

**TERCERA PARTE**

**SISTEMAS REGULATORIOS Y MARCOS  
NORMATIVOS: CRÍTICAS Y TENDENCIAS**

## CAPÍTULO 5

# La regulación del acceso al conocimiento tradicional y las señales de su ruptura

**P**ara adquirir un ropaje jurídico, los hechos de la vida necesitan ser previamente “señalados” por el derecho. En otras palabras, por lo general, para que un hecho produzca efectos jurídicos, convirtiéndose así en un hecho jurídico, deben existir un sistema y una norma jurídica que lo regulen. Para ello, el hecho nuevo es calificado, conceptualizado y clasificado de acuerdo con los patrones que existen previamente dentro del propio sistema jurídico. Este proceso implica frecuentemente elecciones basadas en juicios técnicos, políticos y económicos. Dichas elecciones se van a materializar a través de diferentes y amplios sistemas de regulación, que regirán, a su vez, en distintos instrumentos normativos, nacionales e internacionales.

André-Jean Arnaud observa que, hoy en día, los principales cuestionamientos de juristas, científicos políticos y economistas incluyen preguntas sobre la alteridad, complejidad y mundialización, y se refieren a la regulación de sus diversos aspectos, como la eficacia de la regulación tradicional por el derecho, la validez de otras formas de regulación social y el concepto de desregulación como apelación indirecta a otro derecho (Arnaud 1999, 151). Estas mismas cuestiones permean las discusiones jurídicas sobre la regulación del acceso al conocimiento tradicional. En palabras de Chávez:

(...) la diversidad biológica, para algunos, se ha considerado como objeto de apropiación y exploración económica, más que como un objeto de conservación. Desde este punto de vista, las estrategias tienden a consolidar un mercado mundial en el cual las compañías multinacionales son consideradas rectoras de la producción y el intercambio. Así, la propiedad y el control sobre el conocimiento científico y la innovación

tecnológica constituyen una variable importante, incorporada en distintos tratados globales y regionales sobre libre comercio. (Chávez, en Flórez 1998, 237)

En el mismo sentido, también se puede decir que el saber que conforma el objeto es enclaustrado por el lenguaje, que determina su posición en el sistema jurídico. De acuerdo con Fachin, “cuando se habla de ‘cosa mueble’, se habla de algo que se transmite con la operación que en derecho se llama ‘tradición’. Por lo tanto, la posesión en sentido epistemológico significa organizarse en torno de esos conceptos, y derivar principios de ellos y sistematizar las cosas y los saberes sobre dichas cosas” (Fachin 2000, 166). La cosificación de los seres vivos –ahora denominados recursos naturales, elementos genéticos, material orgánico– supone una adaptación forzosa de los instrumentos jurídicos que son propios de los bienes materiales de naturaleza patrimonial. De acuerdo con lo que señala Gediel, se produce un “desfase entre la disciplina jurídica del acceso y uso de los materiales orgánicos destinados a la experimentación científica y los avances de la ciencia y del mercado farmacéutico”. Buscando configurar este desnivel, la regulación jurídica sobre el acceso y uso de esos materiales “tiene su reflejo en los modelos legislativos de protección a los derechos de autor y las patentes industriales” (Gediel 2000a, 105).

Ya se afirmó que el ingreso de nuevas situaciones en el sistema de regulación jurídica se hace con base en las categorías existentes. El derecho recibe un hecho nuevo encuadrándolo en categorías “limitativas” o en categorías “residuales”. En este sentido,

todo lo que no es persona (categoría limitativa), es cosa (categoría residual); los bienes que no son inmuebles, son muebles; todo lo que no es cosa fuera del comercio, es cosa dentro del comercio; los bienes son patrimoniales o no patrimoniales. Normalmente, el encuadramiento se produce de acuerdo con los intereses: abriendo o cerrando una categoría limitativa o creando una tercera categoría que se adapte mejor. (Barboza 2001, 15)

Intentando examinar los conocimientos y prácticas de las comunidades tradicionales con diferentes estilos de vida, existen varias iniciativas para encontrar fórmulas jurídicas que reconozcan el aporte realizado por estas comunidades para la preservación y enriquecimiento de la base genética disponible (Flórez 1998, 36).

No obstante las intenciones humanitarias que orientan a algunos de estos instrumentos jurídicos de protección a los conocimientos

tradicionales, no se puede negar que uno de los objetivos principales de este nuevo conjunto regulatorio es el reconocimiento de estos conocimientos, pensando en su utilización económica. De acuerdo con lo que fue analizado en el capítulo anterior, el conocimiento obtenido a través de centenares de años ha sido considerado un elemento muy importante en los trabajos de bioprospección, siendo apreciado por eso por las empresas que se dedican a la investigación de sustancias potencialmente útiles para la biotecnología (Flórez 1998, 36)<sup>1</sup>. La regulación de este conocimiento de acuerdo con los intereses del mercado puede llevar a la desestructuración de estos conocimientos y de las comunidades que los construyeron durante siglos.

La apropiación individual de la información o material genético puede dañar gravemente todo el sistema de creencias y saberes que permite la producción de conocimientos colectivos. El debate sobre su protección merece una atención especial pues, para algunos sectores empresariales, estos conocimientos representan apenas y simplemente una fuente de productos y procesos muy lucrativos para sus negocios. Por esa razón pretenden hacer de estos saberes un objeto más de su apropiación privada. Mientras en la cultura occidental el conocimiento está dirigido a la comercialización y acumulación de bienes materiales, en las comunidades tradicionales, el manejo de plantas, semillas, animales y el conocimiento sobre ellos están siempre vinculados a la subsistencia y a una cosmogonía. Muchas plantas, por ejemplo, no tienen la misma función, uso e importancia si son retiradas de su entorno, si las condiciones originales son modificadas (Semillas 1996, 11).

La cuestión de la regulación jurídica del acceso al conocimiento es compleja y conduce a un serio dilema. Por un lado, la adopción de instrumentos legales propios del sistema jurídico occidental supone una imposición arbitraria de categorías y principios que resultan extraños a los distintos modos de organización propios de las comunidades tradicionales. Por otro lado, la negativa a adoptar tales

---

<sup>1</sup> Se podría afirmar que detrás de las recientes propuestas de negociar, legislar y regular el acceso, tanto a los recursos genéticos como a los conocimientos, está la presión para hacer viable su utilización industrial, su privatización y comercialización en detrimento de los poseedores y usuarios originales. Para tales propósitos se están desarrollando acciones simultáneas: financiamiento de investigaciones con instituciones científicas "en interés de la humanidad"; contratos directos con comunidades, con sus organizaciones o con ONG; la toma de muestras de sangre en comunidades indígenas bajo el disfraz de la atención médica, entre otros (Semillas 1996, 15).

instrumentos legales puede implicar una total liberalización de la biopiratería, en la medida en que se retira de la esfera estatal la posibilidad de fiscalizar el acceso a los recursos naturales que integran la biodiversidad. En este capítulo se señalarán algunas tendencias de los principales sistemas de regulación que han sido propuestos para tratar el acceso a la biodiversidad y al conocimiento tradicional asociado. A continuación serán analizadas brevemente las principales normas internacionales y nacionales que tienen alguna relación con dicha temática.

## SISTEMAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: ¿CAPITULACIÓN O RESISTENCIA?

La incorporación de la biodiversidad como factor de producción económica representa un cambio frente a la homogeneización productiva y cultural que había caracterizado a la producción agrícola y pecuaria desde la revolución verde<sup>2</sup>. No obstante, esto no significa que exista una transformación del modelo de desarrollo, como algunas veces se quiere hacer creer. Se trata, tan sólo, de recursos potenciales que hasta ahora no habían sido valorados, utilizados, ni tampoco apropiados. Estos recursos están asociados a sistemas tecnológicos de punta que exigen inversiones altas y que son muy rentables (Pombo, en Flórez 1998, 63). Con el fin de proteger inversiones tan altas se genera un desarrollo considerable del sistema de patentes y otros derechos de propiedad intelectual para poder aplicarlos a la materia viva. Con lo anterior se introduce un elemento que hasta entonces no había sido considerado sobre la circulación, intercambio e innovación del material genético: la posibilidad de que el conocimiento asociado a la biodiversidad pudiese ser objeto de protección a título individual (Pombo, en Flórez 1998, 63)<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> “El paradigma de la Revolución Verde (RV) en la agricultura substituyó el ciclo regenerativo de nutrientes por flujos unidireccionales de insumos, bajo la forma de fertilizantes químicos adquiridos en las fábricas, y productos, constituyendo mercancías agrícolas comercializadas. La fertilidad no era más una propiedad del suelo, sino de los productos químicos (...). Mientras la RV se basaba en el presupuesto de que la tierra es inerte, la revolución biotecnológica roba de la semilla su fertilidad y capacidades autorregenerativas, colonizándola de dos maneras principales: por medios técnicos y por los derechos de propiedad” (Shiva 2001, 72 y 74).

