisión sobre las Cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación,¹³ que aunque no contiene referencias a la biodiversidad, tiene importancia por lo que toca a la solución de controversias, ya que establece una moratoria, que ya hemos mencionado, en virtud de la cual los miembros acuerdan abstenerse de presentar reclamaciones basadas en el artículo XXIII del GATT 1994.¹⁴ Cabe recordar, por último, que en la Conferencia de Doha también se aprobó la Declaración sobre el ADPIC y la salud pública, que, como ya hemos comentado, reafirma que el ADPIC debe ser interpretado conforme a sus objetivos y principios.¹⁵

Aunque el tratamiento de la relación biodiversidad-propiedad intelectual en los órganos del Convenio sobre la Diversidad Biológica y en la OMC se realiza de manera descoordinada, es importante señalar que poco a poco comienza a generalizarse el criterio de que es necesario encontrar “apreciaciones comunes” para el “apoyo mutuo” entre los regímenes de un sector y otro. Sin lugar a dudas, la reconciliación del comercio y el medio ambiente es un primer paso necesario hacia el desarrollo sostenible.

Para ello, también es fundamental ir eliminando las incertidumbres y especulaciones que plagan los debates en la materia. Con ese propósito identificamos en el siguiente apartado las interacciones materiales entre la biodiversidad y la propiedad intelectual, para así poder diagnosticar qué problemas son los que requieren una atención más urgente.

¹³ Decisión sobre las Cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación, del 14 de noviembre de 2001. Doc. WT/MIN(01)/17. Véase Vivas Eugui, D., “Issues linked to the Convention on Biological Diversity in the WTO Negotiations: Implementing Doha Mandates”, *CIEL*, julio de 2002; disponible en <http://www.ciel.org>.

¹⁴ Véase el capítulo sexto, *supra*.

¹⁵ Declaración de los Estados miembros de la OMC sobre el Acuerdo de los ADPIC y la salud pública, Doc. WT/MIN(01)/DEC/2. Véase el capítulo sexto, *supra*.

II. LA DIMENSIÓN MATERIAL DE LA RELACIÓN BIODIVERSIDAD-PROPIEDAD INTELECTUAL

La necesidad de un “entendimiento común” de la relación entre el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el ADPIC en los distintos foros institucionales y el deber jurídico de lograr que se refuercen mutuamente como herramientas del desarrollo sostenible parten, evidentemente, de la aceptación de que los regímenes de la biodiversidad y la propiedad intelectual están, de alguna manera, relacionados entre sí. A pesar de este reconocimiento generalizado, existen pocos estudios que identifiquen y expliquen cuáles son los ámbitos materiales de esta relación. Nosotros hemos encontrado que éstos son muy variados, ya que pueden surgir bien porque se trata de materias reguladas expresamente por ambos regímenes (conurrencia normativa) o bien porque su implementación y aplicación puede afectar —de manera negativa o positiva— la implementación de las normas y el cumplimiento de los objetivos del otro régimen.

1. *Los derechos de propiedad intelectual y la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad*

Aunque no existe un vínculo jurídico reconocido entre los derechos de propiedad intelectual y los objetivos del Convenio de conservación y utilización sostenible de la biodiversidad, múltiples voces sostienen que los derechos de propiedad intelectual fomentan incentivos y prácticas dañinas para la biodiversidad, como la expansión de monocultivos y el uso de productos químicos (insecticidas, pesticidas, fertilizantes) en la agricultura, en buena medida como consecuencia de la comercialización de productos biotecnológicos.¹⁶ Según los críticos, la expansión de los mo-

¹⁶ Véase V. Shiva, V., *Tomorrow's Biodiversity*, Londres, Thames and Hudson, 2000, y Magdoff, F., Foster, J. B. y Buttel, F. H. (eds.), *Hungry for Profit: the Agribusiness threat to Farmers, Food and the Environment*, Nueva York, Monthly Review Press, 2000, y Bosselman, K., “Plants and Politics: the International Legal Regime Concerning Biotechnology and Biodiversity”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 7, núm. 1, 1996, pp. 111-148. Para K. Bosselman, “The expansion of an international IPR regime has not only encouraged the technology responsible for potential problems with introduced species, but arguably has created a monopoly situation

nocultivos es perjudicial para el medio ambiente, pues fomenta la homogeneidad agrícola, desplaza cultivos tradicionales y requiere de mayores insumos químicos,¹⁷ además de presentar un riesgo de seguridad alimentaria al hacer depender a poblaciones enteras de un número reducido de cultivos, vulnerables a plagas y enfermedades.¹⁸

Estos “incentivos perversos” han sido reconocidos por la Secretaría Ejecutiva del Convenio;¹⁹ sin embargo, también se destacan otras políticas que tienen efectos más directos sobre la degradación de la biodiversidad, como los apoyos a actividades agrícolas y ganaderas extensivas, las políticas de mercado y el control ejercido por las corporaciones sobre la distribución de pesticidas.²⁰

Por otro lado, hay quienes sostienen que la propiedad intelectual más bien genera efectos positivos sobre la diversidad biológica, pues permite el desarrollo de nuevas tecnologías (y biotecnologías) de conservación, así como nuevas variedades que, al ser más productivas, evitan la extensión sobre el territorio. Asimismo, se argumenta que los derechos de propiedad intelectual, armonizados con el Convenio, son el requisito previo

where the bulk of agricultural seeds are owned by a few, large multinational firms with the resources and technology available to be competitive in this area. Such a monopoly rights system encourages and seeks to solidify an agricultural system that is environmentally damaging and incompatible with the concepts of sustainable development” (p. 128).

