

## CAPÍTULO 6

# Marcos normativos del acceso al conocimiento tradicional

**E**n este capítulo se tratarán algunos de los instrumentos normativos más importantes en los ámbitos internacional y nacional, referidos a las temáticas (i) de los regímenes de acceso al conocimiento en general, tomado como bien jurídico inmaterial, y (ii) de la protección y derechos que se le garantizan a las comunidades tradicionales, principalmente a los pueblos indígenas.

## NORMAS INTERNACIONALES

La propiedad intelectual, la protección a la biodiversidad y el derecho de las comunidades tradicionales han sido condicionados por las formas de regulación impuestas por el Estado y por organismos supraestatales (tratados y convenciones internacionales), dado que éstos fijan los principios básicos que deben ser seguidos y practicados por los países que los reconocen.

Internacionalmente, la *propiedad intelectual* está regulada por varias convenciones, dentro de las que se destacan la de París (sobre propiedad industrial) y la de Berna (sobre obras literarias y artísticas), el Convenio para la Protección de las Nuevas Obtenciones Vegetales (UPOV) y el Acuerdo General de Tarifas y Comercio (GATT). Cada Estado signatario debe hacer compatible su legislación interna con la propiedad intelectual, en la medida en que se adhiere a un nuevo tratado internacional.

La Convención de París sobre Propiedad Industrial, suscrita el 20 de marzo de 1883, constituyó por primera vez un sistema mundial de patentes y ya preveía en su texto la posibilidad de patentar los productos y procesos farmacéuticos. Brasil se hizo signatario de

esa Convención el 28 de julio de 1884. Dentro de los principios que orientan la Convención de París se destacan: el monopolio de la explotación por el dueño de la patente; el tratamiento similar a las patentes nacionales y extranjeras; la prioridad de un año para que el titular de la patente en un país la solicite en otro y la independencia entre las patentes reconocidas en diferentes países<sup>1</sup>. En términos geopolíticos, la Convención de París tan sólo reforzó las diferencias entre las naciones, privilegiando a los países que ya se encontraban en un pleno desarrollo industrial. Respecto a lo anterior, Carlos Jorge Rosseto afirma que

la Convención de París fue un acuerdo espurio, con ganadores y perdedores claros. Los países con una estructura inventiva bien montada dominaron los mercados de los países que no estaban preparados científica ni tecnológicamente para competir. El monopolio eleva los precios y ganancias y, por consiguiente, acelera la transferencia de renta de los consumidores a los productores. (Rosseto, en Del Nero 1998, 46)

Las cuestiones internacionales sobre la propiedad intelectual deberían ser tratadas en la sede de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI). No obstante, como será mencionado más adelante, por presión de los países industrializados (principalmente de los Estados Unidos), se pasó a negociar dentro del ámbito del Acuerdo General de Tarifas y Comercio (GATT) ciertos asuntos que no se limitaban al comercio de bienes, denominados “nuevos temas del GATT”, dentro de los cuales se destaca la cuestión de la propiedad intelectual. La OMPI es una organización intergubernamental que fue establecida en 1967, en la Convención de Estocolmo<sup>2</sup>, y que en 1974 se convirtió en una agencia especializada de la ONU. Tiene su sede en Ginebra, Suiza. Es el órgano responsable de la armonización y coordinación internacional del tratamiento de la materia, y de hacer viable la transferencia de tecnología entre las naciones (Varela 1998, 60).

Dentro de las funciones de la OMPI se destaca la promoción de la protección de la propiedad intelectual en el mundo entero, mediante

<sup>1</sup> Esta convención sufrió varias revisiones (Bruselas, 1900; Washington, 1911; La Haya, 1925; Londres, 1934; Lisboa, 1958; Estocolmo, 1967) que introdujeron cambios significativos en su texto. El texto actual trata de la “protección por patentes, modelos de utilidad, diseños industriales, marcas de comercio, nombres de comercio, indicaciones de origen y concurrencia desleal” (Varela 1998, 59-60).

<sup>2</sup> “El texto de la revisión de Estocolmo de la Convención de París fue ratificado por Brasil a través del Decreto N° 1263, de 10 de octubre de 1994, y, por lo tanto, fue incorporado al derecho interno” (Loureiro 1999, 21).

la cooperación de los países (Del Nero 1998, 111). En 2000, la OMPI creó un Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Conocimiento Tradicional, Recursos Genéticos y Folclore, para tratar específicamente el acceso a los recursos genéticos y la distribución de beneficios, la protección de los conocimientos tradicionales y la protección de las expresiones del folclore. La tendencia adoptada por el Comité ha sido la de tratar el conocimiento tradicional dentro de los mecanismos existentes de protección a los derechos de propiedad intelectual (Baylão y Bensusan, en Lima 2003, 19).

Uno de los primeros instrumentos normativos específicos sobre el tema del acceso a los recursos genéticos y al conocimiento tradicional en el ámbito de América Latina es el Pacto Andino. Este Pacto está incluido en el marco del Acuerdo de Cartagena, firmado por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, y regula algunos aspectos relativos a los recursos genéticos. La Decisión Andina 391 entró en vigencia en agosto de 1996. Su intención es establecer, entre los países miembros, un régimen común sobre el acceso a los recursos genéticos. De acuerdo con algunos autores, la Decisión Andina 391 reconoce la contribución histórica de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, así como su facultad de decidir sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales vinculadas con los recursos genéticos (López, en Flórez 1998, 95).

Con todo, en el texto de este acuerdo se puede identificar la intención subyacente de establecer una única manera de valorar los beneficios provenientes de la biodiversidad (López, en Flórez 1998, 112). En este sentido, se trata de una concepción excluyente impuesta por los actores que piden tener acceso a los recursos genéticos, principalmente las empresas multinacionales interesadas en programas de bioprospección. A pesar de la relevancia del Pacto Andino y de otros productos legislativos pertinentes, para los objetivos de este texto se hará énfasis en el Convenio para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV) y el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT), que posteriormente serán analizados en detalle.

En lo que se refiere a los *derechos de las comunidades tradicionales*, sean pueblos indígenas, tribales u otras comunidades locales, se hace referencia principalmente al Convenio 169 de la OIT (aunque hasta ahora no haya sido ratificado por Brasil) y al Convenio sobre Diversidad Biológica que, principalmente en su artículo 8j, trata

las comunidades locales y los pueblos indígenas y su importancia en la preservación de la biodiversidad.

Aunque los enfoques sean bien distintos y variables según la tarea de cada institución, en suma se puede decir que la cuestión de la regulación de los conocimientos tradicionales está siendo tratada en varios foros internacionales, entre los que se destacan el Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI o WIPO), la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), el Alto Comisionado de la ONU sobre Derechos Humanos (UNHCHR), la Organización Mundial del Comercio (OMC o WTO) y recientemente la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible (WSSD) que tuvo lugar en Johannesburgo en 2002 (Baylão y Bensusan, en Lima 2003, 17).

### La OMC y el TRIPS

En 1986, por insistencia de los Estados Unidos y de otros países desarrollados, el tema de la protección de la propiedad intelectual fue incluido en el contexto del sistema internacional de comercio. De acuerdo con Sherwood, “cuando fue iniciada en Uruguay la Ronda de Negociaciones Multilaterales de Comercio, convocada por el GATT, un grupo de trabajo sobre TRIPS fue incluido después de la intensa negociación y fuerte oposición por parte de algunos países en desarrollo, especialmente Brasil e India”<sup>3</sup>.

El GATT se proponía establecer un conjunto de reglas mínimas que deberían ser observadas por los países miembros, pero respetando la regulación de cada país. En 1994, tras años de discusiones y debates, se cerró la Ronda de Uruguay (considerada la más larga y compleja negociación sobre el comercio internacional) y un grupo de 123 países participantes suscribieron en Marrakesh (Marruecos) el TRIPS. Sus resoluciones entraron en vigor a partir de enero de 1995 y deben transcurrir once años para que sean implementadas integralmente (Bermúdez 2000, 13). La anterior fue la última ronda de ne-

---

<sup>3</sup> Aunque ahora no lo afirme expresamente, la información presentada por Sherwood demuestra que la determinación de un esquema multilateral de principios y reglas sobre la propiedad intelectual se basó en la oposición a las empresas americanas y a los estudios realizados por países en desarrollo con base en los intereses americanos, lo que daría cuenta de las “debilidades y dificultades de los sistemas de protección de más de cuarenta países, la mayor parte de ellos en desarrollo” (Sherwood 1992, 13-14).

gociaciones del GATT, pues a partir de entonces se constituyó, para sustituirla, la Organización Mundial del Comercio (OMC).

En este sentido, estas negociaciones determinaron el establecimiento de 28 acuerdos y definieron la sustitución del GATT, como mecanismo regulador del comercio internacional, por la OMC, que actualmente cuenta con más de 135 miembros. La OMC, que inició sus operaciones en 1995, fue creada para administrar un sistema global de comercio, mediante el establecimiento de principios, acuerdos, reglas, prácticas y procedimientos. Originalmente constituida como un perfeccionamiento del GATT, la OMC se convirtió “en uno de los poderosos instrumentos de política económica externa de los países desarrollados, en detrimento de los países más vulnerables en el escenario internacional, como es el caso del Brasil” (Gonçalves 2000, 10).

En las negociaciones del GATT se argumentaba que la ausencia de un sistema fuerte de derechos de propiedad intelectual en los países en desarrollo constituía una “distorsión comercial”, que costaba a los países industrializados pérdidas anuales del orden de 200 millones de dólares. El principio fundamental de la OMC es el de no discriminación, basado en la cláusula de la nación más favorecida. Se trata de la prohibición teórica de dar tratamiento preferencial (discriminación positiva) y de imponer restricciones diferenciadas y discrecionales a un socio específico (discriminación negativa). Una de las funciones fundamentales de la OMC consiste en proveer un foro para las negociaciones multilaterales entre sus miembros sobre asuntos directa o indirectamente relacionados con el comercio internacional (Gonçalves 2000, 18)<sup>4</sup>.

La posibilidad de tratar asuntos “indirectamente” relacionados con el comercio internacional amplió la esfera de actuación de esta organización. Si antes el GATT se restringía al comercio internacional de bienes, la OMC pasa ahora a deliberar también sobre el comercio de servicios y sobre cuestiones de propiedad intelectual relacionadas con el comercio. Además, en sus distintos comités, la OMC trabaja con los temas del medio ambiente, agricultura, medidas sanitarias y fitosanitarias, entre otras. Contradictoriamente, por

---

<sup>4</sup> Otras funciones básicas son facilitar la implementación de los acuerdos entre sus miembros por medio de un secretariado permanente en Ginebra (a diferencia del GATT, que era un acuerdo de carácter provisional, la OMC fue creada como una institución internacional permanente) y el establecimiento de un foro para la resolución de conflictos.

eso, con base en el argumento de la especificidad del foro y de la adecuación institucional, ciertos grupos de países desarrollados se han negado a incluir cláusulas sociales en la OMC, afirmando que es la OIT (Organización Internacional del Trabajo) la institución especializada en cuestiones laborales y sociales. No obstante, como lo analiza el profesor Reinaldo Gonçalves:

El hecho de que la OMC no tenga competencia específica en un área no supone una restricción en lo que se refiere a los aspectos comerciales de la misma. Si no fuese así, no tendría sentido introducir en la OMC acuerdos que tratan aspectos comerciales sobre temas como la inversión externa, la agricultura y la propiedad industrial. Si el argumento anterior fuese verdadero sería posible, entonces, transferir el acuerdo sobre productos agrícolas de la OMC al ámbito de la FAO (Food and Agriculture Organization) y el acuerdo sobre propiedad intelectual al WIPO (World Intellectual Property Organization). La ausencia de competencia de la OMC sobre un tema (agricultura, propiedad intelectual, cuestiones sociales o cualquier otro) no invalida el hecho de que la OMC está tratando específicamente el “aspecto comercial”. (Gonçalves 2000, 62)

Vale la pena recordar que el foro internacional adecuado para esa discusión era la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI). Sin embargo, los Estados Unidos prefirieron usar el GATT, y actualmente prefieren utilizar la OMC. Esto se debe principalmente a que la OMPI está dirigida por un cuerpo colegiado en el que los votos tienen el mismo valor y la mayoría de los miembros son países en desarrollo. Por esa razón, “los Estados Unidos y algunos de sus socios comerciales más próximos encontraron que no es un foro conveniente para intentar obtener una protección mayor en los países en desarrollo” (Sherwood 1992, 15). De este modo, tras un largo período de intentos para revisar la Convención de París, la Protección de la Propiedad Industrial de 1967, dentro de la estructura de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (World Intellectual Property Organization, WIPO), los principales países industriales trasladaron la discusión a un foro diferente, y lograron que se impusiesen sanciones comerciales a la infracción de los Derechos de Propiedad Intelectual en el acuerdo del GATT/TRIPS suscrito en abril de 1994 (Cunha 1999, 94).

Esta alteración del foro de discusión es una clara estrategia de los países desarrollados y de los organismos internacionales. De esta

forma, temas que tendrían limitaciones u obstáculos en determinados foros (como en la Eco 92) son trasladados a otras instancias “más favorables” a sus intereses, como el GATT y ahora la OMC. Vale la pena destacar que en la conclusión de la Ronda de Uruguay del GATT no se permitió que la adhesión a sus términos se diese de forma parcial. Así, “los países signatarios tenían, necesariamente, que aceptar el conjunto de los acuerdos o, caso contrario, no participarían en el nuevo sistema multilateral de comercio, que se engendró con la creación de la Organización Mundial del Comercio” (Del Nero 1998, 109).

