

Conocimiento tradicional asociado a recursos genéticos: protección en el ámbito internacional

Luciana Carla Silvestri

Este capítulo aborda la protección del conocimiento tradicional asociado a la utilización de recursos genéticos en el ámbito internacional. Dado que diferentes foros y organizaciones trabajan en el tema persiguiendo distintas prioridades, el objetivo de esta investigación es examinar el estado de la discusión actual y el grado de armonización entre los diferentes procesos. El capítulo comienza por describir el papel fundamental que el conocimiento tradicional ha jugado en el desarrollo biotecnológico y ofrece una aproximación a las principales controversias que se suscitan en torno a su acceso y utilización indebida. A continuación, se analiza el tema desde la perspectiva de los derechos humanos; se concluye que la salvaguarda de los conocimientos tradicionales y el sistema de protección de derechos humanos son dos ámbitos que se han desarrollado de forma independiente, a pesar de encontrarse relacionados. Posteriormente, se examinan los avances logrados en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), el Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se

deriven de su utilización (PN), el Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (TIRFAA), la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y la Organización Mundial del Comercio (OMC). Se concluye que si bien se ha alcanzado un mayor nivel de concientización sobre la necesidad de proteger el conocimiento tradicional, e inclusive una mayor salvaguarda en el contexto de la conservación y utilización sostenible de la biodiversidad, el desafío continúa en el ámbito del sistema de derechos de propiedad intelectual. Es precisamente allí y con respecto a ellos donde se definirá su verdadera protección.

El rol del conocimiento tradicional en el marco del desarrollo biotecnológico

El desarrollo biotecnológico se ha nutrido de la biodiversidad⁵. Durante años botanistas e investigadores –generalmente de países desarrollados, a los cuales se identifica con el “norte”– han realizado campañas de bioprospección⁶ a países mega-diversos –normalmente en vías de desarrollo, identificados con el “sur”– a fin de recolectar plantas, animales, hongos y microorganismos⁷. Estos han sido luego

5 La biodiversidad ha sido desde siempre no solo fuente de diversidad para la dieta alimentaria y el tratamiento de enfermedades sino que además ha aportado otros servicios, como materias primas para la construcción de vivienda, de muebles y la elaboración de papel. Se calcula que el valor que la biodiversidad provee a todos esos sectores (incluido el de la agricultura y el farmacéutico) ronda entre 500 y 800 mil millones de dólares anuales (Cordell, 2000). Más allá de su rol de proveedora de materia prima para muchos sectores, la biodiversidad cumple otras funciones invaluable que permiten la existencia del ser humano y de la mayoría de las especies en el planeta. Es esencial en el ciclo de nutrientes, la provisión de oxígeno, la absorción de dióxido de carbono, la conversión de energía lumínica en química y el mantenimiento del ciclo hídrico.

6 La bioprospección se define como la búsqueda sistemática de genes, componentes naturales y organismos completos de la naturaleza en pos de lograr liberar su potencial para el desarrollo de productos (Castree, 2003).

7 Se calcula que el 90% de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado a ellos se encuentra en países en desarrollo (Cottier, 1999).

utilizados para llevar adelante investigaciones científicas, engendrar conocimiento y desarrollar las industrias biotecnológicas de los países más avanzados. Dos sectores son especialmente dependientes de la biodiversidad: el farmacéutico y la agricultura. En el primer caso, los investigadores se enfocan en la biodiversidad *in situ* y en el conocimiento tradicional de los pueblos indígenas y las comunidades locales asociado a su utilización. En el segundo, el interés reside en la biodiversidad domesticada (semillas y plantas mejoradas a lo largo del tiempo por los agricultores) que mayormente se encuentra en condiciones *ex situ*, aunque también las comunidades campesinas conservan gran parte de ella (McMamis, 2007).

Ahora bien, ¿cómo seleccionan los científicos las especies que presentan mayor interés para sus investigaciones?, ¿cómo deciden qué y dónde buscar? A fin de ser eficientes, los investigadores se han valido frecuentemente del conocimiento tradicional que tienen los pueblos indígenas y las comunidades locales sobre el uso de la biodiversidad. Es así que antropólogos, etnobotanistas y otros investigadores observan, preguntan y estudian cómo ciertas comunidades utilizan sus recursos biológicos y se valen de los conocimientos tradicionales que ellas poseen, para descubrir los recursos genéticos de interés.

Es en ese contexto que han surgido innumerables denuncias sobre acceso y utilización indebida del conocimiento tradicional, práctica generalmente conocida como “biopiratería”⁸. Estas agravan el frágil

8 Para que realmente exista biopiratería debe haber, en primer lugar, legislación vigente en el país proveedor de recursos genéticos y/o conocimiento tradicional asociado a ellos. La normativa en este caso debe exigir la obtención de un permiso y la negociación de un acuerdo para el acceso a cualquiera de los dos. Se debe por lo tanto haber violado la normativa nacional para que se pueda hablar con propiedad de biopiratería. Sin embargo, se habla comúnmente de biopiratería cuando aun no existiendo la obligación legal de solicitar permiso de acceso a recursos genéticos y/o conocimiento tradicional, ha existido acceso a los mismos y no se ha compensado equitativamente a los poseedores de tales recursos y/o conocimiento por su contribución en el desarrollo biotecnológico. En el primer caso, el término tiene una connotación estrictamente legal, mientras que en el segundo el término posee una connotación moral. El término fue acuñado por Mooney de cara a encapsular en un único concepto la posición de los países en vías de desarrollo sobre el tema (Mooney, 2000).

panorama cultural de las minorías, que se caracteriza por la desaparición de las lenguas indígenas y locales, la disminución acelerada de biodiversidad objeto del conocimiento y la desvalorización sistemática de los saberes y prácticas tradicionales.

La coincidencia de los grupos afectados en las causas del problema, junto a un mayor reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades locales en el ámbito internacional, y la posibilidad real de su participación directa en los foros de negociación donde se discuten asuntos que los puedan afectar, ha permitido la transnacionalización de sus demandas y la instauración definitiva de los reclamos en la agenda internacional. Ellos dan cuenta fundamentalmente de tres situaciones principales.

En primer lugar, el conocimiento tradicional ha sido considerado un saber libre y gratuito, perteneciente al dominio público; es decir, que no se encuentra protegido por derechos exclusivos de propiedad intelectual y que puede, por consiguiente, ser utilizado y explotado por cualquier persona. Si bien tal idea puede parecer loable, ello lo ha expuesto a actos de apropiación indebida y no ha permitido a los pueblos y comunidades beneficiarse por su contribución en el desarrollo de productos y procesos biotecnológicos de alto valor comercial (Aguilar, 2001).