¹⁷ Cfr. Archarya, R., “Patenting of Biotechnology: GATT and the Erosion of the World’s Biodiversity”, *Journal of World Trade*, vol. 25, issue 6, 1991, pp. 71-87, quien explica: “Breeding by farmers over the years has been based on producing enough for local consumption, which is why the emphasis was laid upon ensuring a harvest. Today, however, plant breeders place greater emphasis on productivity. Thus the high-response varieties used today are aimed at increasing productivity of a particular crop. As a result of these new developments, indigenous and new varieties based on wild local species are discouraged, which in turn will undermine the genetic base” (p. 83).

¹⁸ Cfr. Altieri, M., “Ecological Impacts of Industrial Agriculture and the Possibilities for Truly Sustainable Farming”, en Magdoff, F. *et al.*, *op. cit.*, pp. 77-92.

¹⁹ Véase “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”, Doc. UNEP/CDB/COP/3/22, del 22 de septiembre de 1996.

²⁰ Véase Dutfield, G., *Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity*, Londres, IUCN, Earthscan Publications Ltd., 2000, p. 45, quien también identifica otras causas de la pérdida de biodiversidad más directas, como los cambios demográficos, las disparidades en la distribución y control de la tierra, las presiones de las industrias agroquímica y de semillas, las políticas de apoyo a la agricultura extensiva y la falta de respeto a los conocimientos tradicionales.

a las transferencias de tecnología y el mecanismo mediante el cual se puede lograr la participación en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos, y en ese sentido son incentivos indirectos para la conservación y utilización sostenible.²¹

A pesar de la ausencia de certezas científicas,²² parece claro que los derechos de propiedad intelectual no pueden atentar, por sí solos, contra la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica.²³ En cualquier caso, la aplicación de las invenciones biotecnológicas, y particularmente la introducción de organismos vivos modificados (OVM) en el medio ambiente, conlleva riesgos ambientales que aún no han sido objetivamente determinados. Por ello tiene particular importancia el establecimiento del sistema de bioseguridad del Protocolo de Cartagena, basado en el principio de precaución, así como un posible régimen de responsabilidad aplicable a los daños causados por OVM.²⁴ Estas materias, si bien guardan relación con el régimen internacional del comercio, se encuentran desvinculadas de los derechos de propiedad intelectual.²⁵

En todo caso, no está de más reiterar la conveniencia de un enfoque conciliatorio entre los derechos de propiedad intelectual, la biotecnología y la biodiversidad, basado en evaluaciones científicas neutrales. La bio-

²¹ Horsch, R. y Fraley, R., “Biotechnology can Help Reduce the Loss of Biodiversity”, en Guruswamy, L. D. y McNeely, J. A. (eds.), *Protection of Global Biodiversity. Converging Strategies*, Durham and Londres, Duke University Press, 1998, pp. 49-65.

²² Como ya se ha destacado: “an objective evaluation of the various assertions frequently made pro and contra IPRs is hard to achieve when there is such a dearth of reliable empirical evidence (as opposed to anecdotal evidence and pure speculation)”. Dutfield, G., *op. cit.*, p. 44. *Cfr.*, en el mismo sentido, Cabrera Medaglia, J., “Soberanía, derechos de propiedad intelectual y ambiente”, en *Temas de derecho industrial y de la competencia*, vol. 5 (Propiedad intelectual en Iberoamérica), Buenos Aires/Madrid, 2001, p. 108.

²³ *Cfr.* Cripps, Y., “Aspects of Intellectual Property in Biotechnology: Some European Legal Perspectives”, en Guruswamy, L. D. y McNeely, J. A. (eds.), *op. cit.*, p. 328, para quien “Although intellectual property systems have implications for biodiversity, the granting or withholding of patents will not constitute an adequate response to the social, moral and environmental dimensions of the task of preserving the world’s natural resources”.

²⁴ Véase el capítulo cuarto, *supra*.

²⁵ Cabe recordar que la concesión de una patente o un derecho de obtentor en ningún momento conlleva la autorización de comercialización de los productos protegidos ni, tratándose de OVM, su introducción en el medio ambiente. De igual manera, es oportuno tener en mente que el propio ADPIC, en su artículo 27.2, permite la exclusión de la patentabilidad de invenciones cuya explotación comercial deba impedirse para proteger la salud o la vida de las personas y de los animales, para preservar los vegetales o para evitar daños graves al medio ambiente.

tecnología depende de la biodiversidad para su futuro desarrollo, por lo que —en su propio interés— puede aportar herramientas para su conservación y utilización sostenible.

2. *Los derechos de propiedad intelectual y el acceso a los recursos genéticos*

A diferencia del artículo 16 del Convenio sobre la Diversidad Biológica, sobre acceso y transferencias de tecnología, el artículo 15, que regula el acceso a recursos genéticos y la participación en los beneficios derivados de su utilización, no establece formalmente vínculo alguno con los derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, entre los derechos de propiedad intelectual y el acceso a los recursos genéticos existe una relación cercana, hasta el punto de que el nuevo estatuto jurídico de los recursos genéticos (que posibilita los nuevos marcos legales de acceso) fue una demanda del mundo en desarrollo ante la ampliación de la patentabilidad a la materia viviente.²⁶ Ello se explica, entre otras razones, porque el acceso libre (y gratuito) a los recursos genéticos y su protección mediante patentes (no siempre mediante un apego estricto a los principios de la patentabilidad) y otros derechos de propiedad intelectual, ha dado lugar a una práctica injusta —la “biopiratería”—, en la que tanto los países de origen como las comunidades locales vinculadas a los recursos genéticos son ignorados y dejados al margen del reparto de los beneficios derivados.