El TRIPS entró en vigor en Brasil, el 1º de enero de 1995. Fue aprobado por el Congreso Nacional, mediante el Decreto Legislativo 30, de 15 de diciembre de 1994. A través del Decreto N° 1.355, de 30 de diciembre de 1994, el entonces presidente Itamar Franco promulgó el Acta Final del GATT. La aprobación de los resultados de la Ronda Uruguay por el Congreso Nacional supuso modificaciones importantes en el sistema brasileiro de propiedad intelectual (Del Nero 1998, 109)<sup>5</sup>. El acuerdo no fue el producto de negociaciones democráticas entre grupos y países; por el contrario, constituye la imposición de los valores e intereses de las multinacionales de Occidente sobre las distintas sociedades y culturas del mundo. Según Shiva,

la estructura del TRIPS fue concebida y moldeada por tres organizaciones: el Comité de Propiedad Intelectual (Intellectual Property Committee, IPC), Keindanren y la Unión de las Confederaciones de la Industria y de los Trabajadores (Union of Industrial and Employees Confederations, Unice). El IPC es una coalición de 12 grandes empresas norteamericanas: Bristol Myers, DuPont, General Electric, General Motors, Hewlett Packard, IBM, Johnson & Johnson, Merck, Monsanto, Pfizer, Roche y Warner. Keindanren es una federación de organizaciones económicas de Japón, y la Unice es reconocida como portavoz oficial de los negocios y de la industria de Europa. (Shiva 2001, 108)

**En lo que se refiere a las patentes, el acuerdo establece la obligatoriedad de conceder protección a las invenciones, en todas las áreas**

<sup>5</sup> La autora, con base en documento de un seminario promovido por el Foro por la Libertad del Uso del Conocimiento, el 24 de agosto de 1995, resalta que el senador Roberto Requião, en esta ocasión, denunció que la aprobación del GATT por el Senado tuvo lugar en una sesión sin quórum, con el texto parcial en lengua extranjera y en una sesión próxima a la medianoche. Tal hecho, de acuerdo con la autora, “demuestra, una vez más, la urgencia del gobierno brasileiro, tanto en ceder a las presiones internacionales como en otorgar vigencia interna a tal acuerdo que permeó las discusiones de la reglamentación de la propiedad intelectual brasileira” (Del Nero) 1998, 109).

tecnológicas que cumplen con los requisitos de la patentabilidad (Bermúdez 2000, 14)<sup>6</sup>. Los derechos de propiedad intelectual son reconocidos “sólo cuando el conocimiento y la innovación generan lucro y no cuando satisfacen necesidades sociales”, pues el artículo 27 (1) determina que, para que pueda ser patentada, una innovación debe tener potencialmente una aplicación industrial (Shiva 2001, 32). Según el artículo 27 (2), el acuerdo permite que sus miembros consideren como no patentables las invenciones cuya explotación ponga en riesgo la vida o la salud humana, animal o vegetal, o que pueda causar perjuicios al medio ambiente “siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación”. Además, los miembros también pueden considerar como no patentables (i) los métodos quirúrgicos, terapéuticos o de diagnóstico para el tratamiento de seres humanos o de animales, y (ii) plantas y animales, excepto microorganismos y procesos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, exceptuando los procesos biológicos y microbiológicos. A pesar de lo anterior, los miembros concederán protección a variedades de plantas, bien sea por medio de patentes, por medio de un sistema “sui generis” eficaz, sea por combinación de ambos (artículo 27 (3) del TRIPS).

La revisión del artículo 27 (3, b) del acuerdo TRIPS ha suscitado una gran controversia entre los países. En líneas generales,

los países en desarrollo quieren algún reconocimiento y protección de los conocimientos tradicionales, pero parece haber vacilación sobre el objeto, la naturaleza y el propósito de esa protección, así como sobre la extensión en que el asunto debe ser abarcado por el TRIPS. Los Estados Unidos han insistido en no admitir ningún tratamiento del tema de los conocimientos tradicionales en el ámbito del TRIPS. (Baylão y Bensusan, en Lima 2003, 21)

El acuerdo garantiza derechos exclusivos al titular de patentes. Esos derechos incluyen, en el caso del producto, impedir que terceros sin su consentimiento produzcan, prueben, pongan en venta, vendan o importen dichos bienes, y en el caso del proceso se aplican las mismas restricciones, tanto para el uso del proceso, como para la comercialización del producto obtenido a través del proceso (art. 28).

---

<sup>6</sup> “Hasta 1995, los tratados y acuerdos internacionales sobre el tema de la propiedad intelectual y propiedad industrial no contaban con ningún instrumento sancionador, que eventualmente pudiese ser aplicado contra un Estado que se rehusase a promulgar una legislación interna de acuerdo con las normas internacionales, o que editase normas opuestas a sus obligaciones internacionales” (Bermúdez 2000, 57).



Con base en este sucinto análisis se puede afirmar que a través del TRIPS se produce una valorización sin precedentes de los derechos de propiedad intelectual. Su elaboración e implementación fue autoritaria. Así, “a pesar de insistir en que las negociaciones eran globales, los países del Norte se rehusaron a aceptar cualquier discusión, igualmente bilateral, con los países del Tercer Mundo. Eso no es ni multilateralismo ni democracia global” (Shiva 2001, 139). Igualmente se debe destacar que a las comunidades tradicionales les ha sido negada toda posibilidad de participar por sí mismas –independientemente de la actuación de los gobiernos de los Estados donde están localizadas– en el proceso de revisión de este acuerdo.

A partir de 2002, algunos países (Brasil, China, Cuba, República Dominicana, Ecuador, India, Pakistán, Tailandia, Venezuela, Zambia y Zimbabwe) han solicitado modificaciones en el acuerdo TRIPS, para exigir la divulgación de las fuentes y el país de origen de los recursos biológicos y conocimientos tradicionales utilizados en la invención, así como la prueba de haber obtenido el consentimiento previo informado de las comunidades, certificado por las autoridades nacionales.

## El Convenio UPOV

El Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (Convenio UPOV) fue suscrito en París, en 1961. En este instrumento normativo fue creado el Convenio para la Protección de las Nuevas Obtenciones Vegetales (UPOV), una organización intergubernamental con sede en Génova. Entró en vigor en 1968 y ha sido revisada en 1972, 1978 y 1991. El Convenio de la UPOV es un instrumento internacional que disciplina la propiedad intelectual sobre la biotecnología vegetal. Su función es reglamentar las formas de protección de las variedades; a cada país signatario le corresponde decidir y elaborar su propia forma de regulación, ya sea por medio de la patente u otro título especial (Del Nero 1998, 49). El tratado prohíbe que el país signatario adopte simultáneamente las dos formas de protección. Como “variedad”, el tratado incluye cualquier planta, cultura, clon, linaje o híbrido susceptible de cultivo, que sea homogéneo (en lo que se refiere a sus rasgos característicos de reproducción sexual o propagación vegetativa) y estable (debe permanecer fiel a su descripción después de reproducciones o propagaciones repetidas).

De acuerdo con ese sistema, la protección de las obtenciones vegetales constituye una manifestación específica de la protección que el Estado debe dar a la propiedad intelectual. Según Del Nero, ese tratado

establece que las nuevas especies o variedades deben recibir una denominación lo suficientemente clara para identificarlas, no pudiendo constar únicamente de figuras (...). La denominación atribuida a la nueva variedad debe ser construida de tal manera que impida los equívocos, incluyendo características, valor o identidad de la nueva variedad. Esa denominación debe ser diferente de cualquier denominación que identifique, en cualquiera de los países signatarios, variedades de la misma especie botánica, próxima o asimilada. (Del Nero 1998, 49)

El Convenio para la Protección de Nuevas Obtenciones Vegetales es administrado por un consejo formado por representantes de sus miembros. A partir de 1991, ciertas organizaciones intergubernamentales también pueden convertirse en miembros del Convenio. En virtud de un acuerdo de cooperación con la OMPI, el director general de esta organización es el secretario general de la UPOV. Las principales actividades de la UPOV se refieren a la promoción de la armonización y cooperación internacional, especialmente entre los países miembros, ayudándolos en la tarea de introducir una legislación de protección para las variedades de plantas<sup>7</sup>. Para ello establece conceptos básicos que deben ser incluidos en las leyes internas de los miembros de dicha organización, para hacer uniformes o por lo menos compatibles las distintas legislaciones. Adicionalmente, la UPOV establece una lista detallada de principios generales para la conducción del examen de las variedades vegetales.

De acuerdo con la propia organización, la cooperación más intensa entre los Estados miembros se da en el examen de las variedades de plantas. Este examen está basado en combinaciones en virtud de las cuales un Estado miembro realiza pruebas en nombre de otros, o un Estado miembro acepta el resultado de la prueba producida por otros, tomando como base, para su decisión, la concesión de un derecho de productor. Mediante estas combinaciones, los Estados miembros pueden minimizar el costo de la operación de sus sistemas de protección y los productores pueden obtener protección en varios países a un costo relativamente bajo<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> <http://www.upov.org/eng/brief.htm>

<sup>8</sup> <http://www.upov.org/eng/brief.htm>

El sistema propuesto por la Convención UPOV se une a la tendencia a eliminar la diversidad vegetal y sustituirla por variedades patentadas. En ese sentido, la revisión de este Convenio en marzo de 1991 “permite que los países excluyan discrecionalmente la exención a los labradores, esto es, el derecho de éstos de guardar y volver a plantar semillas” (Shiva 2001, 83).

De acuerdo con Edelman, en la medida en que la naturaleza vegetal es descompuesta en objetos “fabricados”, transformados en productos, el vegetal es llevado al mercado. Se convierte en una “cosa” para el derecho. Ese mismo proceso se observa también en lo que se refiere a los microorganismos y animales (Edelman 1999, 316). Brasil depositó su instrumento de adhesión a la UPOV en abril de 1999.

### El Convenio 169 de la OIT

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), creada en 1919 por el Tratado de Versalles, fue la agencia que dio los primeros pasos para la elaboración de un documento jurídico internacional que tratase de los pueblos indígenas. Desde 1921 promovió estudios sobre la situación de los “trabajadores indígenas”, ratificando distintos convenios sobre la materia<sup>9</sup>. El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes fue aprobado por la OIT el 7 de junio de 1989. Este Convenio revisó y sustituyó las normas contenidas en el Convenio 107, “relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y otras poblaciones tribales y semitribales en países independientes”, que data de 1957. Los objetivos del Convenio 169 son respetar a la integridad cultural y garantizar los derechos de los pueblos indígenas y tribales. En este sentido, es un importante marco para la discusión de los derechos colectivos de estos grupos.

Una de las razones para la elaboración de dicho Convenio, expresamente anunciada en su preámbulo, fue el reconocimiento de la aspiración de los pueblos indígenas y tribales a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y su desarrollo económico,

---

<sup>9</sup> Convenio 50 (sobre sistemas especiales de reclutamiento de trabajadores indígenas), Convenio 65 de 1939 (sobre sanciones penales contra los trabajadores indígenas por incumplimiento del contrato de trabajo), Convenio 86 de 1947 (sobre la duración máxima de los contratos de trabajo de los trabajadores indígenas), Convenio 104 de 1955 (sobre la abolición de las sanciones penales por incumplimiento del contrato de trabajo por parte de los trabajadores indígenas) y el Convenio 107 de 1957. Desde luego, vale la pena mencionar que todas estas formulaciones se basaban en concepciones asimilacionistas, etnocéntricas e integracionistas (García-Romeu, s/d, 18).

manteniendo y fortaleciendo sus identidades, lenguas y religiones, dentro del ámbito de los Estados que habitan. El Convenio además tiene en cuenta la frecuente situación de erosión que han sufrido sus leyes, valores, costumbres y perspectivas, apreciando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad.

En su artículo 1, el Convenio especifica quiénes son sus destinatarios. Así, utilizando la expresión “pueblos tribales e indígenas”, y en la perspectiva posteriormente adoptada por el Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, se establece que el criterio fundamental para su determinación será la “conciencia de su identidad indígena o tribal”. Desde luego, el ítem 3 del artículo 1 establece que la utilización del término “pueblos” no tiene el mismo sentido de la expresión usada en el derecho internacional. A pesar de dicha aclaración, existe una gran reserva y un cierto temor por parte de algunos sectores institucionales sobre la utilización del término “pueblo” en las legislaciones nacionales, en virtud de su vinculación con las ideas de autonomía, autodeterminación y liberación nacional. Por tales razones, grupos de legisladores, no sólo en Brasil, se niegan a ratificar el Convenio 169 de la OIT, para que integre la legislación infraconstitucional (Souza 1998, 154).

Este temor de algunos sectores puede ser atribuido a la concepción del Estado de derecho liberal constitucional, en la que las nociones de “pueblo”, “territorio” y “nación” se unen al concepto de Estado como sus elementos constituyentes. Así,

bajo la idea según la cual no puede haber ni territorio, ni pueblo sin Estado, el derecho a la autodeterminación de los pueblos se convirtió en el derecho a constituirse en Estado. A los Estados así constituidos les fue transferido el derecho de autodeterminación. Es decir, la autodeterminación de los pueblos significa, aun hoy, la autodeterminación de los Estados nacionales. Precisamente ahí radica la dificultad de los organismos internacionales, y de los Estados nacionales que los crean, para aceptar la denominación *pueblo* cuando se refieren a los indígenas, por lo que acuden a subterfugios como poblaciones o personas. (Souza 1998, 77)

El artículo 2 del Convenio 169 establece la obligación de los Estados de desarrollar políticas de protección de los derechos de esos pueblos, garantizando el respeto de su integridad. Estas acciones gubernamentales deben ser realizadas con la participación de los

pueblos interesados, debiendo incluir medidas que promuevan la plena efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones. Además, el Convenio establece en su artículo 4 que las medidas adoptadas para salvaguardar a las personas, instituciones, bienes, culturas y medio ambiente de los pueblos interesados no pueden ser contrarias a los deseos expresados libremente por los involucrados. Al establecer que los Estados deben consultar a los pueblos interesados, a través de procedimientos apropiados y por medio de sus instituciones representativas, cuando adopten medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos directamente (art. 6), el Convenio explica que estas consultas “deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

En síntesis, no hay duda de los avances que dicho Convenio implica al reconocer importantes derechos a los pueblos indígenas y, por tanto, se puede explicar la gran acogida que esta norma ha tenido por gran parte de los defensores de estos pueblos. No obstante, una interpretación simple de este texto permite identificar la concepción monista que le subyace. Así, de acuerdo con la idea general que orienta al Convenio –a pesar de la introducción de los principios fundamentales de la consulta y participación–, la elaboración de políticas públicas y de medidas protectoras parte invariablemente de la iniciativa estatal, dado que los pueblos sólo son consultados para obtener su consentimiento.

Adicionalmente, las costumbres y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y tribales son reconocidos y respetados, siempre y cuando sean compatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos reconocidos internacionalmente. En otras palabras, los sistemas jurídicos no estatales, incluso al interior de las comunidades, sólo son admitidos subsidiariamente. En este sentido, como lo señala Marés,

aunque los Estados admiten que existe un derecho propio de los pueblos indígenas, consideran que este es inferior porque debe tener como modelo los derechos establecidos por el sistema jurídico nacional o los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Esto equivale a decir que estos derechos no tienen autonomía frente al nacional. (Souza 1998, 74)

Conforme se mencionó anteriormente, y a pesar de las críticas esbozadas, son innegables los avances que supone este Convenio, en términos de: a) el reconocimiento de la relación intrínseca entre el territorio y la cultura de estos pueblos; b) la amplia noción de tierras, como “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera” (art. 13); c) el reconocimiento de los derechos de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan; d) la protección de los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras, destacándose los derechos a la utilización, administración y conservación de los recursos mencionados (artículo 15); e) el fortalecimiento y fomento de las actividades tradicionales, reconocidas como factores importantes para la conservación de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económico (artículo 23); f) la facilitación de la asistencia técnica y financiera apropiada, teniendo en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos y la importancia del desarrollo sostenible y equitativo (artículo 23, 2), y (g) el reconocimiento del derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación (art. 27).