En segundo término, el conocimiento tradicional ha sido objeto de plagio en varias oportunidades debido a que las oficinas nacionales de derechos de propiedad intelectual tienen serias dificultades para detectar la “no novedad” y la “no obviedad” de muchas de las invenciones que se presentan para que se les acuerde una patente u otro derecho. Así lo demuestra el famoso caso de la patente sobre la cúrcuma o azafrán de la India que relatan Gupta y Balasubrahmanyan (1998). A pesar de ser públicamente conocido su uso tradicional en ese país, en 1995 dos expatriados indios en Estados Unidos consiguieron obtener una patente a favor del Centro Médico de la Universidad de Mississippi sobre el uso de la cúrcuma como agente cicatrizante. Su concesión fue posible gracias a que el conocimiento

tradicional no se consideraba parte del “estado del arte” durante la evaluación de los criterios de novedad y no obviedad. El gobierno indio solicitó entonces su revisión y demostró que el uso de la cúrcuma para tales fines ya era mencionado en textos milenarios escritos en sánscrito y en una publicación científica aparecida en 1953. Felizmente la Oficina de Patentes de Estados Unidos revocó la patente en 1997 aduciendo que la misma era obvia y conocida y que tal procedimiento era parte de la milenaria medicina tradicional india. El proceso, sin embargo, evidenció las fallas de los sistemas de protección de la propiedad intelectual.

Por último, la protección del conocimiento tradicional en relación con el uso de la biodiversidad ha sido objeto de otra dificultad: la imposibilidad de que el propio conocimiento tradicional sea protegido mediante la concesión de derechos de propiedad intelectual similares a los que se otorga a los inventos. Esto se debe a que los conocimientos tradicionales, por su propia naturaleza, no pueden cumplir con ciertos criterios de patentabilidad como los de novedad o aplicabilidad industrial, entre otros (Posey, 2002).

Conocimientos tradicionales: qué son y dónde se discute su protección

No existe en el ámbito internacional una definición convenida sobre lo que comprende el término “conocimientos tradicionales”⁹. Las dificultades para alcanzar esta definición se deben principalmente a las características de la propia materia a definir pues los conoci-

9 En el texto se habla de “conocimientos tradicionales”, en plural, por entenderse que los conocimientos son múltiples y comprenden ámbitos tan variados como la medicina, la agricultura, la caza, la pesca, gestión de los recursos naturales, artesanías, música, danzas, etc. Sin embargo, en ocasiones también se utiliza el término “conocimiento tradicional”, en singular, cuando se refiere al que existe particularmente respecto a la utilización de recursos genéticos. Se sobrentiende que este es también múltiple y variado, pero se sigue en esto la terminología utilizada frecuentemente en el ámbito internacional.

mientos tradicionales poseen un carácter dinámico, fluido y variable según cada contexto cultural. Ello no ha sido sin embargo óbice para que en diversos foros y acuerdos internacionales se haya tratado de lograr una conceptualización del término válida para su propio ámbito con el fin de resultar operativos. Así, por ejemplo, el CDB se refiere a 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 biológica¹⁰. El TIRFAA, aún más escueto, habla de conocimientos tradicionales de interés para los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura¹¹.

A pesar de las dificultades para alcanzar una definición en el ámbito internacional, los conocimientos tradicionales pueden ser conceptualizados como aquellos saberes, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas y comunidades locales que, conservando estilos de vida propios, presentan una naturaleza colectiva, son de carácter eminentemente empírico, no se encuentran en general codificados, son transmitidos de generación en generación y son mantenidos bajo un cierto secretismo. Frecuentemente están imbuidos de una cosmología y percepción holística sobre el universo y la naturaleza, y han sido desarrollados a lo largo de muchos años encontrándose siempre en continua evolución (Ellen y Harris, 2000).

En relación con el uso de la biodiversidad, los conocimientos tradicionales comprenden principalmente dos tipos de saberes: aquél que se relaciona con el uso de plantas y animales con fines médicos o curativos, y el que se genera y manifiesta en el ámbito de la agricultura. En el primer caso, el conocimiento es generalmente poseído solo por algunos miembros selectos de la comunidad, como por ejemplo por los chamanes o los curanderos, aunque es cierto que para las dolencias más comunes todos los miembros de la comunidad poseen un cierto conocimiento. En el segundo caso, por el contrario, los saberes

10 Artículo 8 j CDB.

11 Artículo 9. 2. a TIRFAA.

se encuentran diseminados entre todos los miembros de la comunidad. Por otro lado, en relación con el recurso biológico al que se refiere el conocimiento, este puede encontrarse incorporado a él o no. En el primer caso, el conocimiento tradicional y la subsiguiente intervención del hombre en la naturaleza habrán resultado en el desarrollo de ciertas características únicas de la variedad o raza; es decir, el saber se encuentra incorporado a la semilla o a la planta. Y, al contrario, el conocimiento tradicional podría versar sobre la utilización de una planta nativa o indígena y no encontrarse agregado a ella. El conocimiento tradicional sobre medicina tradicional de plantas nativas puede ser un claro ejemplo de este tipo.

Así como no hay consenso a nivel internacional sobre lo que debe entenderse por conocimientos tradicionales tampoco se ha alcanzado un acuerdo que salvaguarde los conocimientos tradicionales por sí mismos y de modo general. En realidad, la situación respecto a los conocimientos tradicionales podría describirse como la de un mosaico de foros y organizaciones que articulan el debate sobre la protección de los conocimientos desde diferentes perspectivas y con agendas distintas y hasta contradictorias. En este se incluye la perspectiva de los derechos humanos, aunque limitadamente, de la conservación de la diversidad biológica, la alimentación y la agricultura, la propiedad intelectual, el comercio y el desarrollo económico.

Algunos de esos foros tienen por objeto proteger los conocimientos tradicionales como tales; es decir, con prescindencia de la materia sobre la que recaen; tal es el caso de las discusiones de la OMPI. Otros, en cambio, enfocan la discusión exclusivamente en el conocimiento tradicional asociado a la utilización de recursos genéticos o fitogenéticos de relevancia para la alimentación y la agricultura. Esta es la situación del CDB y del TIRFAA, respectivamente. Además de ello, en algunos foros se han alcanzado acuerdos sobre el tema con fuerza vinculante para sus Partes, como es el caso de los dos mencionados anteriormente y del PN. Mientras en otros foros, por el momento, solo se analizan mecanismos de protección y se ha logrado elaborar

documentos borradores que podrían servir para una futura regulación. En esa situación se encuentran las discusiones en la OMPI. Por último, algunos de ellos constituyen ámbitos más permeables al reclamo de los pueblos y comunidades y a los intereses y aspiraciones de desarrollo de los países menos avanzados, como sucede con los foros relacionados con la conservación de la diversidad biológica; aunque también existen otros más rígidos, rigurosamente ceñidos al objetivo de no resquebrajar bajo ningún concepto el régimen de propiedad intelectual imperante, como ocurre con la OMC. Teniendo en cuenta esta situación, a continuación se abordan los progresos alcanzados en cada uno de esos ámbitos.

El conocimiento tradicional y los derechos humanos

La protección de los conocimientos tradicionales ha recibido escasa atención en el contexto del sistema internacional de derechos humanos. Paralelamente, en los foros donde se discuten alternativas para su protección el enfoque de derechos humanos ha estado ausente a pesar de que ello podría posibilitar una mayor salvaguarda.