<sup>3</sup> Según la autora “esta estrategia predominantemente económica ha desnaturalizado los componentes de la vida y las milenarias maneras de interactuar con ella para convertirlos en bienes negociables, y para garantizar el control sobre la regulación, la distribución y el manejo de los recursos genéticos. El Convenio sobre Diversidad Biológica, en lo fundamental, ha

De acuerdo con Laymert Garcia dos Santos,

en el plano molecular la relación entre la tecnociencia y el capital se institucionaliza a través de los vínculos jurídicos que unen la invención con la propiedad intelectual. Pero para que eso ocurriese fue necesario transferir a este terreno el régimen de patentes que regía en la esfera industrial y sellaba las relaciones entre él y la ciencia, protegiendo la propiedad de los artefactos y máquinas, esto es de las cosas que no existían en la naturaleza inanimada. (Santos s/d, 7)

Son muchas las formas de propiedad intelectual ligadas a los seres vivos o a los procesos que se desarrollan sobre ellos, como las patentes y la protección de cultivos.

La doctrina, la jurisprudencia y hasta la misma legislación, no resulta extraño, utilizan de forma indistinta o imprecisa los términos “propiedad intelectual”, “propiedad artística, científica y literaria”, “propiedad inmaterial” y “propiedad industrial” (Del Nero 1998, 43). En este trabajo se considera la propiedad intelectual como el régimen jurídico que incluye los derechos de autor, los derechos del inventor y los derechos del reformador. La propiedad intelectual puede ser definida como “las creaciones intelectualmente construidas a partir de formas de pensamiento que se originan en un contexto lógico, o socialmente aplicable al conocimiento técnico-científico, desencadenando o produciendo una innovación” (Del Nero 1998, 38)<sup>4</sup>.

Sherwood enumera cinco formas básicas de propiedad intelectual: el secreto de negocios (también conocido como *trade secret*, es una información comercial o industrial valiosa que una empresa pretende mantener fuera del conocimiento de otros), la patente (que puede ser resumida como un derecho temporal de excluir a otros del uso de una invención nueva y útil), el *copyright* (derecho temporal de un autor o artista de evitar que otros comercialicen copias de su expresión creativa), la marca registrada (palabra o marca que sirve para identificar con exclusividad de la fuente de un producto o servicio) y el *mask work* (expresión del diseño de elementos de un *chip* semiconductor que es exclusivo de su creador). Además de los anteriores, el autor menciona otras formas de protección a la propiedad intelectual,

---

cumplido esta función, apoyado en la Organización Mundial del Comercio, a través del sistema de derechos de propiedad intelectual” (Pombo, en Flórez 1998, 63).

<sup>4</sup> En otro sentido, más ligado a la misma concepción, se puede decir que la “propiedad intelectual es una expresión genérica que corresponde al derecho de apropiación que el hombre puede tener sobre sus creaciones, obras y productos del intelecto, talento e ingenio. Comprende dos grandes áreas: derechos de autor y propiedad industrial” (Bermúdez 2000, 51).

como la de los diseños industriales, derechos conexos y acuerdos para proteger variedades de semillas (Sherwood 1992, 22).

Vale la pena destacar que algunos proyectos normativos que están siendo elaborados con la participación de organizaciones indígenas y de comunidades locales han partido igualmente de parámetros ofrecidos por el sistema de propiedad intelectual. A pesar de los avances que implica, el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas tiene un artículo específico destinado a los “derechos de propiedad intelectual”, en el que reconoce a los pueblos indígenas el derecho al reconocimiento y a la plena propiedad, control y protección de su patrimonio cultural, artístico, espiritual, tecnológico y científico, y a la protección legal de su propiedad intelectual a través de patentes, marcas comerciales, derechos de autor y otros procedimientos establecidos en la legislación nacional (artículo XX, I del Proyecto de Declaración).

Se trata de una incorporación, en mi opinión equivocada, de categorías privadas e individuales para tratar asuntos eminentemente no particulares y colectivos. Según señala Shiva,

si los regímenes de DPI [derechos de propiedad intelectual] reflejasen la diversidad de las tradiciones de conocimiento que dan cuenta de la creatividad e innovación en las diferentes sociedades, serían necesariamente pluralistas, reflejando también los estilos intelectuales de otros sistemas de propiedad y de derechos. No obstante, en la forma como son discutidos actualmente en plataformas globales, esos derechos son una prescripción para la monocultura del conocimiento. (Shiva 2001, 31)

## RÉGIMEN DE PATENTES Y RÉGIMEN SUI GÉNÉRIS

### Régimen de patentes

Las principales formas de protección de la propiedad intelectual son las “patentes” (cuyo propietario tiene el derecho de excluir a los demás del uso de la invención patentada, encontrando límites eventualmente en razones de interés colectivo) y los “certificados de inventor” (cuyo propietario tiene el derecho a ser remunerado por el uso de la invención mientras que el derecho a la exclusividad de la invención pasa a pertenecer al Estado) (Naciones Unidas 1979, 20). Según la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), la patente es un derecho otorgado en virtud de la ley a una persona,

para que se excluya, por un período de tiempo determinado, a los demás de actos sobre la nueva invención descrita. En este sentido, se puede decir que “la patente confiere a su titular el monopolio de la producción y de la distribución de productos en un determinado territorio, por un cierto período” (Naciones Unidas 1979, 175). Este privilegio es concedido por la autoridad gubernamental como un derecho de la persona que está capacitada para requerirlo y que por eso satisface las condiciones necesarias. En general, quien la solicita es el inventor o alguien que haya adquirido el derecho del inventor (personas naturales o jurídicas).

Las condiciones necesarias para la “patentabilidad” son la novedad y la aplicación. La invención es nueva si no hace parte del “estado de la técnica” (todo lo que se hizo accesible al público). Además, para que un invento sea patentable, debe ser aplicable a la industria. La justificación casi unánime de la doctrina para la existencia de las patentes, así como de otras formas de regulación de la propiedad intelectual, estaría en la garantía de una retribución justa a la inversión en investigación y en el impulso a la actividad inventiva (Sherwood 1992, 11). Autores como Sherwood<sup>5</sup>, que defienden los derechos de propiedad intelectual, buscan explicar la pobreza de los países del Sur en la falta de creatividad, que a su vez provendría de la falta de protección a las patentes. Esta concepción, que niega cualquier forma de creatividad que no esté asociada a la búsqueda de lucro, es incisivamente criticada por Shiva:

La falacia de que las personas son creativas sólo cuando obtienen lucros y pueden garantizarlos por la protección de los DPI es central en la ideología de esta institución. Lo anterior niega la creatividad científica de aquellos que no son estimulados por la búsqueda del lucro. Niega la creatividad de las sociedades tradicionales y de la comunidad científica moderna, donde el libre intercambio de ideas es la propia condición de la creatividad, no su antítesis.

(...) Las patentes no son necesarias para generar un clima de invención y creatividad. Son más importantes como herramientas de control del mercado. De hecho, la existencia de patentes debilita la creatividad social de la comunidad

---

<sup>5</sup> Robert M. Sherwood es abogado de una empresa transnacional y es uno de los ideólogos de la defensa de los sistemas de propiedad intelectual. En su libro *Propiedad intelectual y desarrollo económico*, basado en investigaciones en Brasil y en México, intenta convencer al lector de que “la protección a la innovación ha sido el fermento del desarrollo económico de muchos países” y se propone transformar la “imagen negativa” que “ciertas mentes” de los países en desarrollo tienen de estos sistemas (Sherwood 1992, 12).

científica reprimiendo el intercambio libre entre los científicos. (...) Al introducir el sigilo en la ciencia, los DPI y la consecuente mercantilización y privatización del conocimiento irán por fin a la comunidad científica y, por lo tanto, a su potencial de creatividad. Los DPI extrapolan la creatividad al mismo tiempo que acaban con su propia fuente. (Shiva 2001, 35, 37)

Recientemente, las legislaciones nacionales y los acuerdos internacionales han justificado el sistema de patentes, no sólo como estímulo sino también para asegurar que las nuevas invenciones sean usadas en escala comercial e industrial de forma útil. Cada vez más se tiende a incluir disposiciones legales sobre la obligación de que la invención funcione, hecho que incluso puede influir en la duración de la patente. Tradicionalmente se entendía que no todas las invenciones eran patentables. De esta forma, sistemas y programas (incluso de computador), variedades de plantas, razas animales, métodos quirúrgicos y creaciones estéticas no eran considerados invenciones en estricto sentido. También las invenciones resultantes de la investigación pura se encontraban por fuera de los objetivos del sistema de patentes<sup>6</sup>.

Por lo general la exclusión de la patentabilidad de algunas invenciones, responde a razones de interés público. Según la Relatoría realizada por el Departamento de las Naciones Unidas para asuntos económicos y sociales, conjuntamente con la Oficina Internacional de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, en 1975, “en el caso de los alimentos y las drogas, la exclusión de la patentabilidad se funda en la consideración de que la concesión de patentes en ese campo podría traer consecuencias adversas para la accesibilidad o para el precio de bienes que son de importancia vital para la población de un país” (Naciones Unidas 1979, 37)<sup>7</sup>.

Hasta la década de los setenta, el principal campo excluido de la patentabilidad, en distintos países, era el farmacéutico. Para ese sector

---

<sup>6</sup> “Todo el campo de principios y descubrimientos científicos está excluido de la patentabilidad, a pesar de que como es afirmado por un economista, ‘los inventores y fabricantes deben las fortunas que han juntado a los productos patentados en la mayoría de los casos por aquellos que se dedicaron a la ciencia pura de cuyos descubrimientos se valieron’ ” (Naciones Unidas 1979, 166). El economista citado es A. Plant.