Aun así, aunque ahora se observe una preocupación por los derechos de estos pueblos, las formas de protección y las modalidades de reparación de estos derechos son determinadas únicamente por el Estado, dentro de su concepción racionalista, patrimonialista y etnocéntrica. Así, para proteger o reparar los derechos violados, los pueblos indígenas y tribales son inducidos a buscar los procedimientos legales establecidos por el orden jurídico nacional. Si quieren crear sus propias instituciones de enseñanza, éstas deben satisfacer las normas mínimas establecidas por las autoridades competentes.

El numeral 2 del artículo 15 del Convenio establece una directriz importante para el propósito de este trabajo y sirve para ejemplificar lo que se acaba de afirmar. El artículo mencionado trata de la hipótesis de los Estados que sean propietarios de las minerales o recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas o tribales. En este caso, el Convenio establece que

los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.

Además, prevé que los pueblos interesados participen, siempre que sea posible, de los beneficios que esas actividades produzcan y reciban una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades. Las organizaciones indígenas discrepan en cuanto a la importancia y al papel de este Convenio para los pueblos indígenas. Algunas lo consideran una conquista indígena, pero otras lo consideran un instrumento jurídico de poco valor, teniendo en cuenta que fue elaborado al margen de los representantes de los pueblos indígenas (García-Romeu s/d, 21).

### El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB)

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, que tuvo lugar del 5 al 14 de junio de 1992 en Río de Janeiro, conocida como Río-92 o Eco-92, mostró la necesidad y la importancia de crear una serie de compromisos entre países sobre la cuestión medioambiental. Esa conferencia representa un marco fundamental, pues a partir de ella la biodiversidad ganó, “evidente y definitivamente, el *status* de pilar crítico y privilegiado de la negociación política y económica (...). La Convención dejó claro, de manera pública, lo que ya se sabía en los círculos especializados: la biodiversidad es poder” (Brasil 1996). Como resultado de este encuentro fue formulado y aprobado el Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), instrumento internacional vinculante que se incluye en la esfera del derecho internacional ambiental y económico. Además de este Convenio, en esta ocasión también fueron aprobados la Declaración de Río, la Agenda 21, los Principios sobre los Bosques y el Convenio sobre Cambio Climático.

El CDB –que fue aprobado en 1992 y entró en vigor en el plano internacional en diciembre de 1993– cuenta con la participación de 181 países y 168 signatarios<sup>10</sup>. Se trata de un documento internacional que tiene como destinatarios directos a las llamadas “partes contratantes”. Las partes contratantes no se limitan únicamente a los Estados que suscribieron dicho Convenio; eventualmente también están constituidas por organismos regionales de integración económica. De acuerdo con la conceptualización trazada por la propia Convención, “organismo regional de integración económica” significa una organización constituida por Estados soberanos de una determinada región, a la que los Estados miembros transferirán competencias so-

<sup>10</sup> Datos de agosto de 2001. Brasil es parte del CDB desde 1992 y ratificó dicho Convenio en 1994. Los Estados Unidos, aunque ahora figuren como parte, no ratificaron el Convenio.

bre los asuntos que se rigen por este Convenio, y que fue debidamente autorizada, de acuerdo con sus procedimientos internos, a suscribir, ratificar, aceptar, aprobar y adherir al mismo<sup>11</sup>.

En su primer artículo, el Convenio prevé como sus principales objetivos: la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes, la repartición justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos, incluso mediante el acceso adecuado a estos últimos y la transferencia adecuada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre tales recursos y tecnologías, y la financiación adecuada. El artículo 2 del CDB establece las definiciones o consideraciones sobre algunos de los términos que serán utilizados (área protegida, biotecnología, condiciones *in situ*, conservación *ex situ*, conservación *in situ*, diversidad biológica, ecosistema, especie domesticada o cultivada, hábitat, material genético, organismo regional de integración económica, país de origen de recursos genéticos, país proveedor de recursos genéticos, recursos biológicos, recursos genéticos, tecnología y utilización sostenible).

Además de los aspectos enumerados, el CDB regula la cooperación entre las partes contratantes, las medidas generales para la conservación y la utilización sostenible, la identificación y la supervisión de los componentes de la diversidad biológica, la conservación *in situ* y *ex situ*, la utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica, los incentivos a la conservación y utilización sostenible de componentes de la diversidad biológica, la investigación y la capacitación sobre las medidas para la identificación, conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica y sus componentes, la educación y la concientización pública, la evaluación del impacto y minimización de los impactos negativos, el acceso a recursos genéticos o a tecnología y transferencia de tecnología, el intercambio de información, la cooperación técnica y científica, la gestión de la biotecnología y la distribución de sus beneficios, así como los recursos y mecanismos financieros para las actividades naciona-

<sup>11</sup> El artículo 31, 2, del CDB prevé que "las organizaciones de integración económica regional ejercerán su derecho de voto, en asuntos de su competencia, con un número de votos igual al número de sus Estados miembros que sean Partes Contratantes en el presente Convenio o en el protocolo pertinente. Dichas organizaciones no ejercerán su derecho de voto si sus Estados miembros ejercen el suyo, y viceversa". El artículo 33 establece que el Convenio "está abierto a la firma de cualquier Estado y organización de integración económica regional".



les destinadas a alcanzar los objetivos del CDB, de acuerdo con sus planes, prioridades y programas nacionales. Para nuestro tema, en el ámbito de este Convenio, vale la pena destacar particularmente (i) la cuestión de la titularidad de los recursos biológicos, (ii) el tema de la preservación del conocimiento de las comunidades tradicionales y (iii) la regulación del acceso a los recursos genéticos y a la tecnología.

### *Derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos biológicos*

Una de las innovaciones del CDB consiste en el reconocimiento de la soberanía de los Estados sobre la biodiversidad que se encuentra en su jurisdicción. Durante la preparación del CDB, uno de los aspectos más controvertidos fue una propuesta presentada por varios países del Norte para que la biodiversidad fuese considerada patrimonio común de la humanidad. Los países en desarrollo, no obstante, se opusieron a esta declaración (Pombo, en Flórez 1998, 78)<sup>12</sup>, al entender que beneficiaba tan sólo los intereses de las naciones desarrolladas y sus industrias químicas y farmacéuticas. Así, al destacar la importancia de la diversidad biológica para la evolución y la conservación de los sistemas necesarios para la vida de la biosfera, el Convenio sobre Diversidad Biológica, aunque reconoce que la conservación de la diversidad biológica es una “preocupación común de la humanidad”<sup>13</sup>, afirma que los Estados tienen derechos soberanos sobre sus propios recursos biológicos.

<sup>12</sup> Para oponerse a esta propuesta, una alianza de países en desarrollo buscó formular una estrategia de negociación, pautada: (i) en la preocupación sobre el poder de dominación que los países industrializados podrían adquirir si obtuviesen el control de la biodiversidad, de la biotecnología y de las patentes, (ii) en la posibilidad de compartir los beneficios obtenidos de los desarrollos biotecnológicos que fuesen realizados a partir de recursos provenientes de sus territorios, y (iii) en el reconocimiento del valor estratégico que representa el conocimiento tradicional sobre la diversidad.

La idea de patrimonio común de la humanidad está directamente ligada al régimen de libre acceso a los recursos naturales, que favorece principalmente a quienes poseen más recursos financieros y tecnologías para usufructuar los recursos de la biodiversidad y que, por tanto, tienen mayores posibilidades de ser protagonistas casi exclusivos de los procesos de globalización (Torres G. 1997, 09).

<sup>13</sup> La expresión “preocupación común de la humanidad” (*common concern of mankind*) nunca había sido utilizada anteriormente en ningún acuerdo internacional. Este término aparece también en el Convenio-Cuadro sobre Cambio Climático, suscrito también en Río-92. Según Arcanjo, este nuevo principio tendrá aplicación práctica en la construcción y consolidación de regímenes ambientales internacionales de ámbito global y también en acuerdos bilaterales o regionales para la protección ambiental, teniendo en cuenta la insuficiencia del modelo de independencia estatal (Arcanjo 1997, 295).

Reforzando el concepto de jurisdicción territorial, el Convenio establece que los Estados son responsables de la conservación de su diversidad biológica y de la utilización sostenible de sus recursos biológicos. A pesar de eso, el artículo 3º establece que los Estados, de acuerdo con la Carta, tienen el derecho soberano a explorar sus propios recursos según sus políticas ambientales y la responsabilidad de asegurar que las actividades bajo su jurisdicción o control no causen daño al medio ambiente de otros Estados o a áreas más allá de los límites de la jurisdicción nacional. La idea de soberanía prevista en el Convenio está ligada al principio clásico del derecho internacional de independencia o autonomía de los Estados sobre sus recursos, en este caso, los recursos genéticos.

En ningún momento, el CDB impone o prohíbe la propiedad estatal de estos recursos o cualquier otra forma de titularidad. El Convenio sólo reafirma el postulado de la soberanía de los Estados para determinar la forma de regulación del acceso a sus recursos. Con eso, una de las principales transformaciones provocadas por el CDB fue “la decisión de, en nombre de la conservación de la diversidad biológica, legitimar a los Estados para estatuir nuevas bases para la disciplina del acceso” (Arcanjo 1997, 289).

No obstante, desde el punto de vista de algunas organizaciones indígenas que se han dedicado al tema, la alusión a la soberanía de los Estados no es tan desinteresada y tiene implicaciones concretas en la cuestión del acceso a los recursos, dado que gran parte de la concentración de estos últimos se encuentra en tierras indígenas. Hay una preocupación de los pueblos indígenas en lo que se refiere al énfasis en la soberanía de los Estados sobre los recursos, sin siquiera mencionar las propias formas de soberanía de los pueblos, basadas en sus propios sistemas jurídicos de derecho consuetudinario. En este sentido, el Convenio, al establecer la soberanía de los gobiernos sobre los recursos naturales, debería tener en cuenta que esta soberanía tiene límites en los derechos a la libre determinación de los pueblos. Basándose en este derecho soberano de los Estados, el CDB hace surgir dos obligaciones conexas, que serán reguladas por el propio Convenio: a) de un lado, el acceso a los recursos debe ser permitido y no puede ser prohibido; b) de otro lado, la obligación de transferir tecnologías y financiación adecuada (Flórez 1998, 32).

### *Conocimiento, innovaciones y prácticas de las comunidades locales*

Tal vez uno de los mayores avances del CDB esté en valorar el papel central de las comunidades locales y las poblaciones indígenas en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica. En este sentido, el preámbulo del Convenio reconoce la estrecha y tradicional dependencia de los recursos biológicos con muchas comunidades locales y poblaciones indígenas con estilos de vida tradicionales. Por lo tanto, propugna por la repartición equitativa de los beneficios derivados de la utilización del conocimiento tradicional, de las innovaciones y de prácticas relevantes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes.

De manera más específica, al tratar la “conservación *in situ*”, el célebre artículo 8, literal j (usualmente denominado como artículo 8 j), establece que “Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda:

(...)

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

En 1998, durante su Cuarta Conferencia de las Partes, el CDB creó un grupo de trabajo para tratar el artículo 8 j y temas relacionados. Este grupo, denominado “Ad-hoc Open-Ended Inter-Sessional Working Group on Article 8 (j) and Related Provisions”, se reunió en 2000 (en Sevilla) y en 2002 (en Montreal). También en la Cuarta Conferencia de las Partes se estableció un panel de especialistas para tratar el tema del acceso y la repartición de beneficios. En la Quinta Conferencia (2000) se creó un grupo con mandato para establecer directrices sobre ese tema y en la Sexta Conferencia (2002), esas directrices –conocidas como directrices de Bonn (*Bonn Guidelines*)– fueron adoptadas (Baylão y Bensusan, en Lima 2003, 18).

Hay un amplio debate sobre la interpretación y el alcance del artículo 8 j, de manera tal que permita conjugar esfuerzos para encon-

trar fórmulas jurídicas que reconozcan y valoren la contribución de estas comunidades a la preservación y enriquecimiento de la base genética disponible en el ecosistema (Flórez 1998, 36). Tras su lectura, sin embargo, es posible identificar el sentido teleológico que permea casi la totalidad de las regulaciones jurídicas occidentales sobre el tema. Así, la obligación impuesta a los Estados de respetar, preservar y conservar el conocimiento, innovaciones y prácticas, no se aplica a todo y cualquier conocimiento, ni tampoco a toda y cualquier comunidad indígena o local, sino única y solamente a aquellas que sean relevantes (o pertinentes) para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica. Una vez más, por lo tanto, se reafirma la visión utilitarista que subyace al súbito interés por la protección de los saberes ancestrales.

Para los objetivos del presente trabajo, vale la pena destacar también el artículo 10, literal c, referido a la utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica, que establece que

cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda (...) c) Protegerá y alentará 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.

Este artículo también demuestra la preocupación conservacionista y económica del CDB, disfrazada de protección a las prácticas culturales tradicionales. La discusión sobre los artículos 8 j y 10 c del CDB se ha concentrado esencialmente en las propuestas para la repartición equitativa de los beneficios generados por el conocimiento tradicional. Gran parte de estas propuestas parten de la cosificación de este conocimiento y pretenden regularlo a través de derechos de propiedad intelectual o sistemas semejantes.

### *Acceso a recursos genéticos y transferencia de tecnología*

En lo que se refiere a la regulación del acceso a los recursos genéticos, cabe destacar lo que se establece en el artículo 15 del CDB:

1. En reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos incumbe a los gobiernos nacionales y está sometida a la legislación nacional.
2. Cada Parte Contratante procurará crear condiciones para facilitar a otras Partes Contratantes el acceso a los recursos genéticos para utilizaciones ambientalmente ade-

cuadas, y no imponer restricciones contrarias a los objetivos del presente Convenio.