En términos generales la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y comunidades locales encuentra su primer fundamento en las disposiciones que protegen los derechos y libertades de las personas contra toda clase de discriminación basada en razones de raza, color, religión, origen social u otra consideración establecida en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)¹², el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹³ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)¹⁴. Igualmente, la protección del derecho a

12 Artículo 2 DUDH.

13 Artículo 2.1 PIDCP.

14 Artículo 2.2 PIDESC.

la propiedad, individual y colectiva, que incluye la propiedad intelectual, también constituye una base legal fundamental¹⁵.

Particularmente, la defensa de los conocimientos tradicionales gravita alrededor de los derechos a la cultura y a la diversidad cultural reconocidos por el PIDCP y el PIDESC. El primero obliga a los Estados donde existen minorías étnicas, religiosas o lingüísticas a no impedir que las personas que pertenezcan a dichas minorías, en común con los demás miembros de su grupo, tengan su propia vida cultural¹⁶. La disposición se refiere al goce de la propia cultura. En relación con los conocimientos tradicionales, debe entenderse que comprende tanto los saberes en sí mismos como las prácticas y habilidades que de ellos se desprenden, y el objeto material sobre el que aquéllas recaen, debido a que su existencia y continuidad son condiciones necesarias para el goce efectivo del derecho.

Por su parte, el PIDESC establece que los Estados deben reconocer el derecho de toda persona a participar de la vida cultural¹⁷. Asimismo establece el derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que correspondan por razón de las producciones científicas de las que se fuera autor¹⁸. La disposición debe interpretarse de modo que no se limite a los derechos de “autor” sino que también comprende los que pudieran caberle al inventor y los que pudieran corresponder a otras categorías de protección de la propiedad intelectual, pues no tendría sentido proteger una forma única de manifestación del intelecto humano (creaciones literarias, por caso) y no las demás (inventos, por ejemplo). Como el quid de la cuestión radica en proteger las creaciones, invenciones o producciones de la mente, esta disposición, junto con las anteriores, parecería indicar que en el sistema de protección de derechos humanos existe

15 Artículo 17 DUDH.

16 Artículo 27 PIDCP.

17 Artículo 15.1.a PIDESC.

18 Artículo 15.1.c PIDESC. No solo debe entenderse incluidos los derechos de “autor” sino también los que protegen los inventos y otras producciones científicas (Haugen, 2006).

la obligación del Estado de salvaguardar los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y las comunidades locales. Aclarado lo anterior, también es cierto que nada indica qué tipo de sistema o propiedad debería ser.

Además de los dos instrumentos anteriores, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI), adoptada en 2007, establece un elenco de disposiciones que persiguen proteger los conocimientos tradicionales. En primer lugar, declara que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, entre otros. Ellos también tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar la propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural y de sus conocimientos tradicionales¹⁹. El artículo no solo declara el derecho a ejercer una serie de acciones sobre sus conocimientos tradicionales sino también los habilita para que, en base a ellos, puedan ser titulares de derechos de propiedad intelectual. En segundo lugar, específicamente en relación con la medicina tradicional, tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital²⁰. En tercer lugar, los pueblos tienen derecho a no ser sometidos a la destrucción de su cultura²¹. Y por último, los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales; ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, entre las que se encuentran sus tecnologías²².

19 Artículo 31.1 DDPI.

20 Artículo 24.1 DDPI.

21 Artículo 8.1 DDPI.

22 Artículo 11.1 DDPI.

Si bien las disposiciones anteriores emanan de una declaración y por tanto no son jurídicamente vinculantes para las Partes, sí proporcionan principios valiosos por su especificidad, porque establecen estándares de conducta y porque crean obligaciones de carácter moral. Se debe especificar además que la Declaración solo comprende los derechos de los pueblos indígenas y no los de las comunidades locales. A este respecto, es útil mencionar que el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas está trabajando en un proyecto de declaración sobre los derechos de los campesinos y de otras personas que trabajan en las zonas rurales. Allí se prevé la protección de los conocimientos tradicionales de los campesinos²³.

Por último, es útil mencionar que el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) llama a los gobiernos a respetar su identidad social y cultural y sus costumbres y tradiciones²⁴. A pesar de tratarse de un acuerdo generado en el ámbito de la OIT, el Convenio goza de gran prestigio entre los pueblos indígenas dado que constituye una plataforma jurídicamente vinculante a partir de la cual promover el respeto y la protección de sus derechos en otros foros internacionales. Irónicamente, el Convenio N° 169 trasciende el ámbito de las cuestiones laborales y, dando un giro de 180 grados, adquiere una perspectiva de derechos humanos y conmina a los gobiernos a proteger la cultura e identidad indígenas (Picart y Fox, 2014).

23 Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/046/45/PDF/G1604645.pdf?OpenElement>.

24 Artículo 2.2.b Convenio N° 169 de la OIT.

Convenio sobre la Diversidad Biológica

Tal vez uno de los ámbitos más importantes donde se regula la protección del conocimiento tradicional asociado a recursos genéticos sea el del CDB, un acuerdo paraguas adoptado en mayo de 1992 y en vigor desde diciembre de 1993 que persigue la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que surjan de la utilización de recursos genéticos²⁵. El Convenio es uno de los más universales y cuenta con 196 Partes²⁶.

En dicho acuerdo y en relación con el conocimiento tradicional, se establece que las Partes contratantes, con arreglo a su legislación nacional, deberán respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades²⁷ indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica²⁸. Si bien, como surge de la lectura de la disposición, las Partes tienen flexibilidad en relación con la manera en que cumplirán con la obligación, deben satisfacer siempre el compromiso internacional asumido en el Convenio y, por lo tanto, deben respetar, preservar y mantener efectivamente esos conocimientos. Las Partes elegirán cómo hacerlo; podrían por ejemplo revisar y adoptar medidas que incentiven el mantenimiento y desarrollo de prácticas tradicionales, o la creación de programas de investigación en etnobotánica o el registro del conocimiento tradicional (Glowka et al., 1994).

El Convenio también obliga a las Partes a promover la aplicación más amplia de esos conocimientos, innovaciones y prácticas, siem-

25 Artículo 1 CDB.

26 Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Disponible en: <https://www.cbd.int/information/parties.shtml#tab=0>.

27 El CDB y el PN hablan de “comunidades” Indígenas y no de “pueblos” indígenas como lo hace la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

28 Artículo 8 j CDB.

pre que medien la aprobación y la participación de quienes los posean²⁹. El acceso y utilización de los conocimientos tradicionales es justamente una manera de aplicarlos y por ello se debe contar con la aprobación y participación de las comunidades. Será la legislación nacional de cada país la que determine a quiénes corresponde considerar poseedores de tales conocimientos, teniéndose siempre en cuenta que el conocimiento tradicional protegido por el CDB es aquél que pertenece a comunidades indígenas o locales que entrañen estilos tradicionales de vida³⁰; quedando por tanto excluidos los descendientes que no cumplan con esta condición.