En los siguientes epígrafes ejemplificamos algunos casos de apropiación indebida de recursos biológicos y conocimientos tradicionales, para después contrastarlos con las posibilidades que ofrece la bioprospección, destacando el papel que en ambas prácticas juegan los derechos de propiedad intelectual.

²⁶ Según afirman Kiss, A. y Shelton, D., *International Environmental Law*, 2a. ed., Nueva York, Transnational Publishers, 2000, p. 307. Nordan-Comunidad, 1999, especialmente pp. 81-100; Anuradha, R. V., “IPRs: Implication for Biodiversity and local indigenous communities”, *RECIEL*, vol. 10, issue 1, 2001, pp. 34-35, y Khor, M., *El saqueo del conocimiento. Propiedad intelectual, biodiversidad, tecnología y desarrollo sostenible*, Barcelona. Ed. Icara, Intermón Oxfam, 2003, especialmente pp. 20-29. Electrónicamente, puede encontrarse información sobre casos de biopiratería en los sitios <http://www.grain.org> y <http://www.etcgroup.org>.

A. La “biopiratería” y el abuso de los sistemas de propiedad intelectual

La expresión “biopiratería” hace referencia a la utilización de los derechos de propiedad intelectual —particularmente de derechos de obtentor y patentes— para ejercer un control monopólico sobre la utilización de recursos genéticos asociados a conocimientos tradicionales.²⁷ Lo que hace de la “biopiratería” una práctica ilegítima no es la utilización de los recursos genéticos y la posible obtención de derechos de propiedad intelectual cuando se cumplan los requisitos de patentabilidad, sino que el acceso a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales se haga de manera subrepticia, contraviniendo los principios de acceso establecidos por el Convenio sobre la Diversidad Biológica, el consentimiento fundamentado previo y las condiciones mutuamente acordadas.

En los últimos años se han documentado varios casos de apropiación indebida por parte de empresas establecidas en países industrializados, que han logrado aprovecharse de las deficiencias en las legislaciones nacionales en materia de propiedad intelectual y de la falta de cuidado de las oficinas de patentes.²⁸ Estas patentes protegen conocimientos y materiales genéticos que además de no haber sido adquiridos de manera legítima, en ocasiones no cumplen siquiera los requisitos mínimos de patentabilidad, pues las “invenciones” formaban ya parte del dominio público.

Ampliamente comentado ha sido el caso de la patente sobre el turmérico para acelerar la curación de heridas. En marzo de 1995 la Oficina

²⁷ Cantauária Marin, P. L., *Providing Protection for Plant Genetic Resources. Patents, sui generis Systems, and Biopartnerships*, Nueva York/The Hague/Londres, Kluwer Law International, 2002, pp. 61-62.

²⁸ Véase Sarma, L., “Biopiracy: Twentieth Century Imperialism in the form of International Agreement”, *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 13, 1999, pp. 107-136; Posey, D. y Dutfield, G., *Más allá de la propiedad intelectual. Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales*, Uruguay, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (CIID), Fondo Mundial para la Naturaleza (WWF) y Editorial Nordan-Comunidad, 1999, especialmente pp. 81-100; Anuradha, R. V., “IPRs: Implication for Biodiversity and local indigenous communities”, *RECIEL*, vol. 10, issue 1, 2001, pp. 34-35, y Khor, M., *El saqueo del conocimiento. Propiedad intelectual, biodiversidad, tecnología y desarrollo sostenible*, Barcelona, Ed. Icaria, Intermón Oxfam, 2003, especialmente pp. 20-29. Electrónicamente, puede encontrarse información sobre casos de biopiratería en los sitios <http://www.grain.org> y <http://www.etcgroup.org>.

de Patentes de los Estados Unidos (USPTO) otorgó al centro médico de una universidad estadounidense una patente para la curación de heridas mediante la administración de turmérico.²⁹ El Centre for Scientific and Industrial Research (CSIR), un organismo dependiente del gobierno de la India, decidió interponer un recurso de revisión en contra de la patente. Para ello fue necesario encontrar evidencias, en medios escritos, del uso previo del turmérico para curar heridas, ya que según la legislación estadounidense sólo forman parte del dominio público y por tanto del estado de la técnica (*prior art*) las evidencias de un uso previo en el extranjero que consten por escrito.³⁰ Afortunadamente, se encontraron documentos que prueban el uso previo, algunos de ellos muy antiguos y en distintos idiomas, como el sánscrito, el urdu y el hindi. Fueron traducidos, presentados como evidencia y finalmente aceptados como prueba del uso previo de la especie, lo que permitió la revocación de la patente por carecer de novedad.