<sup>7</sup> Con todo, de acuerdo con este mismo relator, esta situación mostraría una paradoja, pues también sería público el interés en un sistema de protección del derecho sobre las invenciones. En este sentido, la “sustracción de la protección a ciertos campos tecnológicos, con el pretexto de proteger el interés público, constituye paradójicamente un desestímulo al desarrollo de sectores tan esenciales, y no el debilitamiento del derecho natural al invento”. (Naciones Unidas 1979, 37)

se adoptaba la regla de que el proceso de producción podía ser patentable, pero no los productos. La antigua ley brasilera de propiedad intelectual (Ley N° 5.772, de 21 de diciembre de 1971) excluía la posibilidad de patentar las substancias, materias, mezclas o productos alimenticios, químico-farmacéuticos y medicamentos de cualquier especie, así como sus procesos de obtención o modificación, lo que fue modificado con la actual ley (Ley N° 9.270, de 14 de mayo de 1996).

Estudios sobre la tendencia internacional de las leyes de patentes revelan que la mayor parte de los países industrializados, antes de adoptar algún sistema de regulación de la propiedad intelectual, buscan garantizar determinado nivel de desarrollo tecnológico, científico e industrial<sup>8</sup>. El sistema de propiedad intelectual, principalmente el de patentes,

además de garantizar el monopolio institucionalizado, es un instrumento por medio del cual los conocimientos científicos y tecnológicos son transformados en un bien económico [esto es, en mercancía, susceptible de ser enajenada mediante el proceso de intercambios en el mercado], pues su objeto (producto o proceso) se convierte en objeto de tutela, esto es, puede ser protegido y apropiado privadamente y, por tanto, de transacciones mercantiles.

(...) Este mecanismo de funcionamiento de las patentes, y que instituye el monopolio, garantiza la apropiación privada del conocimiento técnico-científico por un único titular que lo ejerce, por un plazo determinado, excluyendo la titularidad de los demás, así como cualquier iniciativa de realización del propio objeto (producto o proceso) patentado. Se trata, por un lado, de un mecanismo que garantiza la exclusividad y, al mismo tiempo, engendra la exclusión. (Del Nero 1998, 70, 79)

En el ámbito del desarrollo y de la soberanía de los Estados, se comprueba que el sistema de patentes sólo reafirma la desigualdad entre los países desarrollados y en desarrollo. Según el Relator de la

---

<sup>8</sup> "El ejemplo clásico es el de Japón. Este país despuntó tecnológicamente en varios sectores industriales, utilizando ampliamente el mecanismo de la copia. Entretanto, el Japón llegó a reconocer y conceder el privilegio de invenciones a partir de la década de los setenta (de 1974 a 1976 en adelante). De ese modo, el Japón aseguró, como primera medida, su capacitación tecnológica, organizándose industrialmente, para posteriormente sólo reconocer y conceder patentes. El caso brasilero, y de otros países en desarrollo, recorrió el camino inverso, es decir, permitió la concesión de patentes, antes de alcanzar su propia capacitación tecnológica plena y un nivel de desarrollo industrial satisfactorio. (...) Brasil, por tanto, en vista de la alteración de la regulación de la propiedad intelectual, reaccionó los requisitos monopolísticos en condiciones desfavorables, si se le compara con la posición asumida por los demás países. En ese sentido, esa opción, claramente adoptada por Brasil, por sí sola demuestra un obstáculo para su desarrollo científico y tecnológico" (Del Nero 1998, 268).

ONU, hasta 1950 los países en desarrollo aún poseían una parte significativa de las patentes concedidas. De acuerdo con los datos en la década de los setenta, estos países aparecen con tan sólo el 6% del acervo mundial de patentes. Además, de este pequeño porcentaje (6%), la mayor parte de las patentes (84%) pertenecen a extranjeros, principalmente a las corporaciones transnacionales de países desarrollados. A su vez, las patentes concedidas a nacionales (personas naturales o jurídicas) en países en desarrollo no superan el 1% del acervo mundial de patentes. El Relator indica además que más del 90% de las patentes pertenecientes a extranjeros en los países en desarrollo no son utilizadas en el proceso de producción de esos países (Naciones Unidas 1979, 138 y 154).

Sobre el “papel del sistema de patentes en la transferencia de tecnología a los países en desarrollo”, la propia Relatoría de la ONU sugiere la revisión de este sistema, resaltando que desde el primer estatuto promulgado por la Ciudad Estado de Venecia hace 500 años, gran parte de las leyes de patentes estaban basadas en leyes y prácticas de los países desarrollados, o fueron heredadas del período de dependencia colonial de algunos de esos países. Vale la pena resaltar otras conclusiones de la Relatoría: (i) la participación de los países en desarrollo en la conformación del sistema internacional de patentes ha sido mínima; (ii) la alta proporción de patentes concedidas por los países en desarrollo a nacionales de los países desarrollados refleja que existen fuerzas desiguales económicas y tecnológicas entre los países desarrollados y en vías de desarrollo; (iii) gran parte de las patentes concedidas a extranjeros por los países en desarrollo no han sido utilizadas en la producción, sino para asegurar monopolios de importación; (iv) las pocas patentes extranjeras efectivamente utilizadas en la producción consisten en la transferencia de tecnología, incluyendo frecuentemente el pago de regalías, cláusulas restrictivas, que influyen en el aumento de los costos de obtención de la tecnología (Naciones Unidas 1979, 191-194).

Hoy, las directrices del sistema de propiedad intelectual están en gran parte delineadas por el TRIPS (*Trade-Related Intellectual Property Rights* –Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio–), que será brevemente analizado en el próximo capítulo. Desde luego, se puede adelantar que, según ese acuerdo, los titulares de patentes poseen derechos exclusivos, tanto de los productos como de los procesos, pudiendo cederlos, trans-

ferirlos por sucesión y celebrar contratos de licencia, percibiendo las respectivas regalías (Del Nero 1998, 124)<sup>9</sup>.

El sistema de propiedad intelectual, principalmente el de patentes, se caracteriza por la apropiación privada y monopolística de los inventos. Por esa razón se trata de un sistema que, “además de ser ‘imperfecto’, maximiza las desigualdades, pues todo el proceso de información y generación de conocimiento técnico-científico es controlado de forma hegemónica, si no es que monopolista, por los países desarrollados”. De acuerdo con Del Nero,

el acceso a esos recursos y medios tecnológicos es limitado y excluyente: es propiedad exclusiva de sus titulares legales quienes, como ya se destacó, generalmente son las empresas y no los inventores efectivos o creadores –los investigadores y técnicos especializados en las líneas de investigación y producción–. Por lo tanto, existe una concentración del conocimiento apropiado por los países desarrollados, y la dependencia tecnológica y científica es evidente, sobre todo en lo que se refiere a los países en desarrollo. (Del Nero 1998, 96)

Para Shiva, “las patentes cumplen un papel central en la colonización de la regeneración vegetal y, así como los títulos de tierras, están basadas en el presupuesto de posesión y propiedad” (Shiva 2001, 75).

Si la sistematización de las patentes puede ser criticada desde el punto de vista de la apropiación de la información técnico-científica académica (por los laboratorios especializados), son mucho más pertinentes las críticas a su inadecuación respecto del conocimiento colectivo y ancestral de las comunidades tradicionales. El carácter individualista del sistema de patentes se opone frontalmente a la formación y a la naturaleza colectiva del conocimiento tradicional, así como a las demás características de ese saber, mencionadas en el capítulo anterior.

## Regímenes especiales o sui géneris

La posibilidad de un régimen sui géneris para regular el acceso a la biodiversidad y al conocimiento tradicional asociado es prevista y permitida por el TRIPS, que será explicado con mayor detenimiento más

---

<sup>9</sup> En palabras de la autora, “en caso de que las legislaciones de los países signatarios no contemplen las modalidades de propiedad intelectual descritas y fijadas por el TRIPS, el referente de cualquier forma de protección prevista en el Tratado podrá invocar la observancia de sus términos, pues los mismos fueron incorporados por la legislación de cada país que adhirió a ellos, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 65 de las Disposiciones Transitorias del TRIPS” (Del Nero 1998, 125).

adelante. El acuerdo TRIPS, en su artículo 27, 3, permite que los países miembros excluyan plantas y animales de la patentabilidad, otorgándoles la facultad de disponer de un sistema *sui generis* efectivo para la protección de ciertas variedades de plantas. No obstante la anterior disposición, aparentemente amplia y genérica, de acuerdo con los criterios del TRIPS, ese régimen *sui generis* solamente puede ser semejante, o al menos próximo, al delineado por el UPOV (Convenio para la Protección de Nuevas Obtenciones Vegetales), organización intergubernamental que también será analizada posteriormente.

En líneas generales, el régimen *sui generis* constituye una modalidad del sistema de protección de los derechos de propiedad intelectual, por lo general encarnado en el derecho de quien realiza mejoras (“mejorador”) o de quienes obtienen los vegetales (“obtenedores”). Aunque sea ampliamente admitido por el TRIPS, el sistema de protección de cultivos es considerado un mecanismo de “protección débil”, en virtud de su mayor flexibilidad en relación con el sistema de patentes. Se puede decir que, con relación al sistema de patentes, el régimen *sui generis* (que por lo general contempla el derecho del mejorador), “por ser una forma más flexible de protección, no le produce beneficios económicos al titular”, principalmente porque no confiere el monopolio. Por otro lado, proporciona una “mayor posibilidad de desarrollo de la capacidad tecnológica del país” (Del Nero 1998, 258).