3. Para los efectos del presente Convenio, los recursos genéticos suministrados por una Parte Contratante a los que se refieren este artículo y los artículos 16 y 19 son únicamente los suministrados por Partes Contratantes que son países de origen de esos recursos o por las Partes que hayan adquirido los recursos genéticos de conformidad con el presente Convenio.
4. Cuando se conceda acceso, éste será en condiciones mutuamente convenidas y estará sometido a lo dispuesto en el presente artículo.
5. El acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona los recursos, a menos que esa Parte decida otra cosa.
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.
7. Cada Parte Contratante tomará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, de conformidad con los artículos 16 y 19 y, cuando sea necesario, por conducto del mecanismo financiero previsto en los artículos 20 y 21, para compartir en forma justa y equitativa los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos con la Parte Contratante que aporta esos recursos. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas.

Aquí, el reconocimiento de la soberanía estatal, previsto a lo largo de todo el CDB, no debería ser interpretado como el desconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas en el interior de los estados nacionales. En este sentido, el Estado no debería ser considerado el portador exclusivo del consentimiento previo (García-Romeu s/d, 51).

El artículo 16 del CDB busca facilitar, entre las partes contratantes, tanto el acceso a tecnologías de conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, como la transferencia de esas mismas tecnologías. Cuando se trata de países en desarrollo, este permiso o la facilitación del acceso y de la transferencia deben tener lugar, en los términos del Convenio, en condiciones justas y más favora-

bles, respetando siempre las eventuales patentes y otros derechos de propiedad intelectual existentes.

En el numeral 5 del artículo 16 se establece que

las Partes Contratantes, reconociendo que las patentes y otros derechos de propiedad intelectual pueden influir en la aplicación del presente Convenio, cooperarán a este respecto de conformidad con la legislación nacional y el derecho internacional para velar por que esos derechos apoyen y no se opongan a los objetivos del presente Convenio.

Sobre el intercambio de información, el artículo 17 del CDB prevé que:

1. Las Partes Contratantes facilitarán el *intercambio de información* de todas las fuentes públicamente disponibles pertinente para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo.
2. Ese intercambio de información incluirá el intercambio de los resultados de las investigaciones técnicas, científicas y socioeconómicas, así como *información sobre programas de capacitación y de estudio, conocimientos especializados, conocimientos autóctonos y tradicionales, por sí solos y en combinación con las tecnologías* mencionadas en el párrafo 1 del artículo 16. También incluirá, cuando sea viable, la repatriación de la información. (itálicas fuera del texto)

Resulta interesante anotar que al regular el llamado “intercambio de información”, el CDB incluye la información sobre el conocimiento indígena y tradicional. Con todo, de manera diferente a lo que ocurre con el acceso a los recursos (art. 15) y a la tecnología (art. 16), no se prevé para este “intercambio” la posibilidad de utilizar los mecanismos financieros establecidos en el CDB (artículos 20 y 21).

El artículo 18 del CDB se refiere a la “cooperación técnica y científica” y establece que las partes contratantes deben, de acuerdo con su legislación y sus políticas nacionales, elaborar y estimular modalidades de cooperación para el desarrollo y utilización de tecnologías, incluso tecnologías indígenas y tradicionales, para alcanzar los objetivos del Convenio. Con ese fin, las partes contratantes deben también promover la cooperación para la capacitación del personal y el intercambio de técnicas. Al hacer explícito que el CDB utiliza el término “acceso” en tres contextos diferentes (acceso a los recursos genéticos, acceso a la tecnología y acceso a los beneficios producidos por la biodiversidad), Francisco Eugênio Arcanjo sintetiza la ecua-

ción que subyace al Convenio, en los siguientes términos: “la conservación de la biodiversidad implica la compensación del acceso a los recursos genéticos por el acceso y a la tecnología y a los beneficios provenientes de su utilización” (Arcanjo 1997, 288). No obstante, de acuerdo con lo que señala dicho autor,

la ecuación no se reduce a la transacción tecnología-recursos genéticos. Se debe agregar una variable más al binomio –el papel de las poblaciones indígenas y de las comunidades locales–, con el siguiente argumento: reconociendo que el modo de vida de estos grupos es esencial para la conservación de la biodiversidad, se establece en el CBD que el acceso a los beneficios defina una repartición justa y equitativa con las comunidades que poseen el conocimiento acaso utilizado, en el sentido de estimular la conservación de su integridad cultural, social y económica. (Arcanjo 1997, 288)

Para suavizar la propuesta de los países industrializados de concebir la biodiversidad como patrimonio común de la humanidad, los países en desarrollo buscaron introducir conceptos basados en los derechos de soberanía (y autodeterminación) de los países y de los pueblos sobre sus territorios y sus culturas tradicionales. Aun así, los países desarrollados y los grupos de intereses vinculados a la industria biotecnológica articularon mecanismos técnicos y jurídicos que impidieran que el reconocimiento de la soberanía de los países sobre sus recursos biológicos se convirtiera en un obstáculo para la utilización industrial y comercial libre de los recursos de la biodiversidad (Pombo, en Flórez 1998, 79). Para que eso fuera posible, buscaron desvincular la materia prima biotecnológica del dominio soberano de los países y garantizar los derechos de propiedad intelectual sobre los recursos genéticos.

La desvinculación de la materia prima biotecnológica del dominio soberano se realiza a través de la manipulación de los recursos genéticos, para descontextualizarlos del recurso biológico del que provienen. Este mecanismo técnico fue apoyado por la manipulación jurídica que retira del sujeto (sea un ser humano, un ser vivo, un pueblo o un país) los derechos sobre los recursos genéticos que le han sido extraídos. Así, el sujeto de derecho pasa a ser aquel que haya hecho cualquier modificación al recurso genético, haciéndolo diferente de la composición genética del cuerpo del cual fue extraído (Pombo, en Flórez 1998, 79).

Lo que se deduce de esta estratagema de los países ricos es que la cuestión fundamental de la apropiación de la biodiversidad no es ne-

cesariamente la determinación de su titularidad (estatal, universal, comunitaria, etc.), sino la regulación de las formas de acceso, que está basada en la distinción entre recurso biológico y recurso genético, dado que la apropiación reproduce sobre este último. Es la misma situación que se da en la apropiación del cuerpo humano. De este modo

el texto constitucional, al contemplar la prohibición de todo tipo de comercialización y mercantilización del material orgánico de origen humano, recibe, en parte, las preocupaciones de la sociedad con la ética del cuerpo, pero aun así no garantiza la tutela jurídica integral del cuerpo humano, para impedir, por ejemplo, la apropiación y mercantilización de los datos genéticos. (Gediel 2000a, 07)

De cualquier modo, tras la entrada en vigor del Convenio se establece una Conferencia de las Partes para implementar sus disposiciones. Además de la Conferencia de las Partes, se destaca también la Conferencia Técnica de la FAO sobre recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, foro en que se discuten los derechos de los agricultores. En este sentido, es necesario que las ONG y las organizaciones populares continúen presionando a los Estados y a los organismos intergubernamentales para convertir ese Convenio en un importante instrumento de conservación y promoción de un uso realmente sostenible de la biodiversidad (proveniente de su control, conservación y uso por parte de las comunidades locales e indígenas). Con ello se busca evitar que la biodiversidad se convierta en un simple mercado de recursos genéticos accesibles en beneficio de una industria biotecnológica, que no ha dado pruebas importantes de ser sostenible ni sensible a la diversidad cultural del planeta (Martínez 1996, 4).

## LA CONSTITUCIÓN BRASILEIRA DE 1988: ENTRE LA CIUDADANÍA Y LA AUTONOMÍA

Con el fin de ilustrar cómo se regulan en el ámbito interno las cuestiones anteriormente tratadas, en esta sección se analiza el caso de Brasil. Se examinarán brevemente, tanto la protección del conocimiento como la protección de los derechos de las comunidades tradicionales en ese país. En el ámbito infraconstitucional, en el próximo apartado serán señalados algunos aspectos de la Ley sobre Propiedad Intelectual (Nº 9.279, de 14-05-1996), de la Ley de Protección de Cultivos (Nº 9.456, de 28-04-1997)<sup>14</sup>, de la Medida Provisional que

<sup>14</sup> "La apropiación privada de los productos y de los procesos de la biotecnología vegetal



regula el acceso al patrimonio genético, la protección y el acceso al conocimiento tradicional asociado, la repartición de beneficios y el acceso a la tecnología y transferencia de tecnología para su conservación y utilización, así como algunos decretos del Poder Ejecutivo que vienen reglamentando el tema.

La Constitución Federal de 1988 introdujo importantes transformaciones y avances en aspectos relacionados con los derechos culturales y la protección de la diversidad sociocultural brasilera. En su artículo 216, la carta magna dispone que el patrimonio cultural brasilero está constituido por bienes de naturaleza material e inmaterial, tomados individualmente o en conjunto, portadores de referencias a la identidad, a la acción y la memoria de los diferentes grupos que conforman la sociedad brasilera. Aunque ahora exista una previsión constitucional de protección al bien inmaterial colectivo, resulta necesaria una reglamentación para que este bien pueda ser efectivamente tutelado. Para Marés,

la legislación infraconstitucional en vigor no protege los bienes culturales intangibles. El principal y casi único mecanismo procedimental de protección cultural es la inclusión de los bienes en un inventario que el Estado protegerá, pero no se prevé la forma ni la institución para su protección (...). Por lo tanto, a pesar de existir un fundamento jurídico constitucional para la protección jurídica de los bienes intangibles, que garantiza la propiedad colectiva sobre ellos, es necesario que se produzca un esfuerzo legislativo para construir esa protección jurídica, a la vez que la ley deberá definir sus límites conceptuales y delinear los procedimientos para su protección. (Souza 1996, 4)

El artículo 225 de la Constitución garantiza que “Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras”. Al comentar este artículo, el mismo autor señala que:

Tal vez el más importante de los derechos colectivos creados fue elevar el medio ambiente ecológicamente equilibrado a la categoría de bien jurídico y, por lo tanto, apropiable jurídicamente de forma colectiva, según el artículo 225. Este

---

permite la apropiación del conocimiento bajo dos formas de regulación distintas y excluyentes, que son: la Ley de Propiedad Industrial y la Ley de Propiedad Intelectual de Cultivares (derecho del mejorador)” (Del Nero 1998, 269).

derecho quizás es el más relevante porque está asumiendo un papel destacado en el mundo actual. El medio ambiente interviene ya en varias instituciones y subsistemas jurídicos tradicionales, alterando viejos dogmas del derecho y hasta la propia relación de los ciudadanos con el Estado y con las empresas comerciales. (Souza 1998, 181)

En el inciso II del parágrafo 1, la Carta Constitucional determina que para garantizar la efectividad de ese derecho, al Poder Público le corresponde “preservar la diversidad y la integridad del patrimonio genético del país y fiscalizar a las entidades dedicadas a la investigación y manipulación de material genético”. En el parágrafo 4 del mismo artículo se establece que “La Floresta Amazónica brasileña, la Selva Atlántica, la Sierra del Mar, el Pantanal Mato Grossense y la zona Costera son patrimonio nacional, y su utilización se hará en la forma de la ley, dentro de las condiciones que aseguren la preservación del medio ambiente, incluyendo lo referente al uso de los recursos naturales”.

De acuerdo con Bento Graff,

el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado y el derecho a la preservación de la diversidad y la integridad del patrimonio genético del país se encuentra, sin duda, en el llamado “texto menor” de la Constitución Federal de 1988, principalmente si fuesen considerados los condicionamientos que impone a la actividad económica, tal y como está siendo practicada. (Graff 2000, 138)

Adicionalmente, el texto constitucional trata en un capítulo especial importantes temas relacionados con los pueblos indígenas. De acuerdo con Marés,

los cambios producidos en la Constitución y en el propio Estado tuvieron la profundidad de transformar las concepciones jurídicas sobre los pueblos indígenas. El viejo concepto de asimilación cede su lugar al concepto de convivencia. Es decir, los indígenas han adquirido el “extraño” derecho a seguir siendo indígenas, después de quinientos años de integración forzosa. (Souza 1998, 165)<sup>15</sup>

<sup>15</sup> En el mismo sentido, Dantas asevera que “Los derechos indígenas garantizados en la Constitución, por primera vez en la historia no son el resultado de la benevolencia del Estado, sino la expresión del proceso de lucha de los líderes indígenas y de grupos organizados o instituciones de la sociedad civil que colmaron el espacio democrático constituyente con debates, propuestas e informaciones, lo que produjo un texto que sirvió de base para las constituciones democráticas suramericanas, promulgadas después de la Constitución brasilera” (Dantas 1999, 50).

El artículo 231 reconoce a los indígenas su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, así como los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Con base en el texto constitucional, Marés considera que “el derecho colectivo de los pueblos indígenas sobre el conocimiento, el saber y el dominio de técnicas capaces de reconocer cualidades medicinales o mágicas en plantas y animales está reconocido, pero no desarrollado concretamente” (Souza 1998, 182).

No se pueden negar los avances de la Constitución de 1988. Marés destaca que a partir de su promulgación, algunos derechos colectivos fueron reconocidos e integrados definitivamente en el ordenamiento jurídico: “hay derechos colectivos clara e inequívocamente expresados en el texto de la Constitución, otros se derivan de una interpretación combinada y sistemática” (Souza 1998, 180). La Constitución brasilera no reconoce expresamente el principio constitucional de la pluralidad de los pueblos, como lo hace por ejemplo la Carta Constitucional de Colombia. No obstante, la Carta Magna de 1988 destaca la importancia de proteger el conjunto de valores culturales diferenciados (usos, costumbres y tradiciones) que componen el panorama cultural brasilero.

La Constitución Federal brasilera establece en su artículo 215 que “el Estado garantizará a todos el pleno ejercicio de los derechos culturales y el acceso a las fuentes de la cultura nacional, y apoyará e incentivará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales”. En el párrafo 1 del mismo artículo dispone que “1) El Estado protegerá las manifestaciones de las culturas populares, indígenas y afrobrasileñas y los otros grupos participantes en el proceso de civilización nacional”. Tomando en préstamo una vez más las palabras de Carlos Frederico Marés, se puede afirmar que:

En el vínculo del derecho con el patrimonio cultural y con los derechos de los pueblos indígenas, está la protección de las culturas vivas, locales y actuantes en el escenario brasilero. Esta protección genera un derecho colectivo que puede ser entendido como la protección de la pluriculturalidad de la organización social brasilera, expresada en el artículo 215, § 1º. Podemos denominar lo anterior como un derecho a la sociodiversidad. Los derechos colectivos, por lo tanto, ya existen dentro del derecho y no fuera de él, pero, por una ironía del sistema, siguen siendo invisibles. (Souza 1998, 183)

## LA LEGISLACIÓN INFRACONSTITUCIONAL

Principalmente tras la entrada en vigor del Convenio sobre la Diversidad Biológica en el sistema jurídico brasileiro –cuando Brasil confirmó su adhesión al Convenio por medio del Decreto Legislativo Nº 2 del 3 de febrero de 1994– se incrementaron los debates en foros de la sociedad civil sobre las formas de regulación del acceso a los recursos genéticos y al conocimiento asociado. Paralelamente, en el ámbito legislativo se discutieron propuestas que buscaban adecuar las normas internacionales sobre el sistema de patentes y el régimen de cultivos.