El CDB no explicita qué elementos deben considerarse al obtener la aprobación de las comunidades para el acceso y utilización de su conocimiento. Se considera, sin embargo, que las Directrices Akwé: Kon, adoptadas en el marco de trabajo del Convenio y aplicables a la evaluación de las posibles repercusiones culturales, ambientales y sociales producto de proyectos de desarrollo, que se realicen en lugares sagrados o utilizados tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares³¹, podrían ser aplicables a tal fin. Estas directrices establecen como requisitos esenciales del proceso de consulta y evaluación los siguientes: los derechos pertinentes de las comunidades indígenas y locales, el uso de idiomas y procesos adecuados para cada situación, la asignación de tiempo suficiente y el suministro de información fáctica y legalmente precisa y correcta³². Asimismo, el Código de Conducta Ética Tkarihwaíé:Ri³³ dispone que

29 Artículo 8 j CDB.

30 Artículo 8 j CDB.

31 Fueron adoptadas mediante Decisión VII/16 de la Séptima Conferencia de las Partes. Las Directrices Akwé: Kon están disponibles en: <http://www.cbd.int/decision/cop/?id=7753>.

32 Principio quincuagésimo tercero Directrices Akwé: Kon.

33 El Código de Conducta Ética Tkarihwaíé:Ri tiene por fin asegurar el respeto al patrimonio cultural e intelectual de las comunidades indígenas y locales pertinentes para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica. El mismo fue adoptado recientemente mediante Decisión X/42 de la Décima Conferencia de las Partes. El Código está disponible en: <http://www.cbd.int/decision/cop/default.shtml?id=12308>.

toda actividad relacionada con los conocimientos tradicionales asociados a la conservación y a la utilización sostenible de la diversidad biológica se realice con el consentimiento fundamentado previo y la aprobación e intervención de las comunidades indígenas y locales, el cual deberá ser obtenido sin coerción, fuerza o manipulación³⁴.

Por último, el propio CDB requiere que las Partes fomenten el reparto equitativo de los beneficios provenientes del uso de conocimientos tradicionales, innovaciones y prácticas pertinentes para la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica³⁵. Para satisfacer dicha obligación las Partes contratantes podrían, por ejemplo, adoptar medidas políticas, legislativas o administrativas que permitan mayor protección y control de las comunidades al acceso a su conocimiento tradicional. También podrían elaborar, junto con diferentes asociaciones profesionales, códigos de conducta que regulen la recolección y diseminación de los conocimientos tradicionales y la distribución de beneficios (Glowka et al., 1994). En cualquier caso un principio ético que siempre debería primar en la participación en los beneficios, es el de la repatriación de la información: hasta ahora los resultados de las investigaciones con fines científicos, y menos aún los de las comerciales, no se han puesto a disposición de las comunidades de un modo culturalmente apropiado y relevante para ellas (Shanley y Laird, 2002). En cualquier caso ha de considerarse que la transferencia de información a las comunidades puede ayudar a que los recursos biológicos puedan ser mejor conservados por sus custodios o a dar una solución inmediata a un problema acuciante para ellas.

Protocolo de Nagoya

El PN desarrolla en profundidad el régimen de acceso al conocimiento tradicional asociado a la utilización de los recursos gené-

34 Principio decimoprimer Código de Conducta Ética Tkarihwaié: Ri.

35 Artículo 8 j CDB.

ticos y la participación en los beneficios derivados de su utilización. El Protocolo fue adoptado en octubre de 2010, se encuentra en vigor desde octubre de 2014 y cuenta con 105 Partes³⁶.

Allí se dispone que las Partes adopten medidas para asegurar que el acceso a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos en posesión de comunidades indígenas y locales ocurra con su consentimiento fundamentado previo o su aprobación y que se establezcan con éstas condiciones mutuamente acordadas³⁷. A diferencia de lo que sucede con los recursos genéticos, en donde los países deciden si regulan o no su acceso, en el caso del conocimiento tradicional la adopción de medidas es obligatoria, debiendo ser éstas apropiadas y efectivas. Asimismo las Partes, al adoptar medidas, dispondrán sobre su grado de intervención en el proceso de consulta a las comunidades. Así, por ejemplo, ellas podrían establecer simplemente la obligatoriedad de contar con el consentimiento de las comunidades o podrían ir más allá, tutelando a través de un procedimiento administrativo la existencia misma del consentimiento. Sin embargo, la conformidad para autorizar o denegar el acceso al conocimiento tradicional será siempre un derecho exclusivo de las comunidades ya que las Partes no ejercen derechos soberanos sobre él (Gerstetter, 2009).

El Protocolo no especifica cuáles son los requisitos necesarios para obtener el consentimiento fundamentado previo, pero la literatura ha sugerido, entre otros, la necesidad de divulgar la metodología del proyecto, sus posibles consecuencias, la identidad del solicitante, de los socios y/o sponsors del solicitante, la identificación de los beneficios a ser compartidos, los mecanismos para compartirlos y los acuerdos que de ellos se deriven; la indicación de posibles actividades y procedimientos alternativos, e información precisa de usos y de posibles fines comerciales (Firestone, 2003). Es así que estas condicio-

36 Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Disponible en: <http://www.cbd.int/information/parties.shtml#tab=2>.

37 Artículo 7 PN.

nes deberán estar establecidas en la legislación nacional. Igualmente, y considerando que el Protocolo no dilucida con qué comunidades se debe negociar y con quién dentro de ellas, o qué hacer en caso de que similar conocimiento se encuentre en posesión de dos o más comunidades, o cómo debe ser la distribución de beneficios dentro de la propia comunidad, carencias por otro lado lógicas, la legislación nacional también deberá regular estos asuntos³⁸.

Con respecto a la distribución de beneficios derivados de la utilización de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, el Protocolo dispone que las Partes deban adoptar medidas para asegurar que dichos beneficios se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades indígenas y locales poseedoras de dichos conocimientos sobre la base de condiciones mutuamente acordadas³⁹. Aquí también las Partes deben decidir cuál es su nivel de involucramiento, y por tanto decidir si exigen se aporte documentación que acredite la efectiva existencia del consentimiento y de las condiciones mutuamente acordadas, o si, por el contrario, con introducir legislación que establezca que: “se debe compartir los beneficios provenientes de la utilización de los conocimientos tradicionales asociados a recursos naturales con las comunidades indígenas y locales”, la obligación que plantea el Protocolo está satisfecha. Las dos alternativas son posibles.

Finalmente, se debe mencionar que el Protocolo incorporó las esperadas medidas de cumplimiento. Éstas deben ser adoptadas por

38 De las mencionadas dificultades, el PN solo considera una de ellas: el caso en que los mismos conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos sean compartidos por una o más comunidades indígenas y locales en varias Partes, para lo cual establece que dichas Partes procurarán cooperar, según proceda, con la participación de las comunidades indígenas y locales pertinentes, con miras a aplicar el objetivo del Protocolo (art. 11.2 PN).