Igualmente ejemplificativo es el caso de una patente de planta otorgada por la USPTO en 1986 sobre una variedad de *Banisteriopsis caapi*. Se trata de una planta utilizada en la preparación del *Ayahuasca* o *Yage*, una bebida medicinal y ceremonial preparada de manera tradicional por los “chamanes” del Amazonas. Una coalición de grupos indígenas del Amazonas fue representada ante el USPTO por el Center for International Environmental Law (CIEL), que logró demostrar que la variedad protegida formaba parte del estado de la técnica desde mucho antes de la presentación de solicitud de la patente, por lo que no estaba presente el requisito de novedad; además, la variedad protegida no cumple con el requisito de ser distinguible, pues es similar a la variedad que crece de manera natural en el Amazonas y que también se encuentra en colecciones botánicas en los Estados Unidos.³¹

²⁹ U.S. Patent 5,401,504. El turmérico es una especie derivada de la raíz *Curcuma longa*, una planta de la familia del jengibre, que ha sido utilizada por la medicina tradicional en el sudeste asiático, y particularmente en la India, desde hace siglos. *Cfr.* Anuradha, R. V., *op. cit.*, pp. 34-35, y Duffield, G., *op. cit.*, p. 65.

³⁰ US Code 35, sección 102. Estados Unidos permite por tanto una definición mucho más amplia del requisito de novedad, a diferencia de lo dispuesto en la mayoría de las legislaciones, que incluyen como parte del estado de la técnica la evidencia de un uso previo, en cualquier lugar, ya sea escrita, oral o por cualquier otro medio.

³¹ Junto con la reclamación en contra de esta patente, abogados del CIEL (D. Downes y G. Wiser) enviaron al comisionado de la USPTO una carta en la que le alertan de este problema que, sostienen, es previsible sea cada vez más frecuente y le piden que la

Un tercer caso conocido es el de las patentes relacionadas con el árbol *Azadirachta indica*, o árbol del nim, un pariente del caobo cuyas propiedades como insecticida y antibiótico eran bien conocidas en la India desde hace siglos. El nim es utilizado de forma tradicional como remedio para heridas, fiebres, infecciones e incluso como pasta de dientes, usos que apenas han sido descubiertos (no inventados) en el mundo occidental.³² En los últimos años, compañías biotecnológicas han obtenido en diversas jurisdicciones más de 150 patentes relacionadas con diversos productos basados en el árbol del nim (cuatro en la Oficina Europea de Patentes-OEP), entre ellos fungicidas, insecticidas y contraceptivos.³³ En junio de 1995 un grupo liderado por V. Shiva y M. Aelvoet se opuso a la patente 436257 obtenida por W. R. Grace & Co. sobre los efectos fungicidas del aceite del árbol del nim.³⁴ En mayo de 2000 la División de Oposición de la OEP revocó la patente, por considerar que se había demostrado que la materia reivindicada por la compañía formaba parte del estado de la técnica con anterioridad a la fecha de solicitud.

No sólo las patentes se han utilizado como herramienta de la “biopiratería”, también los derechos de obtentor han servido para proteger variedades vegetales que no lo merecían. P. L. Cantauária Marin lo ejemplifica con casos de variedades que han sido tomadas de bancos de germoplasma de los centros internacionales de investigación agrícola (CIIA), pertenecientes al Grupo Consultivo sobre Investigación Agrícola Internacional

USPTO establezca principios y procedimientos que tomen en cuenta los conocimientos tradicionales, la biodiversidad y los valores morales, a fin de garantizar que el sistema estadounidense de patentes mantenga, en un mundo cambiante, un equilibrio entre los derechos exclusivos y el dominio público. *Cfr.* CIEL, “Legal Elements of the ‘Ayahuasca’ Patent Case and Letter to the Acting Commissioner”, y Wiser, G., “PTO Rejection of the ‘Ayahuasca’ Patent Claim. Background and Analysis”, CIEL, noviembre de 1999, ambos textos están disponibles en <http://www.ciel.org> *Cfr.* también Downes, D., “How Intellectual Property Could be a Tool to Protect Traditional Knowledge”, *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 25, 2000, pp. 276-281, y Dutfield, G., *op. cit.*, pp. 65-67.

³² *Cfr.* Shiva, V., *op. cit.*, pp. 19 y ss.; Cantauária Marin, P. L., *op. cit.*, pp. 62 y 63, y Downes, D., *op. cit.*, pp. 280 y 281.

³³ Dutfield, G., *op. cit.*, p. 66 y apéndice 1, en el que se enlistan más de cuarenta patentes concedidas por la USPTO relacionadas con el árbol del *nim*.

³⁴ La señora M. Aelvoet es ex lideresa del Partido Verde en el Parlamento Europeo, y hasta agosto de 2002 fue ministra de Salud y Medioambiente de Bélgica. Véanse los desplegados de prensa de la Federación Internacional de Movimientos de Agricultura Biológica relacionados con este caso, en <http://www.infoa.org>.