La principal crítica que se hace al régimen *sui generis* es que, tal y como está delimitado en el TRIPS, consiste apenas en una forma “intermedia”, un término medio entre propuestas, pero que también acaba conduciendo a la mercantilización de los recursos y del conocimiento asociado a ellos. Los criterios utilizados para el registro en el sistema de protección de cultivos son muy parecidos a los del sistema de patentes. De la misma forma, “la variedad deberá ser nueva y original, es decir, no debe haber sido puesta a la venta o no ser de dominio público y no debe haber ningún registro anterior de la misma (...). También se exige la distinguibilidad, homogeneidad y estabilidad” (Varela y Pereira 1996, 214). De acuerdo con Lorenzo Muelas Hurtado:

(...) todos buscan el acceso a los recursos de la biodiversidad, pero quieren hacerlo de manera “legítima”, así que proponen diversos mecanismos para lograrlo: por un lado, dicen que se pueden utilizar los sistemas de protección de dere-

chos intelectuales que fueron desarrollados para proteger inventos industriales, etc., como las patentes, pero que si no sirven tal y como están, se les pueden hacer unos ajustes para adaptarlos a estas nuevas circunstancias de la protección de los derechos de propiedad sobre la vida. Que si todavía eso no es suficiente, se pueden crear unos instrumentos especiales que complementen los anteriores. Así, nos hablan de la OMC con su GATT, su TRIPS y la opción de desarrollar regímenes sui géneris. En el caso de Suramérica nos hablan del Pacto Andino, la Decisión 391 y su opción de un régimen sui géneris. Nos presentan el CDB con su pretendido objetivo de proteger la biodiversidad y los pueblos que la han desarrollado, pero que lo que realmente hace es promover también ese acceso a los recursos. (Muelas, en Flórez 1998, 175).

Este autor y líder indígena continúa su análisis afirmando –con base en el argumento de la búsqueda de un término medio, una propuesta intermedia– que el mundo capitalista presenta los llamados regímenes especiales o sui géneris, “que buscan llevar a los indígenas a las mesas de negociación, para allí acabarnos a cuento. Porque ahí es donde ponen las cascaritas, ahí es donde nosotros empezamos a patinar” (1998, 175). La protección de los cultivos, propugnada por el régimen sui géneris, sólo tiene en cuenta los procesos de modificación de plantas realizados “técnicamente”.

Las variedades nativas, llamadas criollas, que evolucionan por medio de la selección natural y humana, producidas y usadas por labradores del Tercer Mundo en todas partes, son llamadas plantaciones primitivas. Las variedades creadas por los modernos cultivadores de plantas en centros de investigación internacionales, o por las empresas internacionales de semillas, son llamadas avanzadas o de élite (...). El tiempo de los campesinos es considerado exento de valor y disponible de gracia. Una vez más, todos los procesos anteriores de creación están siendo negados y desvalorizados al ser definidos como naturaleza. (Shiva 2001, 76)

De la misma forma en que la institución de la posesión en los moldes del Código Civil (como poder de facto con *animus* de dueño) no sirve para encuadrar las tierras indígenas (Dantas 1999, 96), pues es específico el modo indígena de utilización (colectivo) de aquellos territorios (basado en usos, costumbres y tradiciones), también el sistema de derechos de propiedad intelectual resulta inadecuado para regular el conocimiento tradicional. Algunos autores afirman que la regulación del conocimiento tradicional por los derechos de propie-

dad intelectual no necesariamente lo desnaturalizaría, si se tiene en cuenta la posibilidad estratégica de dar nuevos usos a estos conceptos<sup>10</sup>. Sin embargo, esos conceptos están contaminados desde su origen mismo por una perspectiva individualista y privatista. Shiva plantea la siguiente pregunta:

¿El camino de las patentes protege el conocimiento nativo? Proteger ese conocimiento implica una continua disponibilidad y acceso a él por parte de las generaciones futuras, en sus prácticas agrícolas diarias y de cuidado de la salud. Si la organización económica que emerge basada en las patentes destruye los estilos de vida y los sistemas económicos nativos, el conocimiento nativo no está siendo protegido como herencia viva. Si reconocemos que el sistema económico dominante es el origen de la crisis económica porque ignoró el valor ecológico de los recursos naturales, la expansión de ese mismo sistema no protegerá ni el conocimiento ni la biodiversidad nativas. (Shiva 2001, 104)

La pregunta que se plantea es: ¿cómo se puede utilizar un sistema que se funda en el reconocimiento de la protección a título privado, individual y exclusivo para regular el conocimiento tradicional, sin limitarlo o, además, sin (directa o indirectamente) interferir en la organización social y política de las comunidades que poseen esos saberes? La aplicación de los derechos de propiedad intelectual a los conocimientos tradicionales contraría una de las principales fuentes de generación de esos saberes, que es el intercambio. Es el intercambio, sea de información o de material genético, el que permite que el conocimiento se enriquezca y que la base genética se perfeccione, contribuyendo al enriquecimiento de la biodiversidad.

<sup>10</sup> “Reconocer los derechos de propiedad intelectual indígenas, objetan ciertos autores, es una figura legal occidental ajena al modo como las sociedades tradicionales manejan el conocimiento. ¿Y qué? Lo mismo podría ser dicho de toda la situación política y legal en que esas sociedades se encuentran hoy. Siguiendo el mismo raciocinio, ¿por qué deberíamos apoyar sus derechos de tener tierras reconocidas y demarcadas? ¿La propiedad territorial no sería igualmente un concepto posiblemente extraño a la mayoría de las sociedades indígenas? ¿Los antropólogos no habrían percibido que conceptos extraños adquieren nuevos usos y son estratégicamente apropiados por las ‘sociedades débiles’? ¿Pueden ser, una vez usados como armas, mantenidos a distancia, guardados en las fronteras, dentro de esferas que no se mezclan con las instituciones internas? ¿O aunque expresados en nuevas instituciones que siguen reglas diferentes del mundo como un todo? El conocimiento puede ser colocado en el mercado mundial por las sociedades indígenas y todavía ser distribuido en diferentes caminos en el interior del mismo grupo (como en la academia tradicional)” (Cunha 1999, 95). En su texto, la antropóloga se basa en el supuesto de un “conocimiento que puede ser explotado” (*exploitable knowledge*) (que puede ser de dos tipos: conocimiento sobre la producción de objetos y conocimiento de la producción de identidades), cuyos derechos ingresarán en mayor grado en el mercado, convirtiéndose en propiedad alienable.

El problema de la utilización del modelo propietario para regular el uso y el acceso a la biodiversidad y a los conocimientos locales asociados se encuentra en el carácter individualista de la propiedad privada pero también, y principalmente, en virtud de la naturaleza de exclusividad de la propiedad. Y esta exclusividad, más allá de determinar que un bien pertenece a cierta persona o grupo, tiene la prerrogativa de alejar (y por eso excluir) a todos los demás (excepto a su propietario), evitando que otras personas o grupos lo usufructúen.

Los derechos de propiedad intelectual se basan en la exclusividad y, en el caso específico del régimen de patentes, en la apropiación monopolística del conocimiento. A través de la exclusión del otro de los beneficios y del acceso al conocimiento, se está impidiendo que éste fluya y se reproduzca, al mismo tiempo que se privatiza la biodiversidad (Bravo, en Flórez 1998, 94). Existe una fuerte presión de los países industrializados para que los países periféricos adopten los sistemas de propiedad intelectual para los recursos genéticos y el conocimiento, despreciando los derechos de soberanía de los Estados y los derechos de las comunidades locales sobre sus recursos genéticos y sobre el conocimiento tradicional.

Lo que no puede ser olvidado es el origen ancestral de ese conocimiento, así como su naturaleza no privada y su finalidad colectiva (no sólo para la generación actual, sino también para las futuras), factores que trascienden incluso la esfera de la comunidad (considerada como entidad jurídica).

Pero, además, aunque una comunidad logre patentar o ejercer otra forma de derechos de propiedad intelectual sobre un componente de su conocimiento ancestral (patente, derechos de obtenedor, secretos comerciales, etc.), estos conocimientos están siendo privatizados en favor de una comunidad, violando los derechos de otras comunidades o pueblos indígenas a compartir estos conocimientos, así como los de las generaciones futuras que tienen derecho a seguir beneficiándose y a contribuir al enriquecimiento de estos conocimientos (Bravo, en Flórez 1998, 94).