39 Es importante aclarar que si bien el derecho de las comunidades indígenas y locales a participar en los beneficios que se deriven de la utilización de su conocimiento tradicional está establecido, la forma de concretar tal derecho sigue siendo de difícil realización, en especial en relación con la legitimación para negociar dentro de las comunidades, con qué comunidades negociar y el proceso de negociación en sí mismo (Alexiades y Laird, 2002).

todas las Partes y garantizan que cuando los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos se utilicen en otra jurisdicción, en el país donde se encuentra el usuario de los conocimientos, se controle que estos hayan sido accedidos de conformidad a la legislación y a los requisitos reglamentarios nacionales de la parte proveedora⁴⁰. Con ello se soluciona uno de los defectos más importantes del CDB, que era precisamente que en la práctica los países donde habitan comunidades indígenas y locales estaban imposibilitados de controlar el acceso y utilización de los conocimientos con las comunidades más allá de sus jurisdicciones.

Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura

Dado que los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura son claves para la erradicación del hambre y la extrema pobreza y que los países dependen en diversa medida de la diversidad fitogenética procedente de otros lugares, los Estados han acordado un régimen internacional para la conservación y la utilización sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura. El TIRFAA fue aprobado en 2001 en el seno de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO); entró en vigor en 2004. Actualmente cuenta con 144 Partes⁴¹. En éste se introduce un mecanismo realmente innovador que difiere del principio de negociación bilateral para el acceso a recursos genéticos seguido por el CDB y por el PN; esto es, un sistema multilateral de acceso facilitado y de distribución de beneficios con respecto a 64 cultivos listados en su Anexo I que constituyen, a su vez, el 80% del consumo humano total.

40 Artículo 16 PN.

41 Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. Disponible en: http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/legal/docs/033s-e.pdf.

Como se mencionó anteriormente, el conocimiento tradicional de los agricultores, particularmente de aquellos provenientes de los centros de origen y diversidad, ha sido fundamental para la conservación, el mejoramiento y la disponibilidad de los recursos fitogenéticos⁴². En reconocimiento de ello y con el fin de contrarrestar en el ámbito internacional los derechos de obtentor reconocidos en el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, el TIRFAA establece los denominados “derechos del agricultor”⁴³. Ellos son al menos tres, pero las Partes pueden agregar otros: a) derecho a que los conocimientos tradicionales relativos a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura sean protegidos; b) a participar equitativamente en la distribución de los beneficios que se deriven de la utilización de esos recursos, y c) a participar en la adopción de decisiones, a nivel nacional, sobre asuntos relativos a la conservación y la utilización sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura⁴⁴. El primero de ellos se relaciona con el conocimiento tradicional de los agricultores, quienes pueden ser comunidades indígenas o locales o no. El conocimiento tradicional protegido, a diferencia del CDB, es únicamente el relativo a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura.

El Tratado es susceptible de varias objeciones en relación con los derechos del agricultor. En primer lugar, no establece quiénes son los sujetos titulares de los derechos ni su materia. En segundo término, delega a secas en los gobiernos nacionales la responsabilidad de hacerlos realidad por los medios que estimen convenientes. En tercer lugar, no explicita mediante qué mecanismos esos derechos deben concretarse. Además, en el caso específico de los conocimientos tra-

42 Un ejemplo de ello son los denominados landraces o variedades del agricultor, cultivos en donde la selección y el mejoramiento por parte del hombre, en un ambiente y cultura específicos, ha permitido que alcancen características específicas de gran valor. Los landraces proveen entre el 5 y el 10% del pool genético utilizado por la industria de mejoramiento de cultivos.

43 Artículo 9.1 TIRFAA.

44 Artículo 9.2 TIRFAA.

dicionales, no establece ningún parámetro de protección. Todo ello ha conducido a que tanto el contenido de los derechos como los medios para realizarlos hayan terminado en una nebulosa y no se hayan concretado en la realidad.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

Uno de los foros más importantes donde se debate el destino de la protección de los conocimientos tradicionales es el de la OMPI. En su seno, el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG), creado en 2001, estudia diferentes alternativas de salvaguarda y elabora textos para la negociación de uno o varios instrumentos jurídicos⁴⁵ que aseguren, en concordancia con el régimen general de propiedad intelectual, la protección de los conocimientos y las expresiones culturales tradicionales. La importancia del foro es fundamental pues posee peso suficiente como para instaurar un efectivo sistema de protección internacional del conocimiento tradicional. Se podría equilibrar así la ganancia obtenida por los países desarrollados en la OMC con la implementación generalizada del Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) que crea estándares uniformes para la protección de las patentes en todos los países (Mc Mamis, 2007).

El trabajo del CIG comprende los conocimientos tradicionales asociados a la utilización de recursos genéticos, pero también otros saberes relativos al ambiente en general, como los pertinentes a la caza o pesca tradicional o el manejo del agua o del suelo. Su mandato negociador también abarca la protección de las expresiones culturales tradicio-

45 El resultado final de la negociación podría ser la adopción de recomendaciones para los miembros de la OMPI o un acuerdo vinculante para las Partes que decidieran ratificarlo.

nales, o expresiones del folclore⁴⁶, las cuales suelen ser incluidas en el concepto de “conocimientos tradicionales”, aunque la OMPI, a los fines de su trabajo, distingue formalmente entre ambas cuestiones.

La OMPI analiza dos modalidades básicas de protección de los conocimientos tradicionales: por un lado, la positiva, en la que se busca salvaguardar los conocimientos tradicionales mediante la utilización de los mecanismos jurídicos existentes, y confiere derechos a las comunidades sobre sus conocimientos y recursos concretos para defenderlos. Dentro de ella se barajan tres posibilidades: la primera resguardaría el conocimiento mediante la utilización de las propias leyes de propiedad intelectual y la enervación del resto del sistema jurídico vigente. Dentro de esta opción cabría, por ejemplo, otorgar una patente a una comunidad cuyos miembros se hubieran asociado bajo una forma legalmente reconocida y la hubieran solicitado conjuntamente.

Si bien ello podría sortear el escollo de contar con un solicitante cierto y definido, la solución es precaria. El conocimiento tradicional es el resultado de una experimentación colectiva que trasciende la simple asociación circunstancial de miembros de una comunidad (Hernández-Truyol y Powell, 2009). Persisten además cuestiones complejas de difícil solución; una de ellas se relaciona con la dificultad de que los conocimientos tradicionales puedan cumplir con el requisito de aplicabilidad industrial⁴⁷. Otra se refiere al límite temporal de protección que otorga una patente: un máximo de 20 años que no responde a las preocupaciones reales de protección de las comunidades y pueblos.