### La Ley sobre Propiedad Intelectual

Brasil fue el cuarto país del mundo en conceder protección a los derechos del inventor. Lo anterior se produjo mediante el Alvará del Príncipe Regente, de 28 de enero de 1809, vinculando la concesión del privilegio de invención a la novedad y a la utilización (Bermúdez 2000, 54)<sup>16</sup>. En lo que se refiere a los productos y procesos farmacéuticos, cabe destacar que la legislación brasileira los protegió hasta 1945. A partir de entonces, con el Decreto-Ley Nº 7.903/45, fueron excluidas de los privilegios las invenciones que tuviesen como objeto sustancias o productos alimenticios y medicamentos, materias o sustancias obtenidas por medio de procesos químicos.

El Decreto-Ley Nº 1.005/69 promulgó un nuevo Código de Propiedad Industrial y consideró como materia no patentable los procesos de obtención o modificación de las sustancias, materias o productos alimenticios, químico-farmacéuticos y medicamentos. La Ley Nº 5.772/71 mantuvo la exclusión de privilegios de las sustancias, materias, mezclas o productos alimenticios, químico-farmacéuticos y medicamentos de cualquier especie, así como sus procesos de obtención o modificación. Además de eso, su artículo 9 consideraba que “los usos o empleos relacionados con descubrimientos, incluso de variedades o especies de microorganismos, para un fin determinado” no constituían invenciones privilegiadas. Esta prohibición perduró hasta la entrada en vigor de la actual Ley de Propiedad

---

<sup>16</sup> En este trabajo, que analiza los cambios recientes e implicaciones para la producción local y el acceso de la población a los medicamentos, el autor demuestra que “los mayores beneficiarios de las modificaciones recientes en la legislación brasileira y la implementación del TRIPS de la Organización Mundial del Comercio, no fueron empresas o instituciones brasileiras, sino las empresas transnacionales, que tienen la hegemonía de nuestro mercado” (Bermúdez 2000,54).

Industrial, Ley N° 9.279 de 14 de mayo de 1996, cuyos principales aspectos serán analizados a continuación.

La Ley N° 9.279, que regula los derechos y obligaciones relativos a la propiedad industrial, optó por encuadrar los derechos de propiedad industrial en la categoría de “bienes muebles” (art. 5°). Como ya se adelantó,

es necesario destacar que la propiedad de los bienes muebles es adquirida a través de la tradición, entrega del objeto. Los bienes producidos a partir de la fuerza de trabajo intelectual, aunque sean caracterizados como bienes muebles, sólo producen efectos cuando son registrados en el organismo estatal competente; el procedimiento, por lo tanto, es solemne, no se restringe a la simple tradición, como es propio de esas categorías de bienes. (Del Nero 1998, 39)

Dentro del sistema jurídico brasilero, el derecho a obtener una patente que garantice la propiedad es asegurado al autor de la invención o modelo de utilidad (art. 6), mientras la solicitud puede ser hecha a nombre propio (es decir, por el propio autor), por los herederos o sucesores o por el cesionario a quien la ley o el contrato de trabajo o de prestación de servicios determine que pertenezca la titularidad (art. 6, par. 2). El parágrafo 3 del mismo artículo 6 prevé la posibilidad de realización conjunta de la invención o modelo de utilidad por dos o más personas. En este caso, la patente podrá ser solicitada por todas estas personas o por cualquiera de ellas, mediante nombramiento y cualificación de las demás. Es patentable, en los términos del artículo 8ª de dicha ley, la invención que cumpla con los requisitos de novedad, actividad inventiva y aplicación industrial.

La Ley N° 9.276/96 excluye del dominio de las patentes, entre otros, aquello que fuere contrario a la moral, a las buenas costumbres y a la seguridad, el orden y la salud públicos (art. 18, I); los descubrimientos, teorías científicas y métodos matemáticos (art. 10, I); las concepciones puramente abstractas (art. 10, II); los esquemas, planos, principios o métodos comerciales, contables, financieros, educativos, publicitarios, de sorteo y de fiscalización (art. 10, III); las obras literarias, arquitectónicas, artísticas y científicas o cualquier creación estética (art. 10, IV); los programas de computador en sí (art. 10, V); la presentación de informaciones (art. 10, VI); las reglas de juego (art. 10, VII); las técnicas operatorias o quirúrgicas y métodos terapéuticos o de diagnóstico para aplicación en el cuerpo humano o animal (art. 10, VIII), y todo o parte de los seres vivos naturales y materia-

les biológicos encontrados en la naturaleza, aunque estén aislados de ella, incluso el genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural y los procesos biológicos naturales (art. 10, IX).

Aunque excluya todos o parte de los seres vivos, la actual ley de propiedad industrial admite patentes de microorganismos transgénicos que cumplan con los tres requisitos de patentabilidad (novedad, actividad inventiva y aplicación industrial) y que no sean un simple descubrimiento (art. 18, III). En ese sentido, se excluye la posibilidad de patentar los seres vivos (animales y plantas) y los microorganismos en la forma en que fueren encontrados en la naturaleza. Con todo, aunque se excluya la patente sobre el *producto* (seres vivos bajo cualquier forma y microorganismos en la forma natural), es posible patentar cualquier *proceso* biotecnológico, lo que es más usual.

Una vez son observadas las normas internacionales ratificadas internamente, cada país tiene derecho a “legislar libremente en materia de propiedad industrial, pudiendo, entre otras cosas, excluir el derecho de patentes en algunas áreas de tecnología, determinar el plazo de duración de las patentes, así como regular todos los detalles administrativos” (Del Nero 1998, 45). Con todo, durante la discusión del proyecto de ley que dio origen a dicho texto legal (Proyecto de Ley N° 824/91)<sup>17</sup> se observó una gran preocupación en el gobierno brasileiro por aprobar rápidamente el texto de la ley e incorporar todas las imposiciones del TRIPS. En lo que se refiere a las patentes de microorganismos, por ejemplo, el ministro de Relaciones Exteriores Luiz Felipe Lampreia, en el periodo del debate legislativo, afirmó que “cualquier restricción adicional al patentamiento de microorganismos, no prevista en el TRIPS y que vaya a ser incorporada en la nueva ley de propiedad intelectual, podrá causar problemas futuros para Brasil en la Organización Mundial de Comercio” (Del Nero 1998, 136).

La ampliación del término de vigencia de la patente de 15 a 20 años también responde a lo que está contenido en el artículo 33 del TRIPS, que determina que el plazo para el usufructo de la patente de invención no debe ser inferior a 20 años. Como es sabido, la ampliación del plazo de vigencia de las patentes de invención sólo man-

<sup>17</sup> Este es el número que el Proyecto de Ley tenía en la Cámara de Diputados, Cámara de origen. Cuando fue enviado al Senado, el proyecto recibió el N° 115/93.

tiene y fortalece el monopolio y la dominación tecnológica por más tiempo, lo que beneficiará a los países que detentan la tecnología:

Por lo tanto, los términos del GATT/TRIPS, en cuanto a la vigencia del privilegio de patentes, tienen un objetivo cierto y determinado: beneficiar a los países desarrollados, garantizando, cada vez más, su hegemonía tecnológica y científica, por un lado, y reproduciendo sus patrones de desarrollo, en última instancia. Manteniendo ese contexto, los países en desarrollo, como Brasil, que necesariamente deben observar ese plazo de vigencia, están internalizando en sus regulaciones domésticas sobre la materia las desventajas y la dependencia tecnológica internacionalmente concebida en el foro multilateral. (Del Nero 1998, 155)

Por lo tanto se puede decir que además de ignorar los debates que estaban siendo elaborados en la sociedad civil<sup>18</sup>, la regulación jurídica de la propiedad intelectual fue efectuada bajo fuertes presiones de intereses internacionales, sin tener en cuenta los anhelos que sobre el tema tenía la clase empresarial nacional. Especialmente en lo que se refiere a la biodiversidad nacional, la regulación de la propiedad intelectual en Brasil abre la posibilidad de su apropiación por los detentadores de la tecnología, de forma paulatina e institucionalizada. Por lo tanto, se puede decir que “la regulación de la propiedad intelectual ‘rasgó’ el texto constitucional, empaquetando la biodiversidad en un fardo, legitimando el ‘saqueo’ de ese patrimonio del país” (Del Nero 1998, 273).

### Ley de Protección de Cultivos

La Ley brasilera N° 9.456, de 28 de abril de 1997 –también conocida como derecho del mejorador (esto es, quien cruza y “mejora” las especies existentes), del descubridor, del “fitomejorador” o *plant breeder’s rights*–, consagra la protección intelectual de cultivos y fue constituida a partir del Proyecto de Ley N° 1.457/96 para reglamentar las variedades vegetales. De acuerdo con el artículo 2° de la ley que se analiza,

la protección de los derechos relativos a la propiedad intelectual sobre cultivos se efectúa mediante la concesión del Certificado de Protección de Cultivo, considerado como bien

<sup>18</sup> Principalmente en el ámbito del Foro por la Libertad del Uso del Conocimiento, que reunió incontables entidades de la sociedad civil involucradas con el tema de la propiedad intelectual. Según Del Nero, “toda la movilización de ese foro consistió en oponer resistencia ostensible y participativa al Proyecto de Ley, principalmente a lo que dicen sus puntos cruciales (*pipeline*, patentamiento de microorganismos y fármacos, no exigencia de producción local, dilación del plazo de protección, entre otros aspectos)” (Del Nero 1998, 112).

mueble para todos los efectos legales y única forma de protección de cultivos y de derecho que podrá obstar para la libre utilización de plantas o de sus partes de reproducción o de multiplicación vegetativa en el país”.

Al igual que las demás leyes que regulan temas relacionados con la biotecnología, también esta ley inicia sus primeros artículos enumerando y definiendo nuevos conceptos. De tal forma, el artículo 3º de la Ley N° 9.456/97 define, entre otros, lo que es mejorador, descriptor, margen mínimo, cultivo, linajes, híbrido, prueba de distinguibilidad, homogeneidad y estabilidad (DHE), muestra viva, semilla, planta entera y complejo agroforestal<sup>19</sup>. Como “mejorador”, la ley considera a la persona física que obtiene, cultiva y establece descriptores que la diferencian de las demás (art. 3, I). El “cultivo” es definido como la variedad de cualquier género o especie vegetal superior que sea claramente distinguible de otros cultivos conocidos por margen mínimo de descriptores, por su denominación propia, que sea homogénea y estable en relación con los descriptores a través de generaciones sucesivas y que sea de una especie pasible de uso por el complejo agroforestal, descrita en una publicación especializada disponible y accesible al público, así como al linaje componente de híbridos (art. 3, IV).

En líneas generales, la protección de cultivos es una modalidad de propiedad intelectual que proviene de la obtención de una nueva variedad vegetal y que se materializa mediante la emisión de un certificado de protección de cultivos por el Servicio Nacional de Registro y Protección de Cultivos (SNRPC). Dentro de la normatividad mencionada, vale la pena resaltar la exigencia de la prueba de distinguibilidad, homogeneidad y estabilidad (DHE), que sirve para comprobar si el nuevo cultivo es esencialmente derivado, es decir, si sufrió una modificación significativa como resultado del trabajo intelectual. De acuerdo con algunos autores, esta exigencia sería la garantía de

---

<sup>19</sup> “Parece, por un lado, que la ley de cultivos intenta ser exhaustiva en sus definiciones biológicas y, por otro lado, remite a otras reglamentaciones de los mismos conceptos en la vía administrativa. En ese sentido, la posición de la ley es extremadamente regulacionista y, al mismo tiempo, remite a los criterios al órgano administrativo competente para hacer más minuciosas sus definiciones (...). Una característica constante de la Ley 9.456/97 es la minucia de los conceptos relativos a los términos biológicos y relacionados con la biotecnología vegetal. En el complejo de definiciones que permea esa ley, se instituye una maraña interdependiente de conceptos. Es decir, para la caracterización normativa del objeto de tutela jurídica del cultivo prevista en el art. 4º de la Ley 9.456/97, es necesaria la utilización de los dieciocho incisos del art. 3º que tienen como característica esencial la descripción de conceptos o categorías” (Del Nero 1998, 219-221).



que la ley no admite la protección de simples descubrimientos o de la planta nativa integrante de la biodiversidad. En caso contrario,

la tutela jurídica de la protección de variedades vegetales estaría completamente descaracterizada, así como la biodiversidad brasilera estaría sujeta a la apropiación por parte de empresas privadas que tienen en la biotecnología vegetal su actividad primordial o colateral, o que constituiría una flagrante inconstitucionalidad, dado que el medio ambiente es un bien de uso común del pueblo, en los términos de la Constitución Federal. (Del Nero 1998, 223)

La protección es asegurada al obtenedor del nuevo cultivo, que puede ser una persona natural o jurídica (art. 5º). En los casos en que el proceso de obtención fuera realizado por dos o más personas, en cooperación, la solicitud de protección puede ser hecha en conjunto o aisladamente, a través de la calificación de cada una de las partes involucradas (art. 5º, par. 1º). No es pasible de protección el proceso concebido por el obtenedor para conseguir el cultivo, sino únicamente el producto final, es decir, el material de reproducción o de multiplicación vegetativa de la planta entera (art. 8º). De acuerdo con el artículo 9º, el derecho conferido al titular se refiere a la reproducción comercial en el territorio brasilero, y a la prohibición a terceros, durante el plazo de protección, de producir con fines comerciales o poner el cultivo a la venta.