(GCAI),³⁵ y que luego han sido protegidas como variedades nuevas —particularmente en Australia— a pesar de que las modificaciones realizadas han sido mínimas o nulas.³⁶ Después de que se descubriera que cerca de 120 derechos de obtentor fueron concedidos a variedades ilegítimas (tomadas de centros de colección o de países en desarrollo), la Oficina de Variedades Vegetales australiana adoptó nuevas medidas para evitar la protección de “variedades pirata”, como imponer a los solicitantes la obligación de revelar el origen de la variedad así como de sus “padres”, y demostrar en pruebas de campo que la variedad para la cual se busca protección presenta efectivamente rasgos distintos a los de sus antecesores, aunque estas medidas no son de aplicación retroactiva.³⁷

Estos casos confirman que un acceso descontrolado a los recursos genéticos y una interpretación demasiado estrecha de lo que constituye el estado de la técnica —ya sea en las legislaciones o en la práctica de las oficinas de patentes y derechos de obtentor— dan lugar a una práctica odiosa que causa daños económicos y sociales, desincentiva la conservación y utilización sostenible de la biodiversidad, y, al retirar del dominio público los conocimientos de comunidades enteras, atenta contra el objetivo primordial de la propiedad intelectual: incentivar el avance científico y tecnológico del conjunto de la sociedad.

B. La bioprospección y la participación en los beneficios

Como medida para contrarrestar la apropiación indebida de recursos genéticos y conocimientos tradicionales, el nuevo régimen de la biodiversidad establece los principios básicos sobre los cuales debe operar la bioprospección, garantizando el acceso a los recursos genéticos, pero permitiendo a los Estados exigir el cumplimiento de los principios y con-

³⁵ El GCAI consiste en una red internacional de centros internacionales de investigación agrícola (CIIA), que en conjunto mantienen la colección *ex situ* más grande de recursos fitogenéticos, con más de 3,000 especies. Aunque el GCAI forma parte del Sistema Global sobre los Recursos Fitogenéticos de la FAO, es administrado desde las oficinas del Banco Mundial, en Washington. Al respecto, véase Footer, M. E., “Intellectual Property and Agrobiodiversity: Towards Private Ownership of the Genetic Commons”, *YIEL*, vol. 10, 1999, pp. 54 y ss, y visítase el sitio <http://www.cgiar.org>.

³⁶ Para que una variedad vegetal pueda ser protegida se requiere que sea nueva, homogénea, estable y distinguible. Véase el apartado sobre el Convenio UPOV en el capítulo sexto, *supra*.

³⁷ *Cfr.* Cantauária Marin, P. L., *op. cit.*, pp. 40-42.

diciones necesarios para garantizar una distribución más equitativa de los beneficios derivados de su utilización.

Los derechos de propiedad intelectual son sin duda relevantes para la bioprospección. El bioprospector espera recuperar la inversión realizada, y para ello los beneficios económicos que supone la propiedad intelectual no sólo son un incentivo, sino una condición *sine qua non*. La participación en los beneficios generados de las ventas del producto, al depender éstos de una efectiva protección de derechos, constituye por ello no un obstáculo, sino un incentivo para que los Estados establezcan y mantengan un régimen de protección a la propiedad intelectual, tanto en su propia jurisdicción como en la esfera internacional.³⁸

La cuestión a resolver no es por tanto si es necesario o no un sistema de protección de la propiedad intelectual, sino qué clase de sistema conviene más y cuáles son los límites que se deben fijar, particularmente en lo que respecta a la definición de lo que entra en el estado de la técnica, y por tanto, el sentido que se le debe dar al requisito de novedad en la invención/variedad vegetal. Una de las cuestiones técnicas que sin duda conviene analizar es la viabilidad de exigir la divulgación de la fuente de la que provienen los recursos genéticos (Estado de origen) y los conocimientos tradicionales (comunidad involucrada) utilizados.³⁹ Para ello, los acuerdos de prospección pueden funcionar como prueba de un acceso legítimo (bajo consentimiento fundamentado previo y en condiciones mutuamente acordadas) a los recursos genéticos y conocimientos asociados en las solicitudes de patentes y de derechos de obtentor.

³⁸ Como afirman D. Downes y G. Wiser: "IPRs will likely remain the most powerful vehicle for allocating wealth created from the exploitation of genetic resources. Developing countries and their indigenous and local communities may best maximize their ability to share in that wealth if their contributions to innovation are recognized under IPR systems". Downes, D. y G. Wiser, G., "Intellectual Property Rights and National Access and Benefit-Sharing Measures", en Laird, S. (ed.), *Biodiversity and Traditional Knowledge. Equitable Partnerships in Practice*, Londres, Earthscan/People and Plants Conservations Series, 2002, p. 383. Cfr. también Coughlin, M., "Using the Merck-INBio Agreement to clarify the Convention on Biological Diversity", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 31, issue 2, 1993, p. 371.

³⁹ Véase el capítulo decimoprimer, *infra*.

3. Los derechos de propiedad intelectual y las transferencias de tecnología

Desde el punto de vista económico no está claro si los derechos de propiedad intelectual tienen efectos netos positivos o negativos sobre las transferencias de tecnología.⁴⁰ Por una parte, se reconoce que los derechos de propiedad intelectual son una condición previa para que los titulares de derechos sobre tecnología estén dispuestos a ceder licencias, sobre todo en sectores con costos de imitación bajos, como el farmacéutico, el agrícola y el biotecnológico.⁴¹ Por otro lado, un régimen fuerte de propiedad intelectual también puede elevar los costos de las regalías y otros derechos a pagar por las transferencias de tecnología, lo que disminuye los recursos disponibles localmente para invertir en investigación y desarrollo; a la vez, se debilita la posición negociadora de la parte importadora y se cierran las opciones para las otras empresas que compiten en el mercado.⁴²

⁴⁰ “The extent to which effective IPR protection in recipient countries facilitates, hinders or has no effect on the transfer of technologies is difficult to ascertain”. Dutfield, G., *op. cit.*, p. 57. Este autor comenta varios estudios empíricos que no permiten establecer claramente si existe una relación positiva, negativa o neutral entre una protección fuerte a la propiedad intelectual y mayores flujos de inversión extranjera y transferencias de tecnología. Véase también Khor, M., *op. cit.*, pp. 91-107, quien argumenta que los derechos de propiedad intelectual tienen efectos negativos sobre las transferencias de tecnología; y particularmente, por su objetividad, el informe Commission on Intellectual Property Rights, *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy*, Londres, septiembre de 2002, pp. 28-31.