Una segunda vía dentro de la modalidad positiva sería la utilización del régimen general de contratos del Derecho civil. En esta vía, el acceso a los conocimientos tradicionales y la distribución de beneficios se acordarían libremente por las Partes. Esta posibilidad supone limitaciones en relación con la asimetría de poder y capacida-

46 Por expresiones de folclore se entienden las maneras en que se manifiesta la cultura tradicional, incluyéndose en éstas la danza, la música, el arte, los diseños, los cuentos, las ceremonias, etc.

47 Que la invención conduzca a la obtención de un resultado o de un producto industrial.

des que existe entre ambos contratantes, el principio de libertad de la voluntad que permitiría a los usuarios del conocimiento no acordar si no lo desean, y aun así continuar usufructuando el conocimiento, y la imposibilidad de que los herederos de los miembros contratantes de la comunidad continúen en los derechos de quienes pactaron.

Por último, y dentro de la protección positiva, se ha analizado la posibilidad de crear un nuevo sistema de derechos sui generis independiente y específico para la protección de los conocimientos tradicionales. En esta alternativa se erige la posibilidad de adoptar leyes específicas que regulen el acceso al conocimiento tradicional asociado a la utilización de recursos genéticos. En ese caso se instituyen titulares del conocimiento, requisitos para su acceso y utilización, reglas para la distribución de beneficios, beneficiarios, derechos que concede, extinción de los derechos, etc. La Ley N° 27811 de 2002 de Perú sobre el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos se enmarca dentro de este grupo.

Por otro lado, la OMPI analiza la modalidad preventiva o defensiva de protección de los conocimientos tradicionales. Basada en una serie de medidas posibles, esta alternativa busca evitar se otorguen derechos de propiedad intelectual indebidamente; es decir, cuando la innovación a proteger se ha realizado a partir del conocimiento tradicional. Como estas medidas no obstaculizan el uso indebido de los conocimientos tradicionales deben complementarse con alguna de las alternativas de la modalidad positiva. El modo preventivo puede incluir tres tipos de medidas: las bases de datos que permiten identificar el estado del arte y por lo tanto facilitan a los examinadores de patentes la evaluación de los requisitos de novedad y nivel inventivo⁴⁸;

48 La OMPI, por ejemplo, ha incluido en el sistema Clasificación Internacional de Patentes (CIP), el principal instrumento de búsqueda técnica de patentes, mayor información sobre productos medicinales basados en extractos vegetales, aumentándose así las posibilidades de que los examinadores puedan reconocer fácilmente el estado del arte para una invención reivindicada. Otro ejemplo se halla en la Biblioteca Digital sobre Conocimientos Tradicionales de la India: la base

el establecimiento del denominado requisito de divulgación⁴⁹ como parte del procedimiento de otorgamiento de derechos de propiedad intelectual, y el pacto entre los miembros de la comunidad respecto a mantener en secreto el conocimiento tradicional común.

La modalidad y las medidas presentan, sin embargo, sus dificultades pues si bien las bases de datos pueden ayudar a impedir el otorgamiento erróneo de patentes, aun así estas podrían otorgarse si se ha accedido al conocimiento tradicional a partir de información existente en libros o documentos. Asimismo, esta modalidad no garantiza la participación de los pueblos y comunidades en los beneficios derivados de su conocimiento ni la posibilidad de que ellas mismas sean titulares de algún tipo de derecho sobre su conocimiento tradicional. Por último, si se trata de la alternativa de resguardar el conocimiento tradicional mediante el secreto, su cumplimiento se complica en el caso de existir muchos miembros en la comunidad o varias comunidades.

Actualmente, el CIG ha avanzado un texto borrador que contiene principios y artículos sobre la protección del conocimiento tradicional⁵⁰. El documento no constituye un texto de negociación formal sino que guía el trabajo del CIG y permite entrever los lineamientos que podría seguir un futuro régimen en la materia. Los elementos clave que se distinguen son los siguientes: a) el objetivo del régimen ha de ser proporcionar medios a los beneficiarios para impedir la apropiación indebida o ilegal y el uso indebido de sus conocimientos tradicionales; algunas alternativas de redacción son más específicas y

contiene 34 millones de páginas de información normalizada sobre unas 2.260.000 formulaciones medicinales formuladas en sánscrito, árabe, persa, urdu y tamil. La consulta obligada de la base, que se presenta en inglés, francés, alemán, español y japonés, permite a la Oficina India de Propiedad Intelectual evaluar fácilmente los inventos reivindicados asociados al uso de la medicina tradicional.

49 El requisito de divulgación obliga al solicitante de un derecho de propiedad intelectual a declarar si el invento está relacionado con conocimientos tradicionales y, en caso afirmativo, su fuente, existencia del consentimiento fundamentado previo y de condiciones mutuamente acordadas.

50 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Disponible en: http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=276361.

se refieren claramente a impedir la concesión de derechos de patentes erróneos sobre conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y/o derechos de propiedad intelectual sobre conocimientos tradicionales en general; b) se facilita por primera vez en el plano internacional definiciones sobre “conocimientos tradicionales”, “apropiación indebida”, “apropiación ilegal”, “uso indebido” y “uso/utilización”; c) se lista el contenido de los derechos de las comunidades sobre sus conocimientos; estos son: mantener, controlar, usar, desarrollar, autorizar o denegar el acceso y la utilización, recibir una participación justa y equitativa de los beneficios derivados de su uso y derecho moral de atribución; d) se propone la protección del conocimiento mediante la creación de bases de datos, éstos serán aportados voluntariamente por las comunidades y se vislumbra diferentes sujetos habilitados para acceder a su contenido –desde el público en general hasta las oficinas de propiedad intelectual–, persiguiéndose fines alternativos y complementarios que van desde impedir, gracias a su consulta, el otorgamiento erróneo de derechos de propiedad intelectual, y más precisamente de patentes, hasta su conservación y mantenimiento, y e) se incorpora el requisito de divulgación que obliga al solicitante de un derecho de propiedad intelectual a declarar si el invento está relacionado con conocimientos tradicionales y, en caso afirmativo, su fuente, existencia del consentimiento fundamentado previo y de condiciones mutuamente acordadas, previéndose diferentes consecuencias en caso de manifestarse falsa información.

Organización Mundial del Comercio

La OMC es el foro internacional donde se acuerdan las normas por las que se rige el comercio multilateral. Dichas normas constituyen los denominados Acuerdos de la OMC que presentan una particularidad que los diferencia del resto de los convenios administrados por el sistema de Naciones Unidas. Esta particularidad es que consti-

tuyen un “paquete único”. Ello consiste en que se deben aceptar todos y cada uno de los acuerdos tal y como están para ser parte del sistema de la OMC, y para, en la práctica, poder establecer relaciones comerciales con los Estados Unidos, el país promotor de la Organización.

Uno de los acuerdos pilares del sistema de comercio internacional es el ADPIC. Mediante dicho Acuerdo, el régimen de la propiedad intelectual con sus características actuales se expandió a todos los países parte de la OMC. El ADPIC se configuró a partir de los intereses de las corporaciones multinacionales (Gad, 2003) y de los países desarrollados, en especial de los Estados Unidos⁵¹. Su gran victoria fue hacer orbitar los derechos de propiedad intelectual alrededor del comercio internacional e imponer la noción del “paquete único”. A partir de allí la observancia uniforme del régimen por parte de todos los países estaría garantizada.