Como lo ilustra Anna-Rosa Martínez, las distintas formas en que se presentan los derechos de propiedad intelectual monopolísticos del derecho occidental (patentes, derechos de descubridor, *copyrights*, entre otros) privilegian sólo un determinado tipo de conocimiento: el conocimiento “formal”, de “bata blanca” y cierran los ojos al conocimiento de las comunidades tradicionales (Martínez 1996,

4)<sup>11</sup>. Además, a pesar de reconocer que no se puede privar a las comunidades tradicionales de lo poco que les queda (el conocimiento tradicional), tampoco se puede olvidar que, una vez garantizado, el derecho de patentar el conocimiento biológico no se restringe al saber tradicional. En este sentido, con base en Philippe Descola, valdría la pena preguntar:

¿será que realmente queremos que los laboratorios involucrados en el mapeamiento del genoma humano patenten secuencias genéticas? Al enfocar el debate de la propiedad intelectual sobre asuntos de ética etnobiológica, también corremos el riesgo de ignorar los serios inconvenientes que la defensa de la mercantilización del conocimiento cultural acarrea en otros dominios. (Descola 1999, 182)

En el mismo sentido, Shiva asevera que la definición de la naturaleza de la creatividad es el centro de los debates actuales acerca de las patentes sobre de la vida. Según la autora, “tales patentes limitan la creatividad inherente a los sistemas vivos, los cuales se reproducen y multiplican en libertad autoorganizada, cercan los espacios internos de mujeres, plantas y animales, y cercan también los espacios libres de la creatividad intelectual al transformar el conocimiento generado públicamente en propiedad privada” (Shiva 2001, 29). De este modo, no obstante la capacidad transformadora que los intelectuales puedan tener sobre los conceptos, la simple modificación de su sentido no alcanza el núcleo de la problemática, que consiste en admitir o no que el conocimiento, bajo cualquier forma, pueda ser apropiado de forma privada.

## DERECHOS INTELECTUALES COLECTIVOS:

### ¿SEÑALES DE RUPTURA?

Muchas organizaciones de pueblos indígenas y otras comunidades locales, conjuntamente con organizaciones no gubernamentales vin-

---

<sup>11</sup> Según Martínez, “las patentes no reconocen el saber colectivo ni ancestral, y por lo tanto no son un mecanismo apropiado para protegerlo y recompensarlo. Las patentes concedidas sobre plantas de usos tradicionales, después de leves modificaciones en los laboratorios, son un ejemplo de la apropiación de recursos comunitarios por parte de las transnacionales de los recursos y conocimientos de los agricultores, y del despojo de sus derechos” (1996, 4). También Vandana Shiva, citando a Pat Mooney, destaca que el reconocimiento exclusivo de la propiedad intelectual producida en laboratorios por hombres de bata blanca es una visión racista del desarrollo científico, pues, según ella, “el cambio genético total que los labradores consiguieron a lo largo de milenios es muy superior al alcanzado durante los últimos 100 o 200 años de esfuerzos más sistemáticos basados en la ciencia” (Shiva 2001, 77).

culadas con la protección de la diversidad biológica y cultural, están buscando establecer un sistema legal que reconozca las innovaciones de las comunidades tradicionales, pero que no sea excluyente ni monopólico. Este sistema, por tanto, debe ser colectivo, debe permitir el libre intercambio y promover el bienestar humano y la diversidad biológica y cultural (Bravo, en Flórez 1998, 94). En la búsqueda de alternativas jurídicas al régimen de propiedad intelectual se destacan, en el campo teórico, el pensamiento de Vandana Shiva en India, Gurdial Nijar<sup>12</sup> en Malasia y Tewolde Egziabher en Etiopía. Sus propuestas encontraron eco en Brasil, en Colombia, en Ecuador y Venezuela, países latinoamericanos donde la riqueza en biodiversidad no puede ser disociada de la presencia indígena y de comunidades tradicionales (Santos s/d, 10).

Algunos autores consideran que el conjunto de propuestas basadas en derechos colectivos también pueden ser consideradas y denominadas como una forma de “régimen *sui generis*”, en el sentido de ser distintas al sistema de patentes. Se habla, entonces, del régimen *sui generis* de derechos intelectuales colectivos. En ese sentido, para Laymert Garcia dos Santos,

cuando se aboga por la adopción de un régimen *sui generis*, es preciso observar que no tiene sentido tomar como modelo los derechos de propiedad intelectual e intentar ampliarlos, fraguando la noción de derechos colectivos de propiedad intelectual, para abarcar los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales. (Santos 1996, 05)

Aquí importa presentar algunas excepciones. Bajo la denominación de régimen legal *sui generis* es posible distinguir dos visiones antagónicas:

la primera capitaneada por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (...) que pretende hacer una adaptación del sistema de patentes vigente, de manera que comprenda, bajo su protección, los conocimientos tradicionales, utilizando los mismos instrumentos legales existentes, como

---

<sup>12</sup> Gurdial Nijar propone “que se dejen los sistemas separados, que los conocimientos tradicionales continúen circulando libremente como siempre lo hicieron, que esos conocimientos –así como la tierra indígena en Brasil es inalienable– no puedan ser cedidos en exclusividad a nadie. Pero, en caso de generar beneficios económicos, de entrar en el circuito comercial, que las poblaciones que originan esos conocimientos participen de los beneficios. Es decir, en lugar de proponer que ellas también se beneficiasen del sistema de propiedad intelectual –lo que se llegó a considerar–, esos conocimientos serían de dominio público, pero, en el caso en que fuesen utilizados para fines comerciales, tendrían que participar de los resultados” (Nijar, en Cunha 1998).

patentes, marcas comerciales, secretos industriales etc., sin ninguna alteración significativa en sus presupuestos conceptuales;

y otra orientación que pretende crear un régimen legal sui generis propiamente dicho, totalmente distinto del sistema de patentes. Así, se puede afirmar que

la dicotomía se resume, por tanto, como el debate entre, de un lado, la protección individualista de la información en tanto fragmentación del conocimiento colectivo transformada en propiedad privada, reflejada en la institución de la patente, y, del otro lado, la dimensión colectiva, de interés común de la sociedad, de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y de otras poblaciones tradicionales. (Lima 2003, 206-207).

Esta es la propuesta presentada por un equipo interdisciplinario de especialistas de la llamada Red del Tercer Mundo (*Third World Network*).

La afirmación efectiva de los derechos de propiedad intelectual colectiva (DPIC) crea una oportunidad para la definición de un sistema sui generis de derechos centrados en el papel del labrador en la protección y perfeccionamiento de los recursos filogenéticos (...). Solamente entonces una diversidad de sistemas de DPI que sea capaz de acomodar una pluralidad de sistemas, incluyendo los regímenes basados en los DPIC, reflejaría diversos estilos de producción y disseminación del conocimiento en diferentes contextos. Paralelamente al sistema de protección efectivo de los derechos de los labradores como cultivadores de plantas, el sistema sui generis podría desarrollar derechos comunitarios en el dominio de las prácticas médicas nativas. (Shiva 2001, 107)

Tales autores y organizaciones han defendido el desarrollo de un sistema sui generis que respete el carácter colectivo e intergeneracional de las innovaciones de las comunidades tradicionales, imponiendo algunas condiciones. Dentro de estas se pueden destacar las siguientes: que el sistema no atente contra la supervivencia física o cultural de las comunidades; que respete las formas colectivas de representación; que ofrezca mecanismos de protección de la propiedad intelectual accesibles, contemplando la posibilidad de brindar asistencia legal gratuita; que el sistema tenga un ámbito de protección internacional; que reconozca el carácter imprescriptible del conocimiento; que sea dotado de mecanismos de negociación necesarios para asegurar la participación de las comunidades en los beneficios;

que proteja de forma integral el proceso colectivo del conocimiento tradicional; que establezca mecanismos necesarios de control de los sistemas occidentales de propiedad intelectual, y que asegure un registro del conocimiento tradicional con alcance mundial que incluya la participación de las comunidades, tanto en el uso de este conocimiento, como en la repartición de los beneficios derivados de él (García-Romeu s/d, 75).

No obstante, como la expresión “régimen sui géneris” por su uso acabó siendo relacionada con el modelo de regulación establecido por el acuerdo TRIPS, principalmente con el régimen de protección de cultivos (derecho del mejorador), en este trabajo se prefiere considerar los “derechos colectivos intelectuales” como un sistema de regulación distinto del régimen sui géneris. Los derechos colectivos no pueden ser entendidos como una simple sumatoria de derechos subjetivos individuales. Son aquellos derechos que pertenecen a un grupo de personas, “cuya titularidad es difusa porque no pertenece a nadie en especial, pero cada uno puede promover su defensa que beneficia siempre a todos”<sup>13</sup>.

Los derechos intelectuales colectivos pueden ser identificados con los derechos culturales. Estos, según Marés, reflejan la esencia misma del pueblo:

la lengua, los mitos de origen, el arte, los saberes y la religión son el ropaje con que un pueblo se diferencia de los otros. Estos derechos también tienen la doble perspectiva de ser un derecho de todos, incluyendo a quienes son ajenos al grupo, a que la cultura sea preservada, y el derecho de cada miembro del grupo de manifestarla individualmente”. (Souza 1998, 184)

La razón principal de la diferencia entre los derechos colectivos intelectuales y los derechos de propiedad intelectual está en el objeto de regulación.