La protección del cultivo tiene una duración de quince años, exceptuando las cepas, los árboles frutales, los árboles forestales y los árboles ornamentales, y sus portainjertos, para los que la duración será de dieciocho años. Después de ese plazo, el cultivo será de dominio público y ningún otro derecho podrá obstaculizar su libre utilización. En los términos de la ley, la solicitud de protección será formalizada mediante requerimiento firmado por la persona natural o jurídica que obtiene el cultivo, o por su representante, y protocolizada ante el órgano competente (art. 13). Cuando se expida el Certificado de Protección de Cultivos, este deberá contener el número respectivo, nombre y nacionalidad del titular<sup>20</sup>, si fuere el caso,

---

<sup>20</sup> Patricia Aurelia del Nero destaca que la Ley hace una previsión expresa de dos sujetos: el mejorador y el titular del cultivo. De acuerdo con la autora, el artículo 38, en su parágrafo 2, contempló la presunción de la titularidad a favor del empleador. "Es en ese sentido y contexto donde se puede afirmar que tanto la Ley de Cultivos como la Ley de Propiedad Industrial, además de expropiar a los trabajadores intelectuales, sustrayéndoles los respectivos derechos subjetivos que originariamente eran suyos, los transfiere al empleador (empresa)" (Del Nero 1998, 237).

de su heredero, sucesor o cesionario, así como el plazo de duración de la protección (art. 20, § 2º).

Según el análisis de Del Nero, el sistema de cultivos presenta algunas ventajas frente al mecanismo de funcionamiento de patente, tales como el *derecho del agricultor* (mientras en el sistema de patentes se exige al agricultor la licencia y el pago de regalías al titular, en el derecho del mejorador, desde que sea para consumo propio, el agricultor puede usar el cultivo protegido sin pagar ninguna remuneración al titular del material) y la *libre utilización del cultivo protegido* (que no admite la incorporación del secreto comercial). En ese sentido, de acuerdo con dicha autora, “la forma de protección concedida a los cultivos, por medio del registro de la propiedad intelectual del titular, es flexible y se opone a la forma rígida y monopolística propia del sistema de patentes”<sup>21</sup>. Brasil, al sancionar la Ley de Cultivos, hace cumplir una de las exigencias del TRIPS, “en relación con la protección de variedad de plantas por patentes o por sistema especial” (Chamas 2000, 95).

### Medida provisional sobre el acceso al patrimonio genético y al conocimiento tradicional asociado

En Brasil, la reglamentación del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB) venía siendo debatida desde hace algunos años en el ámbito de la sociedad civil. Esas discusiones fueron en gran parte impulsadas por el Proyecto de Ley N° 306/95, elaborado por la entonces senadora (y actual ministra del Medio Ambiente) Marina Silva y que estuvo en trámite hace algunos años en el Congreso Nacional<sup>22</sup>. Dentro de las varias proposiciones, el proyecto de ley preveía instrumentos de protección de los derechos intelectuales colecti-

<sup>21</sup> “Eso equivale a decir que, si el sistema de patentes fuera aplicado a las especies vegetales, no se le permitirá a los agricultores y a la investigación (así como a su desarrollo) el acceso a los cultivos patentados, a no ser onerosamente (esto es, mediante el pago de regalías), y, cuando sea el caso, la exploración económica puede ser obstaculizada por el titular de la patente, pues este posee el derecho subjetivo de exploración, garantizado por la patente, y que es oponible *erga omnes*, en el caso de que no exista licencia expresamente concedida por el respectivo titular” (Del Nero 1998, 215).

<sup>22</sup> Antes de eso, la entonces senadora Marina Silva, posesionada en la legislatura iniciada en febrero de 1995, ya había presentado dos enmiendas al Proyecto de Ley N° 115/93 (que discutía la ley de patentes), referidas a la repartición equitativa de los derechos de patente relativos al uso de los conocimientos de las comunidades locales y poblaciones indígenas. Las dos enmiendas fueron rechazadas. Posteriormente, cuando se discutió la ley sobre cultivos, la senadora decidió presentar un proyecto de ley sobre el acceso a los recursos genéticos, “con la intención de proveer una legislación amplia sobre esa materia, capaz por tanto de sanear los eventuales defectos de los demás textos pertinentes” (Arcanjo 1997, 291).

vos de las comunidades que detentan el conocimiento tradicional utilizado por las empresas de biotecnología. No obstante, como lo relata Juliana Santilli,

mientras distintos sectores del gobierno y de la sociedad civil discutían la formulación de propuestas legislativas teniendo en mente la implementación del Convenio de Diversidad Biológica, el Poder Ejecutivo simplemente “atropelló” el proceso legislativo, y dictó la Medida Provisional regulando la materia, con disposiciones claramente inconstitucionales (...). La Medida Provisional fue promulgada con premura por el gobierno para “legitimar” el acuerdo firmado entre la organización social Bioamazônia y la multinacional Novartis Pharma, el 29/05/2000, que prevé el envío de 10 mil bacterias y hongos de la Amazonia a dicho laboratorio suizo. La organización social Bioamazônia fue creada por el propio gobierno federal para coordinar la implantación del Programa Brasileiro de Ecología Molecular para el Uso Sostenible de la Biodiversidad de la Amazonia (Probem). Frente a la repercusión negativa del acuerdo, el gobierno decidió promulgar una Medida Provisional que regulase, aunque casuísticamente, el acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad. La Medida Provisional contiene una serie de inconstitucionalidades, violando en varias disposiciones derechos adquiridos de las comunidades indígenas y tradicionales. (Santilli 2000)<sup>23</sup>

La Medida Provisional N° 2052, de 30 de junio de 2000 –reeditada en distintas ocasiones y que actualmente se encuentra en su decimosexta edición, bajo el N° 2186-16/2001–, reglamenta el inciso II del párrafo 1° y el párrafo 4° del artículo 225 de la Constitución, mencionados en el numeral anterior, y los artículos 1, 8 j, 10 c, 15 y 16 del Convenio sobre Diversidad Biológica, también analizados con anterioridad. Dicha Medida reglamenta el acceso al patrimonio genético, la protección y acceso al conocimiento tradicional asociado, la repartición de beneficios y el acceso a la tecnología y la transferencia de tecnología para su conservación y utilización. Por mucho tiempo, esa Medida Provisional constituyó, dentro del siste-

<sup>23</sup> La Medida Provisional, acto de iniciativa del Presidente de la República, está prevista en la Constitución brasileña para aquellos casos de importancia y urgencia. Aunque sea un acto con un carácter limitado en el tiempo, el Poder Ejecutivo ha utilizado la estrategia de reeditar continuamente las medidas provisionales. “No fue distinto con la MP que regula el acceso al patrimonio genético brasileño. La medida fue editada por primera vez en julio de 2000 y sigue estando en vigor. Vale la pena anotar que el hecho de que una medida provisional trate un asunto *permanentemente* muestra la falta de voluntad política para abrir el debate y la falta de gobernabilidad frente a la materia” (Bensusan, en Lima 2003, 11).

ma jurídico brasileiro, el único instrumento regulatorio que trata específicamente el conocimiento tradicional y también el acceso a la biodiversidad. No obstante las inconstitucionalidades<sup>24</sup> que permearon todo el texto legislativo desde su origen, para los límites de este trabajo se analizarán sólo los dos artículos más directamente relacionados con el tema del conocimiento de las comunidades tradicionales.

En su artículo primero, la Medida provisional delimita los derechos, obligaciones y bienes sobre los que recaerá la disposición regulatoria de su texto, a saber: I) el acceso al componente del patrimonio genético existente en el territorio nacional, en la plataforma continental<sup>25</sup> y en la zona económica exclusiva para fines de investigación científica, desarrollo tecnológico o bioprospección<sup>26</sup>; II) el acceso al conocimiento tradicional asociado al patrimonio genético, relevante para la conservación de la diversidad biológica, para la integridad del patrimonio genético del país y para la utilización de sus componentes; III) la repartición justa y equitativa de los beneficios derivados de la exploración del componente del patrimonio genético y del conocimiento tradicional asociado; y IV) el acceso a la tecnología y transferencia de tecnología para la conservación y la utilización de la diversidad biológica.

En lo que se refiere al acceso al componente del patrimonio genético para fines de investigación científica, desarrollo tecnológico o bioprospección, de acuerdo con el parágrafo 1o. de este artículo, su regulación por la Medida Provisional se hace sin perjuicio de los derechos de propiedad material o inmaterial que afecten el componente del patrimonio genético accedido o sobre el lugar de su ocurrencia.

<sup>24</sup> El 14 de agosto de 2000, la Confederación Nacional de los Trabajadores de la Agricultura (Contag), asesorada por el Instituto Socioambiental, presentó una acción directa de inconstitucionalidad al STF contra la referida Medida Provisional.

<sup>25</sup> El parágrafo 2º de este artículo 1º dispone que el acceso al componente del patrimonio genético existente en la plataforma continental observará lo dispuesto en la Ley N° 8.617, del 4 de enero de 1993.

<sup>26</sup> El término "bioprospección", entendido como la exploración de recursos genéticos y bioquímicos de valor comercial, es la metáfora que se toma prestada de las nociones de prospección de oro y de petróleo. Para Shiva, "aunque la biodiversidad se haya transformado rápidamente en el oro y en el petróleo verde de las industrias farmacéuticas y de la biotecnología, sugiriendo que el uso y el valor de la biodiversidad residen en el prospector, ésta es, en verdad, conservada por las comunidades locales. Además, esa metáfora sugiere que, antes de la prospección, el recurso yace enterrado, desconocido, no usado y desprovisto de valor (...). La metáfora de la bioprospección esconde, de esa manera, el uso anterior, el conocimiento y los derechos asociados a la biodiversidad. Los sistemas económicos alternativos desaparecen y el prospector occidental es proyectado como la única fuente para los usos médicos y agrícolas de la biodiversidad. Una vez eliminadas las alternativas, los monopolios bajo la forma de DPI parecen naturales" (Shiva 2001, 99).

En ese sentido, a pesar de que regule el acceso al componente genético, el sustrato en que éste se encuentra aún estará regulado por los derechos de propiedad aplicables. Respecto a los recursos fitogenéticos, como vimos, se aplica desde 1997 la protección de cultivos.

En consonancia con el derecho soberano de los Estados sobre sus recursos biológicos, garantizados en la Convención sobre Diversidad Biológica, la Medida Provisional establece que el acceso al patrimonio genético existente en el país solamente será realizado mediante autorización de la Unión, y su uso, comercialización y aprovechamiento para cualquier propósito será sometido a fiscalización, restricciones y repartición de beneficios en los términos y en las condiciones establecidas en esta Medida Provisional y en su reglamentación.

El artículo 4º de la MP dispone que se preserva el intercambio y la difusión del componente del patrimonio genético y del conocimiento tradicional asociado practicado entre sí por comunidades indígenas y comunidades locales para su propio beneficio y basados en la práctica consuetudinaria, no obstante sin aclarar el mecanismo por medio del cual se producirá tal protección. Al igual que el CDB y las demás disposiciones normativas relacionadas con la biotecnología, la MP destina un capítulo a las “definiciones”. Así, en su artículo 7º determina el sentido de los términos “patrimonio genético”, “acceso al patrimonio genético”<sup>27</sup>, “acceso al conocimiento tradicional”<sup>28</sup>, “acceso a la tecnología y transferencia de tecnología”<sup>29</sup>, “bioprospección”<sup>30</sup>, “Contrato de Utilización del Patrimonio Genético y de Repartición de Beneficios”<sup>31</sup>, entre otros.

<sup>27</sup> IV. acceso al patrimonio genético: obtención de la muestra del componente del patrimonio genético para fines de investigación científica, desarrollo tecnológico o bioprospección, con miras a su aplicación industrial o de otra naturaleza;

<sup>28</sup> V. acceso al conocimiento tradicional asociado: obtención de información sobre conocimiento o práctica individual o colectiva, asociada al patrimonio genético, de la comunidad indígena o de la comunidad local, para fines de investigación científica, desarrollo tecnológico o bioprospección, con miras a su aplicación industrial o de otra naturaleza;

<sup>29</sup> VI. acceso a la tecnología y transferencia de tecnología: acción que tenga como objetivo el acceso, el desarrollo y la transferencia de tecnología para la conservación y la utilización de la diversidad biológica o la tecnología desarrollada a partir de la muestra del componente del patrimonio genético o del conocimiento tradicional asociado;

<sup>30</sup> VII. bioprospección: actividad exploratoria que busca identificar el componente del patrimonio genético y la información sobre el conocimiento tradicional asociado, con potencial de uso comercial;

<sup>31</sup> XIII. Contrato de Utilización del Patrimonio Genético y de Repartición de Beneficios: instrumento jurídico multilateral, que califica las partes, el objeto y las condiciones de acceso y de entrega del componente del patrimonio genético y del conocimiento tradicional asociado, así como las condiciones para la repartición de beneficios;

Para los propósitos de este trabajo, vale la pena resaltar las definiciones contempladas en el artículo 7º, en sus incisos I, II y III, de “patrimonio genético”, “conocimiento tradicional asociado” y “comunidades locales”. Según el texto de la Medida Provisional, “patrimonio genético” es la información de origen genético contenida en muestras de todo o de parte del espécimen vegetal, hongo, microbio o animal, en la forma de moléculas y sustancias provenientes del metabolismo de estos seres vivos y de extractos obtenidos de estos organismos vivos o muertos, encontrados en condiciones *in situ*, incluso domesticados, o conservados en colecciones *ex situ*, siempre y cuando sean recogidas en condiciones *in situ* en el territorio nacional, en la plataforma continental o en la zona económica exclusiva.

Laymert señala que una definición como esa reduce toda la biodiversidad a su dimensión molecular, como un *stock* de informaciones. Para el autor,

tal reducción evoca el comentario de Bernard Edelman sobre la forma como la Corte Suprema de Justicia estadounidense proyectó el modelo de invención industrial sobre la bacteria: allá, como aquí, hay una ausencia total de la noción de ser vivo, y por otro lado la materia es entendida exclusivamente como materia prima, como medio para una transformación biotecnológica. (Santos s/d, 14)<sup>32</sup>

Como vimos, la relación indisoluble entre el conocimiento tradicional y el recurso genético existente en las tierras indígenas o de comunidades locales es propia de la cultura de las comunidades tradicionales. No obstante, toda la regulación normativa sobre el acceso actúa en el sentido contrario: el de la disociación del conocimiento en relación con el recurso. La Medida Provisional considera como “conocimiento tradicional asociado”, la “información o práctica individual o colectiva de la comunidad indígena o de la comunidad local, con valor real o potencial, asociada al patrimonio genético”. Laymert García dos Santos, analizando el Proyecto de Ley del Ejecutivo (cuya

---

<sup>32</sup> En el mismo sentido, Shiva señala que la “ingeniería genética nos está llevando a un reduccionismo de segundo orden, no sólo porque los organismos sean vistos aisladamente del medio ambiente, sino porque los genes son vistos aisladamente del organismo como un todo. La doctrina de la biología molecular está modelada en la mecánica clásica. El dogma central es la culminación del pensamiento reduccionista (...). El reduccionismo en la biología no fue un accidente, sino un paradigma cuidadosamente planeado (...). La unión de las metas cognitivas y sociales en la biología reduccionista tiene un fuerte vínculo histórico con la eugénica (...). El reduccionismo fue escogido como el paradigma preferido para el control económico y político de la diversidad de la naturaleza y de la sociedad. (...) [Su fragilidad teórica y explicativa] es compensada por su poder ideológico” (Shiva 2001, 52).

definición del conocimiento tradicional se repite en la Medida Provisional), afirma que “la mayor violencia contra el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas y de las comunidades tradicionales al conocimiento asociado con los recursos genéticos es la definición misma”, que está concebida “como si el saber de esos pueblos pudiese ser traducido en unidades discretas, en bits de información, sin dejar de ser conocimiento tradicional. Como si tal definición no fuese, en sí misma, un intento de apropiación predatorio de una cultura a otra” (Santos s/d., 18).