El ADPIC faculta a los miembros a excluir de la patentabilidad a las plantas, a los animales y a los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, obligándolos a cambio a establecer un sistema eficaz de protección respecto a las obtenciones vegetales, el cual podrá consistir en un sistema *sui generis*, un sistema de patentes o una combinación de los mismos⁵². El problema respecto al conocimiento tradicional radica en que el ADPIC solo reconoce una forma particular de conocimiento: el occidental, que lleva a lograr una obtención vegetal, pero desconoce a otras, en este caso, al conocimiento tradicional de los agricultores que seleccionan, mejoran y producen diversas variedades de cultivos sobre los cuales se alcanzan también las obtenciones vegetales (Posey y Dutfield, 1996). El ADPIC además abre las puertas al otorgamiento de patentes sobre

51 La línea de base de los Estados Unidos en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) –General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)– era que si otros países querían negociar con ellos, estos tendrían que adoptar el régimen de los Estados Unidos en relación a la propiedad intelectual, lo cual era contrario a sus costumbres y permitía la adquisición de los recursos genéticos y culturales (Whitt, 2009).

52 Artículo 27.3.b ADPIC.

la vida al incluir como materia patentable a los microorganismos y a los procedimientos no biológicos o microbiológicos⁵³, siempre que puedan considerarse “inventados”⁵⁴.

El artículo 27.3.b del ADPIC está bajo revisión desde el año 1999. Un punto crítico bajo análisis es la relación aparentemente antagónica que existe entre el ADPIC y el CDB y la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore. La Declaración Ministerial de apertura de la Ronda de Doha (adoptada el 14 de noviembre de 2001) encomienda al Consejo del ADPIC esa tarea⁵⁵. En ese marco los países en desarrollo, y en particular India, Brasil, Colombia, Cuba, Ecuador, Indonesia, Perú, Tailandia y Kenia en representación del Grupo Africano, solicitan no solo la revisión del artículo 27.3.b sino también la introducción de un nuevo artículo, el 29bis, que obligue, en el marco del otorgamiento de una patente, a divulgar el origen de los recursos genéticos en la solicitud junto con la conformidad del consentimiento informado previo y las condiciones mutuamente acordadas; y si la invención se hubiera basado en conocimientos tradicionales, a presentar el consentimiento de las comunidades implicadas.

A este respecto Suiza ha propuesto se modifique el Tratado de Cooperación en materia de Patentes de la OMPI (y también, por referencia, el Tratado sobre Derecho de Patentes de la OMPI) con el objetivo de que los países puedan exigir en sus propias legislaciones nacionales que cuando se solicite una patente se divulgue si se han utilizado conocimientos tradicionales y su origen. La falta de cumplimiento imposibilitaría conceder el derecho solicitado. Por su parte, la Unión Europea si bien apoya en principio la divulgación de la fuente,

53 Artículo 27.3.b ADPIC.

54 Lo “inventado” se juzga siguiendo los criterios establecidos en el caso judicial *Diamond con Chakrabarty*. En 1980, la Corte Suprema de los Estados Unidos sentó como precedente la posibilidad de patentar organismos genéticamente modificados al sostener que una bacteria podía considerarse inventada porque poseía características marcadamente diferenciadas de las que se encontraban en la naturaleza y era susceptible de tener una utilidad.

55 Organización Mundial del Comercio. Disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/art27_3b_background_e.htm.

estima que las consecuencias jurídicas ante la falta de cumplimiento del requisito no deberían incluirse en el régimen de patentes sino fuera de él. Por último, Estados Unidos no apoya la divulgación obligatoria de la fuente del conocimiento tradicional; más bien estima que tal divulgación podría exigirse a través de las propias leyes nacionales del país donde habitan las comunidades o por medio de arreglos contractuales entre los proveedores del conocimiento tradicional y los usuarios.

Conclusiones

El reclamo de los pueblos indígenas y las comunidades locales respecto a la necesidad de proteger sus conocimientos tradicionales se ha abierto paso en el ámbito internacional y varios foros han incorporado en su agenda el análisis y debate sobre la cuestión. En términos generales, se puede aseverar que existe mayor conciencia sobre el tema y un mayor grado de protección de los conocimientos. Sin embargo, los avances van ligados al peso político y negociador que los países en desarrollo y sus pueblos y comunidades puedan permitirse en un determinado proceso internacional. Así, por ejemplo, se observa que en los foros sobre conservación de la diversidad genética y fitogenética donde estos países tienen cierto poder y las minorías posibilidades reales de participación el progreso ha sido mayor, lográndose incorporar en el ámbito del CDB, el PN y el TIRFAA disposiciones que propenden a la salvaguarda de los conocimientos.

Sin embargo, estos convenios de avanzada, con la excepción del PN, y hasta cierto punto, enfocan la protección del conocimiento tradicional únicamente desde el punto de vista de la legislación nacional de acceso, olvidando establecer obligaciones que manden a los países en donde se utiliza el conocimiento tradicional a verificar que su acceso haya sido legal. Tanto el CDB como el TIRFAA abordan una sola cara de la moneda: la del acceso al conocimiento tradicional, y no la

otra: la del control de su utilización. Y si bien es necesario y acertado que los gobiernos de los Estados donde habitan las minorías adopten medidas que manden acceder al conocimiento con el consentimiento de sus poseedores, ello no es suficiente.

Por otro lado, si bien el CDB y el TIRFAA avanzan en la protección de los conocimientos tradicionales, las disposiciones que articulan obligaciones no son taxativas. Estas en realidad no hacen otra cosa que establecer principios generales dejando una gran flexibilidad a las Partes para que decidan cómo implementarlas. Inclusive se puede llegar a afirmar que poseen características externas que las hacen parecer vinculantes, pero su verdadera naturaleza es en realidad la de un *soft law*; es decir, una guía que inspira acciones o políticas a las Partes sin tener un carácter realmente obligatorio (Harrop y Pritchard, 2011).