⁴¹ *Cf.* Lesser, W., “The Role of Intellectual Property Rights in Biotechnology Transfer under the Convention on Biological Diversity”, *ISAAA Briefs*, núm. 3. Ithaca, 1997, disponible electrónicamente en <http://www.isaaa.org/publications/briefs/Brief3.htm>; y Correa, C. M., *Intellectual Property Rights, the WTO and developing countries: the TRIPS Agreement and Policy Options*, Malaysia, Zed Books Ltd., Third World Network, 2000, pp. 30 y ss.

⁴² Por eso la importancia de incorporar en la legislación nacional los mecanismos de control de prácticas anticompetitivas previstos en el ADPIC. Es generalmente asumido que las transferencias de tecnología van en sentido norte-sur, lo cual se corresponde con el hecho de que la gran mayoría de la tecnología protegida por patentes está en manos de empresas del mundo industrializado. Según las estadísticas de solicitudes de patentes presentadas bajo el mecanismo del Tratado de Cooperación de Patentes (administrado por la OMPI) en el año 1997, poco más del 40% de éstas provinieron de Estados Unidos, otro tanto de la Unión Europea (principalmente de Alemania y el Reino Unido) y cerca de un 9% de Japón, mientras que América Latina y África, en conjunto, apenas sumaron poco más del 1%. Dutfield, G., *op. cit.*, p. 58 (con datos de la OMPI).

En cualquier caso, la existencia del ADPIC es muestra de que existe consenso en cuanto a la importancia de un régimen de propiedad intelectual como condición previa necesaria para las transferencias de tecnología.⁴³ El acceso y la transferencia de tecnología opera de manera convencional a través de medios económicos y jurídicos, como inversiones extranjeras directas, contratos de licencia, alianzas estratégicas (*joint ventures*), contratos “llave en mano” (*turn key agreements*), contratos de venta, de ingeniería o de administración, entrenamiento y capacitación, entre otros.⁴⁴

Como ya se ha comentado, el Convenio sobre la Diversidad Biológica vislumbra las transferencias de tecnología y biotecnología como medios para lograr sus objetivos, tanto de utilización sostenible de la biodiversidad como de reparto justo y equitativo de los beneficios derivados de su utilización. Lo hace a través de los artículos 1, 16 y 19, siendo el segundo de ellos la única disposición que expresamente menciona, en tres ocasiones, a las patentes y los derechos de propiedad intelectual.

El artículo 16.4 establece, sin el frecuente condicionante de “en la medida de lo posible y según proceda”, que:

Cada Parte Contratante tomará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, con objeto de que el sector privado facilite el acceso a la tecnología a que se refiere el párrafo 1, su desarrollo conjunto y su transferencia en beneficio de las instituciones gubernamentales y el sector privado de los países en desarrollo, y a ese respecto acatará las obligaciones establecidas en los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo.⁴⁵

⁴³ Cfr. Illescas, M., “Intellectual Property Institutions and Technological Co-operation”, en Sanchez, V. y Juma, C. (eds.), *Biodiplomacy*, Nairobi, African Center for Technology Studies, 1994, p. 196, y Archarya, R., *op. cit.* p. 78. Véase también la Nota de la Secretaría del CDB, “Derechos de propiedad intelectual y transferencia de tecnologías que utilizan recursos genéticos”, Doc. UNEP/CBD/COP/2/17, del 6 de octubre de 1995.

⁴⁴ Sobre las modalidades que pueden tomar los contratos de transferencia de tecnología, véase Anderson, M., *Technology. The Law of Exploitation and Transfer*, Londres, Butterworths, 1996, y Miguel, P. de, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, Madrid, Civitas, 1996.

⁴⁵ El artículo 16.1 se refiere a las tecnologías y biotecnologías “pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica o que utilicen recursos genéticos y no causen daños significativos al medio ambiente”; mientras que los incisos 2 y 3 demandan que el acceso a la tecnología se asegure o facilite “en condiciones justas y en los términos más favorables”, bajo “condiciones mutuamente acordadas”, pero ase-

La redacción de esta disposición del Convenio y la del artículo 19 sobre biotecnología⁴⁶ ocasionaron que, desde la óptica industrial del Norte, se les interpretara como una posible autorización a los países en desarrollo para llevar a cabo licencias obligatorias en perjuicio de tecnología previamente protegida, con lo que el primer efecto de las disposiciones del Convenio para fomentar la transferencia de tecnología fue alinear en su contra a la industria biotecnológica y, con ella, al gobierno de los Estados Unidos.⁴⁷

Antes de hacer un juicio sobre estas disposiciones del Convenio, conviene recordar que el ADPIC también reconoce la importancia de aumentar los flujos internacionales de tecnología hacia los países en desarrollo. El Acuerdo asume como objetivo la creación, transferencia y difusión de la tecnología (artículo 7o.), y por ello introduce la posibilidad de aplicar medidas para evitar que los derechos de propiedad intelectual y las prácticas anticompetitivas limiten injustificadamente los flujos internacionales de tecnología (artículos 8.2 y 40, respectivamente).