Un análisis inicial de estos conceptos muestra desde luego su carácter eminentemente utilitarista. Así, las definiciones extraídas de la Medida Provisional demuestran y refuerzan una concepción esencialmente antropocéntrica de la naturaleza, en la que no se considera que tenga valor en sí misma, sino únicamente en función de su utilidad (Correal, en Flórez 1998, 213).

A partir de esta visión utilitarista se está construyendo la noción de una “función social de la naturaleza”, basada en la idea de que la naturaleza desempeña un papel importante dentro del ámbito productivo de un país y, por esa razón, necesita recursos para su conservación y utilización. De acuerdo con esa forma de pensamiento se podría concluir que los seres vivos distintos del hombre no tienen derecho a existir, sino en la medida en que resulten útiles al hombre y a la sociedad. Con eso, los Estados estarían obligados a conservar los o protegerlos sólo cuando cumplan con esta condición (Correal, en Flórez 1998, 213). En el inciso III del artículo 7º, la Medida Provisional establece que la “comunidad local” es el “grupo humano, incluyendo los remanentes de comunidades de quilombos, distinto por sus condiciones culturales, que se organiza, tradicionalmente, por generaciones sucesivas y costumbres propias, y que conserva sus instituciones sociales y económicas”.

Resulta de mayor interés para los propósitos de este texto el capítulo III de la Medida Provisional, destinado a la “protección del conocimiento tradicional asociado”. Francisco Arcanjo, al analizar el Proyecto de Ley N° 306/95, afirma que el capítulo que se refiere a la protección de los conocimientos de las comunidades locales y poblaciones indígenas tal vez sea el que tenga una mayor dificultad técnica y política para su elaboración (Arcanjo 1997, 302). Dicho capítulo III de la MP se inicia con el artículo 8º, que establece que la protección se dará en caso de utilización y explotación ilícita y otras accio-

nes lesivas o no autorizadas por el Consejo de Gestión<sup>33</sup> o por una institución acreditada. Aunque el parágrafo 1º del artículo 8º de la Medida Provisional establece que “el Estado reconoce el derecho de las comunidades indígenas y de las comunidades locales a decidir sobre el uso de sus conocimientos tradicionales asociados al patrimonio genético del país, en los términos de esta Medida Provisional y de su reglamentación”, inmediatamente después, en el parágrafo 2º, determina que “el conocimiento tradicional asociado al patrimonio genético de que trata esta Medida Provisional integra el patrimonio cultural brasilero y podrá ser objeto de registro catastral, de acuerdo con lo que disponga el Consejo de Gestión o la legislación específica”.

El parágrafo 3º de este mismo artículo establece que “la protección otorgada por esta Medida Provisional no podrá ser interpretada para impedir la preservación, la utilización y el desarrollo del conocimiento tradicional de la comunidad indígena o comunidad local”. Por otro lado determina, en su parágrafo 4º que “la protección ahora instituida no afectará, perjudicará o limitará los derechos relativos a la propiedad intelectual”. En ese sentido se observa una postura oscilante y muchas veces contradictoria dentro del texto de la MP. A veces proclama el derecho de las comunidades sobre sus saberes tradicionales, y otras veces establece que ese conocimiento integra el patrimonio cultural brasilero, pudiendo incluso ser objeto de registro catastral. En un parágrafo propugna por la protección del conocimiento tradicional, y en el siguiente asegura los derechos a la propiedad intelectual.

Los derechos de las comunidades tradicionales, que como vimos son diferenciadas entre comunidades indígenas y comunidades locales, están delimitados en el artículo 9º de la MP. En este sentido, a aquellas comunidades que crean, desarrollan, poseen o conservan el conocimiento tradicional asociado al patrimonio genético se les garantiza el derecho de: (i) que se indique el origen del acceso al conocimiento tradicional en todas las publicaciones, utilidades, exploraciones y divulgaciones; (ii) impedir que terceros no autorizados utilicen, realicen pruebas, investigaciones o exploten, divulguen, transmitan o retransmitan datos o informaciones que integren o cons-

---

<sup>33</sup> El artículo 10 de la MP crea el Consejo de Gestión del Patrimonio Genético, de carácter deliberativo y normativo, compuesto por representantes de órganos y entidades de la Administración Pública Federal que tienen competencias sobre las distintas acciones de las que trata esta Medida Provisional, y es presidido por el representante del Ministerio del Medio Ambiente.



tituyan el conocimiento tradicional asociado; (iii) percibir beneficios por la explotación económica realizada por terceros, directa o indirectamente, del conocimiento tradicional asociado, cuyos derechos son de su titularidad, según los términos de la Medida Provisional.

El párrafo único del artículo 9º dispone que “cualquier conocimiento tradicional asociado al patrimonio genético podrá ser de titularidad de la comunidad, aunque sólo un individuo, miembro de esa comunidad, posea ese conocimiento”. En este sentido, la Medida Provisional marca con el hierro de la “titularidad” la relación de las comunidades con sus saberes. Además de las disposiciones normativas previstas en el capítulo sobre la protección del conocimiento tradicional asociado, cabe mencionar otras disposiciones que permiten comprender la tónica de la Medida Provisional.

En el capítulo V, que se refiere al acceso y a la entrega del componente del patrimonio genético, llama la atención el contenido de los artículos 16<sup>34</sup> y 17. Aunque el párrafo 1º del artículo 16 establezca que al final de la recolección de la muestra y de la información, el responsable debe firmar conjuntamente con el titular del área accedida una declaración que contenga un listado del material recogido, el párrafo siguiente permite, aunque excepcionalmente, que la lista sea firmada sólo por el responsable de la expedición, “en los casos en que el titular del área o su representante no fuera identificado o localizado”.

Los párrafos 4º y 5º del artículo 16 establecen la previsión de un Contrato de Utilización del Patrimonio Genético y de Repartición de Beneficios para regular el acceso al patrimonio genético o al conocimiento tradicional asociado que tenga perspectiva de uso comercial o al que le sea identificado posteriormente un potencial uso económico. El párrafo 9º del artículo 16 establece que la autorización del acceso y de la entrega del componente del patrimonio genético<sup>35</sup> se producirá tras el consentimiento previo (i) de la comunidad indígena involucrada, escuchando al órgano indigenista oficial,

<sup>34</sup> Art. 16. El acceso al componente del patrimonio genético existente en condiciones *in situ* en el territorio nacional, en la plataforma continental y en la zona económica exclusiva, y al conocimiento tradicional asociado se realizará mediante la recolección de la muestra y de la información, respectivamente, y solamente será autorizado a la institución nacional, pública o privada que ejerza actividades de investigación y desarrolle áreas biológicas y afines, mediante autorización previa, en la forma señalada por esta Medida Provisional.

<sup>35</sup> De acuerdo con los artículos 10 y 15 de la MP, la autorización de acceso y entrega de la muestra del componente del patrimonio genético es competencia del Consejo de Gestión o de la unidad ejecutora que ejercerá la función de secretaría ejecutiva del Consejo.

cuando el acceso se produzca en tierra indígena; (ii) del órgano competente, cuando el acceso se produzca en área protegida; (iii) del titular del área privada, cuando el acceso se produzca en ella; (iv) del Consejo de Defensa Nacional, cuando el acceso se realice en un área indispensable para la seguridad nacional; (v) de la autoridad marítima, cuando el acceso se realice en aguas jurisdiccionales brasileras, en la plataforma continental y en la zona económica exclusiva. En los casos de daños o perjuicios, siempre y cuando sean debidamente comprobados, causados por el titular de la autorización de acceso y entrega, éste debe resarcir al titular del área, en los términos del parágrafo 10 del artículo 16. Esa concepción reparacionista refuerza una lógica perversa que pretende financiar la conservación de la biodiversidad con un pequeño porcentaje de los lucros generados por su aniquilación. Con eso se legitima la destrucción, sin cuestionarse si ésta puede ser, de alguna forma, efectivamente compensada (Shiva 2001, 105).

Una de las disposiciones que tal vez suscite mayor polémica es la que contiene el artículo 17 de la Medida Provisional. Así, se establece que cuando se trate de un interés público importante, el ingreso a un área pública o privada para tener acceso a la muestra de componente del patrimonio genético no necesitará contar con el consentimiento previo de sus titulares. Buscando atenuar la arbitrariedad de tal intromisión, la MP garantiza a los “titulares” de esas áreas la repartición de los beneficios resultantes de la explotación económica, en la forma determinada por los artículos 24 y 25 y el derecho a ser informados previamente (art. 17, par. 1º). Cuando se trata de un territorio indígena, la Medida Provisional establece, casi irónicamente, que se debe cumplir la Constitución Federal, en su artículo 231, parágrafo 6º. Vale la pena destacar que la caracterización del “interés público importante”, así dicho, está a cargo única y exclusivamente del recientemente creado Consejo de Gestión, vinculado al Ministerio del Medio Ambiente.

En lo que se refiere a la “repartición de beneficios”, la MP dedica el capítulo VII, artículos 24 a 29, a tratar la materia. El artículo 24 dispone:

Art. 24. Los beneficios resultantes de la exploración económica del producto o proceso desarrollado a partir de la muestra del componente del patrimonio genético y del conocimiento tradicional asociado, obtenidos por una institución nacional o una institución con sede en el exterior, serán repartidos, de forma justa y equitativa, entre las partes contratantes,

de acuerdo con lo que disponga el reglamento o la legislación pertinente.

Parágrafo único. A la Unión, cuando no fuere parte del Contrato de Utilización del Patrimonio Genético y de Repartición de Beneficios, le será asegurada, en lo que corresponda, la participación en los beneficios a los que se refiere este artículo.

De esta manera, la intervención sobre la naturaleza, la bioprospección y la explotación económica de la biodiversidad y de los saberes de las comunidades tradicionales son reguladas por medio de la trivial solución patrimonialista de la “participación en los beneficios” y de la “indemnización”, en el caso en que se comprueben los daños que resulten de dichas actividades. De acuerdo con el artículo 25 de la MP, los beneficios provenientes de la explotación económica del producto o proceso, desarrollado a partir de la muestra del patrimonio genético o del conocimiento tradicional asociado, podrán consistir, entre otros, en: (i) división de ganancias; (ii) pago de regalías; (iii) acceso y transferencia de tecnologías; (iv) licenciamiento, libre de tributos, de productos y procesos; y (v) capacitación de recursos humanos.

Para la celebración del Contrato de Utilización del Patrimonio Genético y de Repartición de Beneficios, según el artículo 27, deberán estar indicadas y cualificadas las partes contratantes, que son, de un lado, el propietario del área pública o privada, o el representante de la comunidad indígena y del órgano indigenista oficial, o el representante de la comunidad local y, de otro, la institución nacional autorizada para realizar el acceso y la institución destinataria. Además del objeto, término de duración, rescisión, sanciones, el Contrato de Utilización del Patrimonio Genético y de Repartición de Beneficios debe contener necesariamente un mecanismo de repartición justa y equitativa de los beneficios (art. 28, III) y el derecho de propiedad intelectual (art. 28, V).

De la simple lectura de los artículos 28 y 29 es posible notar que la comprensión y la aceptación de los derechos de naturaleza colectiva todavía tienen una fuerte resistencia. Anteriormente fue demostrado que el sistema jurídico occidental moderno está basado en una lógica individualista, solo admitiendo recientemente (y como una excepción) algunos derechos de dimensión colectiva y titularidad difusa. Aun así, aquellos entes que no son individuos, ni configuran el Estado –como las asociaciones, los sindicatos y los partidos políticos– sólo pueden ejercer los derechos colectivos y difusos, si tienen

como intermediario la figura de un titular, o de una persona jurídica, de conformación individualista.

Por esa razón, según Marés, los derechos colectivos hoy todavía son invisibles:

Cada vez que son propuestos o reivindicados, se descalifica su sujeto: el pueblo indígena, cuando reivindica un derecho colectivo, debe hacerlo como persona jurídica, sólo puede entenderse que el MST (Movimiento de los Trabajadores Sin Tierra) reivindica derechos individuales a la propiedad de lotes de tierra. Precisamente por eso al Poder Judicial le resulta extremadamente difícil entender o acatar el derecho colectivo reivindicado e, invariablemente, autoriza desalojos colectivos de las tierras, garantizando el derecho individual del propietario. Siendo así, en el universo del sujeto individual, todo lo que sea colectivo es estatal, omitido o invisible. (Souza 1998, 169)<sup>36</sup>

Al interior de la lógica occidental moderna yace la dificultad casi insuperable para los juristas de concebir una organización social que prescindiera o que por lo menos no esté directamente insertada en el entramado estatal. Dentro de las sanciones administrativas previstas<sup>37</sup>, sin perjuicio de las sanciones civiles o penales que se apliquen, se destacan entre otras la multa<sup>38</sup>; la aprehensión de las muestras de componentes del patrimonio genético y de los instrumentos utilizados en la recolección o en el procesamiento o de los productos obtenidos a partir de información sobre el conocimiento tradicional asociado; la aprehensión de los productos derivados de la muestra del compo-

<sup>36</sup> Para explicar la conformación individualista del derecho y del Estado, Marés, de forma magnífica, narra la historia de Garabombo. Este personaje de la novela *Historia de Garabombo, O Invisible: Balada 2*, de Manuel Scorza, es un líder de los indígenas del altiplano peruano que era atacado por la extraña dolencia de la invisibilidad, todas las veces que buscaba reivindicar pacíficamente en las reparticiones públicas el reconocimiento de su comunidad. Solamente cuando la comunidad se organizó y reivindicó sus derechos con firmeza, poniendo en práctica actos de rebeldía, Garabombo "inmediatamente fue curado, se hizo visible, y entonces fue perseguido por agitador y violador de las leyes, acabando preso y muerto".