Primero porque la noción legal de propiedad intelectual fue concebida en el ámbito de los derechos individuales y es incompatible con los derechos colectivos. Segundo porque los problemas ambientales creados por la dinámica de la

---

<sup>13</sup> “Este derecho no puede ser dividido en titulares, una eventual divisibilidad de su objeto hará que todos los titulares del todo continúen siendo titulares de las partes. No son pasibles de alienación, por lo tanto no pueden ser reducidos al patrimonio de un individuo, son inalienables y, por lo tanto, imprescriptibles, inembargables, intransferibles. No tienen valor económico en sí para cada individuo, sino solamente pueden tenerlo para la colectividad, precisamente por eso es inapropiable individualmente” (Souza 1996, 02).

tecnosfera necesitan la invención de derechos colectivos que se encarguen de defender los intereses de la biosfera y de los ciudadanos en su conjunto, además de los intereses individuales privados (...) Tercero porque los Derechos de Propiedad Intelectual y los Derechos Intelectuales colectivos se fundan en conceptos de innovación radicalmente distintos. (Santos 1996, 05)

Cuando el tema aún se encontraba en un estado de incipiente elaboración legislativa, Francisco Arcanjo vaticinó que las controversias su suscitarían en torno del alcance del texto y de la “forma de protección de los derechos intelectuales de las comunidades locales e indígenas”. Según este autor:

(...) todos están de acuerdo en que no se pueden usar los conceptos de propiedad intelectual, en sentido estricto, para la definición de los derechos comunitarios, comunales o colectivos. Por ello, la divergencia surge cuando algunos sectores del Gobierno y las asociaciones civiles vinculadas con el capital justifican esa opción en nombre de una protección débil para los derechos de las comunidades, mientras que las organizaciones no gubernamentales y las instituciones de investigación nacionales, mayoritariamente, están de acuerdo en excluir la patente del universo del derecho intelectual comunal, pero en nombre de una protección específica fuerte para el conjunto cultural de la comunidad. (Arcanjo 1997, 293)<sup>14</sup>

Para Laymert Garcia dos Santos, con base en el pensamiento de Gurdial Nijar y Vandana Shiva, es necesario señalar las diferencias en la definición del concepto de innovación entre el sistema de la propiedad intelectual y los sistemas de conocimiento tradicional:

La propiedad intelectual fue concebida para proteger la invención, esto es una innovación singular que se da una sola vez. Pero el proceso de descubrimiento y creación por medio de conocimientos tradicionales no encaja en esa perspectiva por ser frecuentemente acumulativo, informal y a

---

<sup>14</sup> De acuerdo con este autor, “se trata de construir un sistema innovador para la salvaguarda de los derechos intelectuales comunales. Ninguna de las instituciones existentes de propiedad intelectual puede ser adoptada con plena adecuación para esta nueva categoría de derechos. El camino parece ser buscar en cada una de ellas –patentes, derechos de autor, certificado de inventor, ley modelo de la Unesco sobre folclor, cultivos, entre otros– alguna característica que sea aplicable al nuevo sistema. Un principio que debe prevalecer es que esa protección deberá superar la condición exclusivamente monetaria para alcanzar una característica de totalidad, inherente al conocimiento utilizado. La protección pretende salvaguardar prácticas comunitarias de utilización de la biodiversidad y, por lo tanto, las instituciones previstas deben proporcionar una valorización integral de las comunidades” (Arcanjo 1997, 302).

lo largo del tiempo. La innovación es, así, patrimonio común, y es considerada como tal incluso por la tecnociencia que va a aprovecharla; pero eso significa que aunque pertenezca a la comunidad, no puede ser apropiable por ninguno, y mucho menos monopolizable. La innovación no es por lo tanto una mercancía que permite producir mercancías, como ocurre en el sistema productivo moderno: su sentido y su coherencia se inscriben en otro sistema de valores. (Santos 1996, 6)

Shiva distingue entre los sistemas de propiedad privada y los de propiedad comunitaria de los recursos y del conocimiento asociado. Para la autora, mientras los sistemas de propiedad comunitaria reconocen el valor intrínseco de la biodiversidad, los sistemas de derechos de propiedad intelectual consideran que ese valor proviene de la explotación comercial, concepción que puede ser identificada en el TRIPS y en algunas interpretaciones de la Convención sobre la Diversidad Biológica (Shiva 2001, 94).

El reconocimiento de un sistema de derechos intelectuales colectivos exige también la protección de otros derechos, que están ligados a ellos, tales como el derecho al territorio, a mantener sus mecanismos tradicionales de control interno (derecho interno de las comunidades tradicionales), a la integridad de su cultura y de su cosmovisión. También el derecho al silencio, cuando las comunidades y los pueblos indígenas no desean que una persona tenga acceso a sus conocimientos (Bravo, en Flórez 1998, 95).

Defendiendo el sistema de los derechos intelectuales colectivos de las comunidades tradicionales, en detrimento de la propiedad intelectual, Laymert Garcia Santos destaca que esa forma de regulación asegura la soberanía de los Estados-naciones y protege a las comunidades. En palabras del autor:

Al vincular la protección con el acceso, los derechos intelectuales colectivos otorgan un contenido preciso al ejercicio de la soberanía nacional sobre los recursos biológicos. La soberanía deja de ser una aspiración meramente retórica, en la medida en que el Estado nacional se erigiría como la instancia que garantiza las condiciones de conservación y uso sostenible de los recursos, una distribución equitativa de los beneficios provenientes de su utilización industrial y, por encima de todo, la imposibilidad de su apropiación exclusiva y monopolística, que lesionaría a las comunidades del país. Para proteger a las comunidades contra la biopiratería y regular el acceso a los recursos biológicos, el

Estado impondría límites a los intentos de apropiación de la vida que, como ya fue dicho, aceleran la erosión de la biodiversidad. (Santos 1996b, 22)

No obstante, el autor resalta que, antes y más importante que la prohibición de las patentes, es necesario reconocer:

1) que el conocimiento tradicional difiere fundamentalmente del conocimiento técnico-científico moderno, al estar integrado en otra cultura; 2) que no es y nunca fue concebido como propiedad de alguien, y por lo tanto no puede ser alienado; 3) que por ser colectivo, tanto sincrónica como diacrónicamente, sólo puede ser protegido por medio de un derecho colectivo; 4) que por ser de otra naturaleza, inalienable y colectivo, debe regirse por un régimen jurídico sui generis y no por la propiedad intelectual; 5) que su valor no se reduce a la dimensión económica, conservando así su dimensión social, cultural, ambiental, técnica, cosmológica; 6) que al no tener un valor exclusivamente económico, no puede ser reducido sólo a una cuestión de repartición de los beneficios que produzca; 7) que su protección es imprescindible para la conservación de la biodiversidad y de la sociodiversidad; 8) que en virtud de su carácter específico y de su fragilidad frente al conocimiento técnico-científico moderno sólo puede ser preservado si los pueblos que lo poseen pueden mantenerlo y desarrollarlo, negando incluso el acceso a los recursos a él asociados cuando lo consideren necesario; 9) que el conocimiento tradicional no puede ser reducido a la condición de materia prima disponible para la valorización del conocimiento y del trabajo biotecnológicos. (Santos s/d, 17)

## 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 brasilero 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 brasilero, 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 brasilera” (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 fueron 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 brasilera 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 brasilero. 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 prescinda 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).

## CAPÍTULO 7

### Temas inconclusos: Reflexiones para pensar el derecho entre lo propio y lo ajeno<sup>1</sup>

**L**as conclusiones definitivas no tienen lugar en este trabajo. Una palabra final siempre resulta autoritaria, porque supone que no hay nada más por decir. Sólo un derecho tomado como un sistema cerrado, abstracto y formal podría pretender presentar conclusiones definitivas, sin considerar el proceso diverso e intermitente de la vida e ignorando la riqueza del diálogo. En este sentido, lo que presentamos en el cierre de este trabajo de investigación, lejos de ser consideraciones conclusivas y unilaterales, constituyen inquietudes que son compartidas con miras al debate.

Con base en la perspectiva que orientó el presente trabajo, la nueva situación jurídica que se crea a partir de la atribución de valor económico a determinados saberes de las comunidades tradicionales constituye un marco ejemplar para demostrar algunos mecanismos de funcionamiento propios del sistema jurídico occidental moderno. En primer lugar se mostró que el surgimiento de nuevas demandas económicas que exigen medidas jurídicas de regulación es traducido, en el campo del derecho, por medio de la “creación” de nuevos “bienes jurídicos”. Esto es lo que sucede con el conocimiento tradicional asociado a la biodiversidad que, en virtud de su reciente valoración económica, ingresa en el mundo jurídico bajo el ropaje de “bien jurídico”. Este ingreso no es otra cosa que llevar la categoría “conocimiento tradicional” al lenguaje jurídico conceptual, su consecuente inclusión en las clasificaciones jurídicas existentes, en fin, su regu-

---

<sup>1</sup> La expresión “entre lo propio y lo ajeno” es una paráfrasis del título del libro editado por la Coordinación de las Organizaciones Indígenas del Bosque Amazónico (Torres G. 1997).

lación de acuerdo con los modelos e instrumentos normativos establecidos.

A su turno, la “creación” de nuevos bienes jurídicos exige la constitución de “nuevos sujetos de derecho”, y no al contrario. Así, sólo a partir del momento en que el conocimiento tradicional ingresa en el sistema jurídico como “bien”, se otorga el ropaje de “sujetos de derecho” a las comunidades tradicionales que poseen tal conocimiento. En lo que se refiere al conocimiento tradicional asociado a la biodiversidad, el mayor problema, como se vio, reside en el hecho de que los sujetos que poseen dicho “bien” (nuevos sujetos propietarios) están constituidos en colectividades (comunidades tradicionales) que hasta entonces ni siquiera existían para el sistema jurídico, es decir, no eran reconocidas en su dimensión colectiva. De la misma manera, el modo de producción y la naturaleza del conocimiento tradicional no encajan en los modelos-patrones de “bienes” del sistema jurídico occidental e individualista.