La raíz del problema político que suponen las disposiciones jurídicas en materia de transferencia de tecnología del Convenio está en que los derechos de propiedad intelectual son, como admite el Preámbulo ADPIC, derechos de naturaleza privada, por lo que sus titulares controlan el acceso y la utilización de las invenciones (productos o procesos) protegidas. Dado que el precio de la contraprestación a la licencia se fija mediante operaciones contractuales según las condiciones del mercado y la fuerza relativa de las partes en la negociación, para que las transferencias de tecnología aumenten se requiere de la intervención de los gobier-

gurando que se tenga en cuenta la protección “adecuada y eficaz” de los derechos de propiedad intelectual y “con arreglo al derecho internacional”.

⁴⁶ El artículo 19.2 exige a cada Parte adoptar: “... todas las medidas practicables para promover e impulsar en condiciones justas y equitativas el acceso prioritario de las Partes Contratantes, en particular los países en desarrollo, a los resultados y beneficios derivados de las biotecnologías basadas en recursos genéticos aportados por esas Partes Contratantes”.

⁴⁷ Como señala Ph. Grubb, “Some industrialized countries had concerns that these provisions (artículos 16 y 19) would be used to bring back the discredited ideas of compulsory transfer of technology without adequate compensation, and for this reason the USA initially refused to sign the CBD”. Grubb, Ph., *Patents for Chemicals, Pharmaceuticals and Biotechnology: Fundamentals of Global Law, Practice and Strategy*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 44-46.

nos, que pueden facilitarlas ofreciendo incentivos, apoyos financieros y capacitación.⁴⁸

Que el Convenio parta de este supuesto no debería ser motivo de alarma ni justifica la reticencia de los Estados Unidos o la industria al mismo, ya que el ADPIC también exige este esfuerzo a los países industrializados, al menos hacia los países menos adelantados. El Acuerdo prevé que

Los países desarrollados Miembros ofrecerán a las empresas e instituciones de su territorio incentivos destinados a fomentar y propiciar la transferencia de tecnología a los países menos adelantados Miembros, con el fin de que estos puedan establecer una base tecnológica sólida y viable (artículo 66.2).

Además, la Decisión Ministerial de la OMC sobre las Cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación reafirma la obligatoriedad del artículo arriba citado, y dispone que el Consejo de los ADPIC establezca un mecanismo “para garantizar la supervisión y la plena aplicación de las obligaciones en cuestión”, e indica que con ese fin los miembros transmitirán al Consejo “informes detallados, que se actualizarán anualmente, sobre el funcionamiento en la práctica de los incentivos ofrecidos a sus empresas para la transferencia de tecnología en cumplimiento de los compromisos contraídos...”⁴⁹

El Convenio señala el medio para facilitar la transferencia de tecnologías, haciendo referencia al mecanismo financiero (artículo 16.3);⁵⁰ además, intenta equilibrar los intereses de los usuarios de tecnología con los de sus titulares mediante una referencia a las obligaciones internacionales en materia de propiedad intelectual. El artículo 16.5 dice:

Las Partes Contratantes, reconociendo que las patentes y otros derechos de propiedad intelectual pueden influir en la aplicación del presente Convenio, cooperarán 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.

⁴⁸ Cfr. Dutfield, G., *op. cit.*, p. 57.

⁴⁹ Decisión sobre las cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación, Doc. WT/MIN(01)/17, punto 11.1.

⁵⁰ El mecanismo financiero del Convenio lo examinamos *supra*, en el capítulo segundo.

La mención al derecho internacional, que es una referencia implícita al ADPIC, puede entenderse como un llamamiento de los redactores del Convenio, ante la imposibilidad de lograr un entendimiento común durante las negociaciones, para que se encuentren las formas de integrar los objetivos del Convenio con el régimen internacional de la propiedad intelectual y lograr así una implementación armónica de los instrumentos, mutuamente benéfica.⁵¹ Ello no debe ser motivo de conflicto jurídico, pues el propio ADPIC, como se ha señalado, contiene disposiciones para favorecer las transferencias de tecnología.

4. *Los derechos de propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales*

Como ya hemos mencionado, bioprospectores, científicos y empresas (generalmente del Norte), se han beneficiado durante siglos del libre acceso y flujo continuo de los recursos biológicos (provenientes del sur). Igualmente, se han aprovechado del conocimiento asociado que han aportado las comunidades indígenas y locales sobre su localización, usos y cualidades.⁵²

Como puso de relieve la Declaración Bellagio, el problema con los conocimientos tradicionales es que el régimen de la propiedad intelectual permite que conocimientos tradicionales, folclore, material genético y conocimientos medicinales indígenas salgan de sus países de origen; mientras que productos de los países desarrollados entran, muy bien protegidos por el régimen de la propiedad intelectual y respaldados por la amenaza de

⁵¹ Como opina M. Gollin: “the subsection thus represents an agreement to disagree for now on whether particular intellectual property rights should be strengthened or weakened consistent with the Convention”. Gollin, M., “The Convention on Biological Diversity and Intellectual Property Rights”, en *Biodiversity Prospecting: Using Genetic Resources for Sustainable Development*, A Contribution to the WRI/IUCN/UNEP Global Biodiversity Strategy, World Resources Institute (WRI) et al., Kenya, 1993, pp. 255-287.