<sup>37</sup> Art. 30. Se considera como una infracción administrativa contra el patrimonio genético o contra el conocimiento tradicional asociado toda acción u omisión que viole las normas de esta Medida Provisional y las demás disposiciones legales pertinentes.

<sup>38</sup> De acuerdo con el párrafo 4º de este artículo, la multa será determinada por la autoridad competente, de acuerdo con la gravedad de la infracción, pudiendo variar entre R\$ 200,00 (doscientos reales) y R\$ 100.000,00 (cien mil reales), cuando se trate de personas naturales. Según el párrafo 5º, si la infracción fuera cometida por una persona jurídica, o con su concurso, la multa será de R\$ 10.000,00 (diez mil reales) a R\$ 50.000.000,00 (cincuenta millones de reales), establecida por la autoridad competente, de acuerdo con la gravedad de la infracción. Como lo dispone el párrafo 6º, en caso de reincidencia, la multa será aplicada por dos.

nente del patrimonio genético o del conocimiento tradicional asociado, y la suspensión de la venta del producto derivado de la muestra del componente del patrimonio genético o del conocimiento tradicional asociado y su aprehensión. La destinación de las muestras, de los productos e instrumentos aprehendidos será definida por el Consejo de Gestión.

En el capítulo de las disposiciones finales, el artículo 31 de la Medida Provisional establece que la concesión del derecho de propiedad industrial por los órganos competentes, sobre el proceso o producto obtenido a partir de la muestra del componente del patrimonio genético, queda condicionada al cumplimiento de esta Medida Provisional, debiendo el solicitante informar el origen del material genético y del conocimiento tradicional asociado, cuando fuera el caso.

El 29 de septiembre de 2001, el gobierno brasilero promulgó el Decreto N° 3945/2001, que establece la composición del Consejo de Gestión del Patrimonio Genético y reglamenta otros aspectos de la Medida Provisional. Según el artículo 3° de dicho Decreto, le compete al Consejo de Gestión del Patrimonio Genético, entre otras funciones: coordinar la implementación de políticas para la gestión del patrimonio genético; establecer criterios para las autorizaciones de acceso y de entrega y criterios para la creación de una base de datos para el registro de información sobre el conocimiento tradicional asociado; deliberar sobre la autorización del acceso al conocimiento tradicional asociado, por medio del consentimiento del titular. El Decreto no prevé la participación de representantes de la sociedad civil y de las comunidades tradicionales dentro del Consejo de Gestión.

En 2002 fue publicado otro Decreto de la Presidencia de la República, con el N° 4.284, de 26 de junio de 2002, que crea el Programa Brasileiro de Ecología Molecular para el Uso Sostenible de la Biodiversidad de la Amazonia (Probem). Este Programa, constituido en el ámbito del Ministerio del Medio Ambiente, tiene como objetivos: I. fomentar la explotación económica de la biodiversidad de la Amazonia brasilera de forma sostenible, respetando las directrices del Convenio sobre la Diversidad Biológica; II. promover la implantación de polos de bioindustrias en la Región Amazónica; III. estimular el crecimiento de la competitividad de las empresas regionales de biotecnología y de los bioproductos en el mercado nacional e internacional; IV. estimular la capacitación tecnológica de las empresas regionales en biotecnología y desarrollo de bioproductos; V. el

avance tecnológico de los centros de excelencia en investigación y desarrollo de la biotecnología instalados en la región; VI. implantar y asegurar el funcionamiento de estructuras de laboratorios y la capacitación técnica y científica en las áreas de bioprospección, biotecnología y constitución de bioindustrias; VII. promover la incorporación de las poblaciones tradicionales de la Amazonia Legal brasilera en el proceso productivo y en la bioprospección; VIII. velar por el establecimiento de mecanismos para la justa repartición de beneficios generados por el uso económico de la biodiversidad; IX. promover la ampliación de canales de comercialización de bioproductos, y X. articular canales de financiación.

Igualmente publicado en el 2002, el Decreto N° 4.339, del 22 de agosto de 2002, estableció principios y directrices para la implementación de la Política Nacional de Biodiversidad. La Política Nacional de Biodiversidad, de acuerdo con el Decreto que la establece, tiene como objetivo general la promoción, de manera integral, de la conservación de la biodiversidad y de la utilización sostenible de sus componentes, así como la repartición justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos, de los componentes del patrimonio genético y de los conocimientos tradicionales asociados a esos recursos. Dentro de los principios rectores, el Decreto destaca: XII. la conservación de la diversidad cultural nacional es importante para la pluralidad de valores en la sociedad en relación con la biodiversidad, dado que los pueblos indígenas, los quilombos y las demás comunidades locales desempeñan un papel importante en la conservación y en la utilización sostenible de la biodiversidad brasilera; XIII. las acciones relacionadas con el acceso al conocimiento tradicional asociado a la biodiversidad deberán transcurrir con el consentimiento previo e informado de los pueblos indígenas, de los quilombos y de las demás comunidades locales.

Además, uno de los siete componentes (ejes temáticos) de la Política Nacional de la Biodiversidad se refiere al “acceso a los Recursos Genéticos y a los Conocimientos Tradicionales Asociados y la Repartición de beneficios”.

Dentro de las directrices de este componente se destaca el establecimiento de un sistema controlado de acceso y de repartición justa y equitativa de los beneficios que provienen de la utilización de recursos genéticos y de los componentes del patrimonio genético, que promueva la agregación de valor mediante la investigación científica y el desarrollo tecnológico y que contribuya a la conservación y

utilización sostenible de la biodiversidad (14.1), y el desarrollo de mecanismos que aseguren la protección y la repartición justa y equitativa de los beneficios derivados del uso del conocimiento, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas, quilombos y las demás comunidades locales, que sean relevantes para la conservación y la utilización sostenible de la biodiversidad (14.2).

Como objetivos específicos de este eje temático, consagrados en el Decreto, se establecen entre otros: establecer e implementar un régimen legal sui géneris de protección a los derechos intelectuales colectivos relativos a la biodiversidad de los pueblos indígenas, quilombos y otras comunidades locales, que cuente con una participación amplia de estas comunidades y pueblos (14.2.1); establecer e implementar instrumentos económicos y un régimen jurídico específico que posibiliten la repartición justa y equitativa de los beneficios derivados del acceso a los conocimientos tradicionales asociados, con la compensación económica y de otro tipo para los detentadores de los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad, de acuerdo con las demandas definidas por éstos y preservando sus valores culturales (14.2.2); desarrollar e implementar mecanismos sui géneris de protección al conocimiento tradicional y de repartición justa y equitativa de beneficios para los pueblos indígenas, quilombos y otras comunidades locales detentadoras de conocimientos asociados a la biodiversidad, con la participación de éstos y preservando sus intereses y valores (14.2.5); establecer iniciativas con miras a la gestión y al control participativo de los pueblos indígenas, quilombos y otras comunidades locales en la identificación y en el registro catastral, cuando corresponda, de los conocimientos tradicionales, innovaciones y prácticas asociadas a la utilización de los componentes de la biodiversidad (14.2.6); asegurar el reconocimiento de los derechos intelectuales colectivos de los pueblos indígenas, quilombos y otras comunidades locales, y la necesaria repartición de beneficios por el uso del conocimiento tradicional asociado a la biodiversidad en sus territorios (14.2.10).

Igualmente, en lo que se refiere a la regulación jurídica brasilera más reciente, durante el mandato del presidente Luiz Inácio Lula da Silva, se creó el Decreto N° 4.703, de 21-05-2003, que regula el Programa Nacional de la Diversidad Biológica (Pronabio) y la Comisión Nacional de la Biodiversidad. El Pronabio tiene como uno de sus objetivos principales la elaboración y la implementación de la Política Nacional de la Biodiversidad, con base en los principios y directri-

ces establecidos por el Decreto N° 4.339, de 22 de agosto de 2002, a través de la promoción de la cooperación con la sociedad civil para el conocimiento y la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la repartición justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización, de acuerdo con los principios y directrices del Convenio sobre Diversidad Biológica, de la Agenda 21, de la Agenda 21 brasilera y de la Política Nacional del Medio Ambiente.

En líneas generales, el anterior es el andamiaje jurídico que ha servido como base para la regulación de los conocimientos tradicionales en Brasil. A pesar de la existencia de algunos avances recientes y de una preocupación creciente por ampliar la participación de las comunidades tradicionales en los foros de debate y ejecución de las políticas de biodiversidad, la mayor parte de los instrumentos legislativos se produjo de forma unilateral (por iniciativa del Poder Ejecutivo), y excluyendo las posibilidades efectivas de participación y control social por parte de los detentadores de los conocimientos tradicionales.

La anotación hecha por Pedro Garcia Tariano enseña la dimensión del absurdo de esta perspectiva autoritaria y excluyente que ha sido adoptada por los Estados: “lo que no me gusta es cómo son conducidas las cosas. No sé si la sociedad no indígena admitiría que los indígenas comenzaran a discutir el destino de la medicina del blanco. Creo que es un gran irrespeto hacia las poblaciones indígenas” (Tariano, en Lima 2003, 118). Además, en el actual estado del debate de las políticas públicas sobre los conocimientos tradicionales, el problema es aun más grave en la medida en que permitir el acceso de la sociedad civil sólo para debatir las formas de ejecución de estas políticas, equivale a invitarla a un juego donde las reglas ya están preestablecidas. Y, una vez más, como en tantas ocasiones en la historia brasilera, a los principales interesados y destinatarios de las políticas les es reservado el limitado papel de legitimadores de proyectos preconcebidos. Cuando se ha elegido el juego y se han definido sus reglas, los jugadores son llamados para que didácticamente “aprendan” cómo se juega y para que emitan su consentimiento “previo e informado” y así iniciar la partida. No obstante, como afirma Laymert:

El problema no es explicar de la mejor manera posible –o ser honesto con las poblaciones tradicionales o con los pueblos indígenas– cuál es el problema. El problema no está en las poblaciones tradicionales, ni tampoco en que su cultura



y su conocimiento sean inadecuados para este nivel técnico-científico y para el marco legal que proviene de este nivel técnico-científico, el problema no está en los indígenas. El problema está en nosotros, es decir, en nuestra incapacidad para reconocer el valor de esta diferencia cultural no sólo para ellos, sino también para nosotros. Si no existe la posibilidad de reconocer ese valor y este conocimiento, en su diferencia, evidentemente este conocimiento está condenado a desaparecer, ya sea a través de las formas de predación conocidas, o a través de una predación que llamo *high tech*, porque ella viene con todas esas “garantías” de consentimiento previo informado –pero que, en realidad, hiere de muerte la esencia misma del conocimiento tradicional. (Santos, en Lima 2003, 96)

No se discute la necesidad de los esfuerzos de la sociedad civil organizada y de los representantes de las comunidades tradicionales para buscar intervenir en el proceso legislativo intentando conseguir cambios significativos en los instrumentos legislativos creados, así como para reivindicar espacios en los órganos y consejos creados por los gobiernos. No obstante, no se puede abandonar el cuestionamiento crítico y radical de los presupuestos político-ideológicos y de la naturaleza de las instituciones y categorías que componen el andamiaje jurídico de la apropiación de los conocimientos tradicionales. Dichos presupuestos, tales instituciones y categorías, en verdad, han sido presentados como “dados” o como puntos irreversibles en el actual estadio de este debate.

Durante un seminario en el que se discutió específicamente el tema del “consentimiento previo e informado”, el profesor Laymert Garcia dos Santos explicitó este punto neurálgico:

Tengo la impresión de que tal y como están las cosas, nosotros perdemos. Y diría que el énfasis del seminario en el consentimiento previo informado es un indicio de que ya perdimos, porque es como si nosotros reconociésemos que el marco de la discusión ya está dado; que el marco legal ya está establecido de una vez, aunque sea por medio de una Medida Provisional, y que tenemos que descubrir una forma para adecuar la mejor salida posible dentro de este marco determinado. Lo que es muy ruin y no protege el conocimiento tradicional ni de los pueblos indígenas, ni de las poblaciones tradicionales. El hecho de que la discusión sea desviada hacia el tema del consentimiento previo e informado limita el debate a una discusión técnico-jurídica, cuando el marco jurídico-político todavía es un tema que debería ser combatido y más discutido. (Santos, en Lima 2003, 95)

En este sentido, es aconsejable no perder de vista que la Medida Provisional brasilera, su Decreto Reglamentario y otros instrumentos legales subyacentes buscan “resolver” el tema del acceso al conocimiento tradicional por medio del mecanismo mercantil de la repartición de los beneficios económicos, transformando, deliberadamente, toda una gama de saberes en mercancías. De acuerdo con lo que alerta Laymert Garcia dos Santos, la preocupación central “no puede ser el tema de una compensación justa por la apropiación del conocimiento tradicional o del recurso asociado, sino más bien aceptar que las comunidades tradicionales necesitan ser protegidas de la transformación de sus conocimientos y recursos en materia prima o mercancía apropiable por terceros”<sup>39</sup>.

Esas opciones legislativas entienden el derecho de los pueblos a su cultura y a su conocimiento de manera, por lo menos, paradójica pues al mismo tiempo que lo reconoce, “su óptica puramente comercial parece concebir tal derecho colectivo sólo para cederlo y recibir a cambio una compensación” (Santos s/d, 06). El derecho legislado brasilero no se preocupó de proteger los elementos diferenciales de esas culturas y de nuestra biodiversidad, más allá de los principios y normas constitucionales, y sólo se pronunció recientemente para regular el acceso, el uso y la circulación de parcelas de conocimientos, tomados como nuevas mercancías. Se puede decir, por lo tanto, que a la visión única de la tecnociencia occidental corresponde una estructura jurídica monista. Es decir, “tanto la tecnología como las tendencias legales están orientadas hacia la monocultura y la uniformidad. Están basadas en el exterminio de las distintas opciones tecnológicas y de las formas pluralistas en que los pueblos se relacionan con la naturaleza y desarrollan sistemas de derechos y obligaciones” (Shiva 2001, 147). Por consiguiente, la determinación de cuáles derechos deberán ser protegidos y la manera en que esa protección debe darse parten de una elección autoritaria, que no obstante es oculta. Tal es la concepción monolítica que subyace a la gran mayoría de las regulaciones jurídicas aquí analizadas. Las formas de protección de los derechos son construidas de acuerdo con parámetros normativos y sistemas de regulación que pertenecen a una misma y única lógica: occidental, moderna y propietaria.

---

<sup>39</sup> “Las comunidades tradicionales necesitan tener el derecho a mantener vivo otro concepto de innovación y otros sistemas de conocimiento que no sean reducibles al sistema técnico-científico ni al mercado” (Santos 1996, 06).