Al contrario de lo que pretenden ser, los conceptos y las clasificaciones jurídicas son instrumentos contruidos (por lo tanto artificiales), arbitrarios, particulares e históricamente determinados. La modernidad, a través de sus categorías, pretende denominar el mundo con nombres propios, vestirlo con sus uniformes, aunque el figurín esté mal cortado y el ropaje sea estrecho. Pretendiendo de cierta forma mitigar esa inadecuación, en todos los campos del derecho se está reconociendo la necesidad de una revisión conceptual que dé cuenta de las insuficiencias del modelo jurídico clásico que todavía está en vigor.

De acuerdo con lo demostrado, la calificación jurídica que se atribuye a un hecho nuevo es una decisión con repercusiones extremadamente importantes. Este proceso es descrito por Jean-Christopher Honlet (Honlet, en Barboza 2001, 21), quien lo divide en dos etapas: (i) la primera etapa consiste en saber si el derecho positivo posee una categoría que sea apta para recibir el hecho que debe ser cualificado; (ii) la segunda etapa, de política jurídica, tiene en mente el régimen jurídico que la técnica propone, que no es sino un régimen jurídico a falta de otro más adecuado. Según la profesora Heloisa Helena Barboza, “toda calificación retoma un acto fundamental de valoración, es decir, de dar el nombre, no porque se ‘parece’ con la cosa, sino el nombre que la cosa ‘merece’, o incluso que le conviene, no por la cosa en sí, sino por el destino al que se le quiere someter, en virtud de determinaciones fundamentalmente políticas” (Barboza

2001, 21). La cuestión yace en saber “cómo se puede hacer un nuevo derecho con categorías antiguas”<sup>2</sup>.

Esta problemática se agrava si tenemos en cuenta que las categorías jurídicas analizadas en este texto (sujeto, propiedad y bienes) están vinculadas umbilicalmente a un momento histórico delimitado, a una concepción filosófica y económica específica, en fin, a una racionalidad dada. De esta forma, los intentos bien intencionados de transformación –fundados en un esfuerzo de adaptación conceptual para nuevas realidades– van a chocar, en un último análisis, con los límites trazados por el origen individualista, liberal y cartesiano de estos conceptos. De acuerdo con Adorno, “forma parte de la actual situación sin salida el hecho de que incluso el reformador más sincero, que en un lenguaje desgastado recomienda la innovación, al asumir el aparato categorial prefabricado y la mala filosofía que se esconde tras él, refuerza el poder de la realidad existente que pretendía quebrar” (Adorno y Horkheimer 1985, 14). En esta perspectiva, nos convertimos en rehenes, no sólo de un sistema, sino de su propio lenguaje, de su racionalidad propia.

A pesar de los ajustes y las reparaciones fraguados por los cambios políticos, económicos y sociales, casi la totalidad de la formación moderna del derecho –fundada en categorías abstractas, conceptos y clasificaciones– permanece intacta. Así, además de revisar críticamente los conceptos jurídicos modernos, según Gediel, “se anuncian y se pronuncian las cuestiones concretas de la sociedad, difícilmente absorbidas por normas y conceptos jurídicos y por postulados científicos, que vienen determinados por una visión del mundo que pretende ser universal y eterna” (Gediel 2000a, 4). Teniendo en cuenta estas consideraciones, se puede pensar que una aproximación crítica y plural al tema presupone la ampliación de los horizontes jurídicos, la revisión de estrategias, principalmente en lo que se refiere a la protección de las comunidades tradicionales y sus saberes.

Al mismo tiempo que se debe buscar una profundización teórica dirigida a encontrar mayores posibilidades de aplicación de marcos

---

<sup>2</sup> De acuerdo con Heloisa Helena Barboza, “le corresponderá a la política jurídico-legislativa determinar la calificación fundamental de los hechos bioéticos, armonizando sus elementos peculiares con la categoría jurídica correspondiente, si la hubiera. Dicha calificación, con todo, no debe ser afrontada como un simple proceso técnico o político. Es necesario que se haga de tal manera que permita preservar los altos valores e intereses involucrados, pero principalmente teniendo como substrato la verdadera formación del pensamiento jurídico” (Barboza 2001, 33).

jurídicos y legislativos favorables, se deben enfrentar los temas de fondo, mirando los derechos culturales desde una perspectiva distinta, que ofrezca una alternativa nueva frente a los sistemas de propiedad intelectual. De acuerdo con Diana Pombo, “debemos otorgarle mayor importancia al estudio de nuevas perspectivas conceptuales y jurídicas desde las cuales podamos emprender una iniciativa que cumpla con el objetivo de defender nuestros derechos a la vida, a la autonomía y a la diversidad” (Pombo, en Flórez 1998, 83)<sup>3</sup>. Según este razonamiento, la comprensión y la denuncia de las deficiencias de la modernidad no representan una apuesta por el escepticismo ni la irracionalidad. Boaventura de Sousa Santos afirma que la caracterización de la crisis del paradigma dominante trae dentro de sí misma el paradigma emergente. Esa crisis, para el autor,

es antes el retrato de una familia intelectual numerosa e inestable, pero también creativa y fascinante, en el momento en que se despide, con cierto dolor, de los lugares conceptuales, teóricos y epistemológicos, ancestrales e íntimos, pero que ya no resultan convincentes ni seguros, una despedida en busca de una vida mejor en camino de otros parajes donde el optimismo sea más fundado y la racionalidad más plural, y donde, finalmente, el conocimiento vuelva a ser una aventura encantada. (Santos 2000, 74)

El objetivo de este libro no es la formulación de soluciones para esa problemática. Tampoco se adopta ninguna de las concepciones que subyacen a los sistemas de regulación y a los marcos normativos que fueron analizados en la última parte del trabajo. Tan sólo pretende describir críticamente el perfil jurídico que el derecho le da al tema de la regulación del conocimiento de las comunidades tradicionales. Con base en el análisis esbozado, el cual desde luego se reconoce como parcial, se hizo evidente la naturaleza diferenciada y compleja de esas comunidades que el mundo occidental denomina “tradicionales”. La diferenciación y complejidad provienen, en gran parte, de sus cosmovisiones propias que, por lo general, son radicalmente distintas de la racionalidad occidental moderna.

---

<sup>3</sup> De acuerdo con la autora, en este aspecto son las autoridades tradicionales indígenas las que han mostrado mayor claridad sobre la comprensión del papel del ser humano en el planeta. También son estos grupos los que suministran los nuevos fundamentos conceptuales, como la relación indisoluble entre territorio y cultura, y como consecuencia entre biodiversidad y conocimiento; el respeto a la diferencia; el derecho a la vida y a la diversidad, entendidos como los valores substantivos de la existencia, y no como bienes que son ofrecidos en el mercado.

Por esas y otras razones señaladas en el curso de este trabajo se puede comprender que cualquier intento de regulación jurídica del conocimiento tradicional debería necesariamente tener en cuenta sus especificidades y la diversidad social, cultural y jurídica inherente a los pueblos y comunidades que detentan esos saberes.

Vandana Shiva propone que la diversidad, más que tolerada, debe ser cultivada. Tal cultivo “implica la recuperación del derecho a la autoorganización por aquellos coaccionados a vivir bajo medidas impuestas” (Shiva 2001, 145). En las palabras de Margarita Flórez,

el reconocimiento que se ha hecho de la autonomía de los pueblos indígenas, de las comunidades afroamericanas tampoco ha bastado para proteger, en debida forma, sus derechos sobre los conocimientos e innovaciones que han desarrollado para adaptar y enriquecer el medio natural con el que han interactuado. Es importante anotar que existen otras regulaciones que complementan y afectan el desarrollo de la diversidad cultural y estas normas incluyen los Códigos propios de las comunidades, su propio derecho interno. (Flórez 1998, 41)

Estudiando la forma como funcionan algunos sistemas jurídicos de comunidades tradicionales se podrían enumerar un conjunto mínimo de derechos que deberían ser reconocidos y garantizados por el derecho estatal, en nombre del pluralismo. Ellos son: la integralidad de los derechos; la indivisibilidad entre los recursos y el conocimiento asociado a ellos; el carácter colectivo de sus derechos; la no privatización de los seres vivos y del conocimiento tradicional; el derecho a la objeción cultural<sup>4</sup>; el consentimiento previo e informado; la participación de las comunidades locales en la definición de políticas, medidas legislativas y administrativas; la garantía del respeto a los sistemas jurídicos de las comunidades locales, y una reconceptualización del término “beneficio”, que supere la dimensión puramente económica (Valencia, en Flórez 1998, 57).

Dentro del listado no exhaustivo de particularidades del conocimiento tradicional esbozado anteriormente se destaca su carácter colectivo. Por esa razón, cualquier propuesta de regulación de los

---

<sup>4</sup> En lo que se refiere al respeto al derecho interno de las comunidades, resulta de gran importancia el derecho a la objeción cultural (también denominado “derecho a decir ‘no’ o al disenso, entendido como la posibilidad que tienen los pueblos indígenas y las comunidades locales de oponerse al acceso a sus conocimientos y prácticas tradicionales o de restringir el acceso a ellos” (Flórez 1998, 40). Esto porque tales conocimientos hacen parte de una cosmovisión que trasciende la valoración individual.

derechos ligados a este conocimiento debe reconocer y proteger su dimensión colectiva. Además, el conocimiento tradicional está íntimamente vinculado con la diversidad cultural y con la biodiversidad, dado que ninguno de esos aspectos puede ser disociado de él.