⁵² A pesar de que la rentabilidad de la bioindustria es altísima, los expertos calculan que menos del 0,001% de los beneficios han sido compartidos con comunidades indígenas. Posey, D. y Dutfield, G., “Plants, Patents and Traditional Knowledge: Ethical Concerns of Indigenous and Traditional Peoples”, en Van Overmalle, G. (ed.), *Patent Law, Ethics and Biotechnology*, Bruselas, Katholieke Universiteit Leuren, Katholieke Universiteit Brusel, Bruylant, 1998, p. 113. Véase también Sarma, L., *op. cit.*, pp. 107-136.

sanciones comerciales.⁵³ La estructura y el funcionamiento de los derechos de propiedad intelectual y especialmente de las patentes, tal y como se prevén en el ADPIC y en la mayoría de las legislaciones nacionales, basadas en los conceptos del autor solitario y el inventor científico, está lejos de ser idónea para la protección de los conocimientos tradicionales.

Mientras que los científicos, ingenieros genéticos y agrónomos que trabajan para las grandes compañías privadas caen dentro del paradigma clásico del autor y el inventor, indígenas y campesinos —que a través de años han utilizado medios naturales y desarrollado métodos curativos, así como cultivos que han demostrado su valor— son todo lo que el autor o inventor paradigmático no debe ser: su contribución viene de la comunidad, no del individuo; de la tradición, no de la invención; de la evolución, no de la transformación.⁵⁴

Por todo esto, a pesar de que resulta difícil afirmar una incompatibilidad entre las disposiciones del ADPIC y el artículo 8(j) del Convenio,⁵⁵ ya que no existe la imposibilidad de su aplicación simultánea, es cierto que el funcionamiento del sistema de propiedad intelectual dificulta, de hecho, el respeto, la preservación y la protección de los conocimientos tradicionales, ocasionando en las comunidades indígenas un profundo malestar.⁵⁶

⁵³ La Declaración Bellagio es un texto preparado por abogados, académicos y activistas provenientes de distintas partes del mundo en 1993; está reproducida en Boyle, J., *Shamans, Software and Spleens: Law as the Social Construction of the Information Economy*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, pp. 192-200.

⁵⁴ Cfr. Boyle, J., *op. cit.*, pp. 125 y ss.

⁵⁵ La redacción del artículo 8(j) es tal que no obliga a un resultado específico, sino simplemente a una actuación *de buena fe* para fomentar y proteger los derechos tradicionales asociados a la biodiversidad y la participación de las comunidades en los beneficios. Se trata, claramente, de una *obligación de desarrollo discrecional*.

⁵⁶ Desde los orígenes del derecho de gentes, F. de Vitoria argumentaba que el descubrimiento de tierras indígenas por conquistadores españoles no era un título legítimo de ocupación, ya que éstos eran lo suficientemente racionales como para ser verdaderos “dueños y señores de sus posesiones”, por lo que los colonizadores no tenían derecho sobre ellos, “no más que si ellos nos hubieran descubierto a nosotros”. Vitoria, F. de, *Relecciones del Estado, de los indios y del derecho de guerra*, México, Porrúa, 1974, p. 48. La ilegitimidad de la posesión de las tierras indígenas con base en un supuesto “derecho de descubrimiento” bien vale aplicarla, por analogía, a los títulos de patente sobre productos y procesos basados en conocimientos tradicionales, igualmente “descubiertos”. En efecto, hay quien establece un paralelismo entre la biopiratería y la colonización y conquista de las tierras y pueblos americanos; para la conocida activista hindú, V. Shiva, “Biopiracy is the Columbian ‘discovery’ 500 years after Columbus. Patents are still the

Por otro lado, el ADPIC no reconoce expresamente vínculo alguno con el Convenio ni contiene normas específicas para la protección de conocimientos tradicionales; sin embargo, no impide a los Estados tomar pasos en ese sentido. Por ello resulta necesario evitar que los sistemas de propiedad intelectual, tanto en su dimensión legislativa como en su aplicación, sirvan como instrumentos para la apropiación indebida (o piratería) del saber de comunidades que de por sí se encuentran en una posición de desventaja histórica, económica y social.

En este sentido resulta pertinente evaluar, como hacemos en el siguiente capítulo, medidas nuevas de protección, que pueden incluir: la ampliación de la noción del estado de la técnica; la divulgación de las fuentes tradicionales utilizadas en las solicitudes de protección; y el establecimiento de sistemas sui generis de protección de conocimientos tradicionales. Asimismo, conviene estudiar la forma en que los derechos de propiedad intelectual (particularmente los derechos de autor, las marcas colectivas y de certificado, las denominaciones de origen y la información confidencial) pueden servir para la protección de los conocimientos tradicionales.

means to protect this piracy of the wealth of non-Western corporations, necessary for the 'development' of Third World communities". Shiva, V., *Biopiracy. The Plunder of Nature and Knowledge*, Boston, South End Press, 1997, p. 5. Véase también, de esta autora, *Cosecha robada. El secuestro del suministro mundial de alimentos*, Barcelona, Paidós, 2003.