No se pueden perder de vista las particularidades de este conocimiento<sup>5</sup>, que hacen inviable o por lo menos dificultan la aplicación pura y simple de modelos jurídicos creados con base en una concepción patrimonialista e individualista. Por eso es importante reconocer y respetar la sociodiversidad, al igual que la jusdiversidad de los pueblos. Durante un seminario celebrado en Brasil, para discutir la protección de los conocimientos tradicionales, Azelene Kaingang, indígena y presidente del Instituto Indígena Warã, preguntó:

¿Por qué tenemos que permanecer encajados en lo que ya existe? ¿Por qué no crear mecanismos nuevos, partiendo de las respuestas que los pueblos indígenas tienen sobre el acceso y lo que ellos piensan sobre el acceso a los conocimientos tradicionales? (...) Somos una diversidad enorme de pueblos y muchos de ellos preguntan ¿por qué tenemos que otorgar el acceso? ¿Tenemos que permitir el acceso mismo? (Kaingang, en Lima 2003, 115)

Para ello resulta imprescindible reconocer y valorar el derecho interno de estas comunidades y fomentar su participación en la discusión y formulación de las normas estatales, con posibilidades reales de discutir su contenido e incluso cuestionar e intervenir en sus presupuestos. Un sistema de protección a los derechos de las comunidades tradicionales debe garantizar su derecho a ejercer un control sobre todas las investigaciones que se efectúen en sus territorios o que utilicen sus costumbres, conocimientos tradicionales o folclor como elementos básicos para su estudio (Chávez, en Flórez 1998, 250).

En síntesis, se debe garantizar a las comunidades tradicionales, sean indígenas, afroamericanas o campesinas, no sólo el derecho a su saber propio, sino también el derecho al control de la destinación que se le da a estos saberes. Las comunidades tradicionales tienen el derecho a decidir acerca del desarrollo, la regeneración y la transmisión de sus conocimientos, así como sobre la forma de su organización social. Esa es una de las dimensiones de su autodeterminación. Es importante que se resalte que el derecho a la autodeterminación

<sup>5</sup> En la Parte II, Capítulo 4, se destacaron, entre otras, la dimensión cultural, la naturaleza indivisible y compleja, la formación intergeneracional, el origen y finalidad colectivos, y el valor inconmensurable de los saberes tradicionales.

no se opone a los Estados constituidos, sino que necesita de ellos. Así, tal vez sólo una política interna de respeto al derecho y a la cosmovisión de las comunidades tradicionales no sea suficiente, si no existe de la misma forma un fortalecimiento de la posición de los países periféricos frente a los países centrales. En la síntesis esclarecedora formulada por Carlos Frederico Marés se entiende que

la lucha de los pueblos indígenas ha de ser mantener un Estado tan débil como para que no pueda impedirles realizar plenamente su cultura, religión y derecho, pero tan fuerte como para ser capaz de reprimir a todos aquellos que violenta o sutilmente pretendan impedirles realizar plenamente su cultura, religión y derecho. (Souza 1998, 194)<sup>6</sup>

La autodeterminación y el pluralismo, para ser efectivos, presuponen el reconocimiento de la diferencia. Se trata, por lo tanto, de reconocer las diferentes formas de generar conocimiento, asumiendo que éste no es lineal ni rígido, sino integral y dinámico (Semillas 1996, 05). La cuestión central está en reconocer que existe una diversidad cultural, a la cual se vincula una jusdiversidad. Ambas deben ser protegidas porque representan modelos alternativos de vida y construcción social (Flórez 1998, 39)<sup>7</sup>. En este sentido, la importancia de la preservación de los estilos de vida de estas comunidades no reside únicamente en los beneficios generados por la conservación de la biodiversidad, sino que los supera. Por esa razón, resulta imperioso comprender las diversas realidades y especificidades culturales de estas comunidades que, al ser forzadas a interactuar bajo determinadas condiciones, pueden ser desnaturalizadas o destruidas. Como lo señala Flórez:

De lo que se trata es de admitir que a la diversidad biológica corresponde una diversidad cultural y que ambas poseen entidades separadas; entonces, no es cuestión de adaptar tipos jurídicos diseñados para realidades diferentes, sino de

<sup>6</sup> Para Marés: "la cuestión que está pendiente, por lo tanto, es la siguiente: ¿puede un pueblo tener derecho a la autodeterminación sin que desee constituirse en Estado? Desde el punto de vista del derecho internacional parece que no. Desde el punto de vista de cada pueblo, evidentemente sí, porque la opción de no constituirse en Estado y de vivir bajo otra organización estatal es una manifestación de su autodeterminación. Más que eso, los pueblos que viven sin Estado, hoy, necesitan sólo de un Estado que los proteja del propio Estado, de las clases que tienen poder en el Estado de otros Estados. Esta es su paradoja" (Souza 1998, 79-80).

<sup>7</sup> De acuerdo con Marés, junto al reconocimiento de la sociodiversidad, también se deben reconocer integralmente los valores de cada pueblo, basados en la libertad de actuar de acuerdo con sus propias leyes. Que les sea reconocido su derecho y su jurisdicción. "Podríamos denominar esto como jusdiversidad" (Souza 1998, 195).

realizar un esfuerzo a partir de los propios pueblos y comunidades, de sus propios órdenes jurídicos internos y de los diversos instrumentos de derechos humanos y de derecho ambiental de los órdenes internacional y nacional para encontrar respuestas a los interrogantes que nos plantea el reconocimiento de la contribución de los pueblos indígenas y comunidades locales a la tarea de preservación del medio natural. (Flórez 1998, 39)

El tema de la autodeterminación de los pueblos, del pluralismo y del respeto a las diferencias culturales resulta complejo cuando se trata de sociedades que no participan en (o no incorporan) los referentes occidentales (eurocéntricos) y modernos. De acuerdo con Marés,

esta situación de falta de adecuación de los pueblos indígenas al sistema jurídico clásico capitalista o burgués o contemporáneo, es también una demostración de la propia incompletud del sistema. Y esta incompletud se produce, no porque se trate de pueblos que viven bajo una forma de sociedad no contemporánea, no burguesa ni tampoco capitalista, sino porque conciben la vida y la sociedad de forma diferente, y por tener una cultura y una cosmovisión diferentes, relaciones diferentes y, evidentemente, un derecho diferente. (Souza 1998, 67)

Para explicar esa insuficiencia del modelo jurídico occidental, el profesor Marés acude a una hermosa metáfora:

El intento de encuadrar el derecho de un pueblo indígena dentro del derecho estatal equivale a intentar guardar un balón grande y plagado de colores dentro de un cajón estrecho. Claro que es posible, quitándole, por ejemplo, todo el aire al balón, lo que desvirtuaría su forma esférica y desnaturizaría los colores que lo embellecen, dejaría de ser un balón, dejaría de ser derecho indígena. Por otro lado, se podría dejar abierto el cajón, manteniendo el balón vivo y colorido, pero entonces, con el cajón siempre abierto, el sistema se desfiguraría, y la funcionalidad de sus partes se vería comprometida. Así, es imposible encuadrar dentro de un sistema de cajones, un sistema de balones inflados fluctuantes y llenos de color, pero es posible que ambos subsistan en el respeto y la admiración mutua. (Souza 1998, 76)

No estamos en presencia sólo de diferencias puntuales y superficiales sobre normas, costumbres y tradiciones; estamos frente a racionalidades radicalmente distintas. Es decir: se parte de alusiones antagónicas, que sólo tendrían la posibilidad de interactuar si fueran aptas y estuvieran dispuestas a dialogar. Hasta ahora, no obs-

tante, el sistema jurídico ha tratado este importante asunto bajo la forma de un persuasivo y elocuente monólogo. Esto ocurre porque las formas, los mecanismos y los objetivos de esa relación ya están dados. Se parte, desde el principio, de una situación de desigualdad entre los diferentes interlocutores. Sólo uno habla, mientras el otro simplemente calla.

Este libro no intenta brindar respuestas rápidas y acabadas. Aunque en varios apartes se hayan presentado algunas críticas y opiniones puntuales, éstas deben ser tomadas como reflejo de un fuerte deseo de transformación que se obstina en hacerse presente. Y tan sólo confirman que no existen soluciones mágicas. Este trabajo parte de la conciencia de que los cambios deseados no se hacen realidad en el solitario espacio de una reflexión académica. Si es posible proponer algo, que sea entonces el diálogo. No el diálogo monolítico de los “especialistas”, presos dentro de los límites estrechos del discurso jurídico. Se necesita más. Una comunicación verdaderamente interdisciplinaria que rompa los cercos del derecho para buscar en la antropología, en la historia y en la filosofía sus primeros interlocutores.

Pero no sólo eso. Es necesario que fluya un diálogo de muchas voces y colores. Un diálogo que trascienda y se libere incluso de las propias disciplinas<sup>8</sup>. Más que un diálogo interdisciplinario, por tanto, se necesita un debate franco y plural, que subvierta los conceptos para preservar la vida. Un diálogo sin disciplinas e indisciplinado que busque en el Otro la medida de nuestra propia incompletud. Este es nuestro deseo.

---

<sup>8</sup> Además de su sentido más común, las disciplinas son también sinónimos de los “látigos con que los frailes y devotos se azotan por penitencia o castigo” (Ferreira 1986, 595).