El PN es, sin dudas, una instancia superadora de ambos. En él claramente se obliga a las Partes a adoptar medidas que aseguren que el acceso al conocimiento tradicional se realice con el consentimiento fundamentado previo de las comunidades indígenas y locales y que los beneficios derivados de su utilización se compartan de manera justa y equitativa con ellas sobre la base de condiciones mutuamente acordadas⁵⁶. Este es hasta el momento el mayor nivel de salvaguarda que existe a nivel internacional para los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. Y aun así, reconociendo todo su mérito, no se puede dejar de observar que el Protocolo no pudo alcanzar, con respecto a los conocimientos tradicionales, el nivel de control que sí alcanzó para los recursos genéticos. Con respecto a estos últimos, establece no solo medidas de cumplimiento tendientes a verificar que los recursos que se utilizan hayan sido accedidos de conformidad con el consentimiento fundamentado previo de la parte proveedora y se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas⁵⁷, sino que también obliga a designar un punto de verificación encargado de recolectar información relacionada con el consen-

56 Artículos 7 y 5.5 PN.

57 Artículo 15.1 PN.

timiento, la fuente del recurso genético, las condiciones mutuamente acordadas y/o con la utilización de recursos genéticos⁵⁸. Mediante dicha obligación el PN introdujo el famoso requisito de divulgación para los recursos genéticos. Al contrario, para los conocimientos tradicionales no fue tan ambicioso pues si bien obliga a adoptar medidas para asegurar que se haya accedido a los conocimientos tradicionales con el consentimiento fundamentado previo de las comunidades y que se hayan establecido con ellas condiciones mutuamente acordadas⁵⁹, no incorpora el ansiado requisito de divulgación. Es por ello que los países en desarrollo, los pueblos y las comunidades continúan pidiendo esta condición en cada proceso de negociación en el que participan.

Por otro lado, si se analizan los foros y procesos donde se negocian acuerdos relativos a la propiedad intelectual y al comercio, donde el peso de la decisión se encuentra en los países desarrollados y los acuerdos que allí se alcanzan poseen verdadero poder vinculante, se debe concluir que la protección de los conocimientos tradicionales es inexistente. Si se compara la OMPI con la OMC se percibe mayor inclinación para su salvaguarda en la primera. Al menos en ella se ha conformado un grupo de trabajo especializado, el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, CIG, y después de más de 15 años se ha logrado elaborar un texto borrador con principios y artículos que podrían guiar un futuro régimen de protección de los saberes.

Es difícil imaginar que la OMC incorpore en un futuro próximo cualquier nivel de protección para los conocimientos tradicionales. Ello explica por qué los países en desarrollo, los pueblos y las comunidades temen que este instrumento vacíe de contenido los logros alcanzados en el CDB, el TIRFAA y el novedoso PN. También aclara por qué los países en desarrollo insistieron hasta última hora, durante las negociaciones del PN, en que el punto de verificación para

58 Artículo 17.1.a.i PN.

59 Artículo 16.1 PN.

recursos genéticos fuera precisamente las oficinas de patentes⁶⁰, y por qué algunos países donde habitan pueblos indígenas y comunidades locales ancestrales, como Perú, se han adelantado y han designado a sus propias oficinas de propiedad intelectual como puntos de verificación del legal uso del conocimiento tradicional.

Para concluir, se debe señalar que el desafío de proteger el conocimiento tradicional asociado a la utilización de recursos genéticos persiste. La pieza fundamental para armar el puzzle se encuentra en el ámbito del sistema de derechos de propiedad intelectual y en la posibilidad de establecer el deseado y controvertido requisito de divulgación. La importancia de alcanzar una solución en este ámbito es clave. Allí se podría equilibrar la asimetría creada por el ADPIC y proveer a los pueblos y las comunidades con alguna herramienta útil que permita defender sus conocimientos tradicionales y favorecerse de los beneficios que de estos se deriven. Complementariamente convendría analizar la posibilidad de configurar un sistema sui generis de derechos para la protección de los recursos culturales y biológicos de los pueblos y comunidades, teniendo en cuenta que en la valoración y protección de los conocimientos, es decir, de su cultura, no se socave aquello mismo que se desea salvaguardar.

60 Finalmente no lo lograron y el punto de verificación puede ser libremente designado siempre y cuando cumpla con las características del artículo 17.1.a.iv del PN.

Bibliografía

Aguilar, G. (2001). "Access to genetic resources and protection of traditional knowledge in the territories of indigenous peoples". *Environmental Science & Policy*, 4 (4-5), 241-256.

Alexiades, M. y Laird, S. (2002). "Laying the foundation: equitable biodiversity research relationships". En Laird, S. (ed.). *Biodiversity and Traditional Knowledge. Equitable Partnerships in Practice* (pp. 3-15). London y Sterling, VA: Earthscan.

Castree, N. (2003). "Bioprospecting: from theory to practice (and back again)". *Transactions of the Institute of British Geographers*, 28 (1), 35-55.

Cordell, G. (2000). "Biodiversity and drug discovery: a symbiotic relationship". *Phytochemistry*, 55 (6), 463-480.

Cottier, T. (1999). "The Protection of Genetic Resources". En Abbot, F, Cottier, T. y Gurry, F. (eds.). *The International Intellectual Property System: Commentary and Materials*. The Hague: Kluwer Law International.

Ellen, R. y Harris, H. (2000). "Introduction". En Ellen, R., Parkes, P. y Bicker, A. (eds.). *Indigenous environmental knowledge and its transformations* (pp. 1-34). Amsterdam: Harwood Academic Publishers.

Firestone, L. (2003). "Consentimento prévio informado, princípios orientadores e modelos concretos". En Lima A. y Bensusan, N. (eds.). *Quem Cala Consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais* (Documentos ISA 8). São Paulo: Instituto Socioambiental.

Gad, M. (2003). "Impact of Multinational Enterprises on Multilateral Rule Making: The Pharmaceutical Industry and the TRIPS Uruguay Round Negotiations". *Law and Business Review of the Americas*, 9(4), 667-674.

Gerstetter, C. (2009). "Sharing the Benefits of Using Traditionally Cultured GRs Fairly". En Kamau, E. y Winter G. (eds.). *Genetic Resources, Traditional Knowledge & The Law. Solutions for Access and Benefit Sharing* (pp. 349-363). London y Sterling, VA: Earthscan.

Glowka, L., Burhenne-Guilmin, F. y Synge, H. (1994). *A Guide to the Convention on Biological Diversity*. Gland y Cambridge: IUCN.

Gupta, R. y Balasubrahmanyam, L. (1998). "The turmeric effect". *World Patent Information* 20(3-4), 185-191.

Harrop, S. y Pritchard, D. J. (2011). "A hard instrument goes soft: The implications of the Convention on Biological Diversity's current trajectory". *Global Environmental Change*, 21(2), pp. 474-480.

Haugen H. (2006). "Traditional Knowledge and human rights". *The Journal of World Intellectual Property*, 8(5), 663-677.

Hernández-Truyol, B. y Powell, S. (2009). *Just Trade: A New Covenant Linking Trade and Human Rights*. New York y London: New York University Press.

Mc Mamis, C. (2007). "Biodiversity, Biotechnology and Traditional Knowledge Protection: Law, Science and Practice". En McMamis, C. (ed.). *Biodiversity and the Law: Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge* (pp. 1-23). London y Sterling, VA: Earthscan.

Mooney, P. (2000). "Why I call it biopiracy". En Svarstad, H. y Dhillon, S. (eds.). *Responding to Bioprospecting: From Biodiversity in the South to Medicines in the North* (pp. 37-44). Oslo: Spartacus Press, AS.

Picart, C. y Fox, M. (2014). "Beyond Unbridled Optimism and Fear: Indigenous Peoples, Intellectual Property, Human Rights and the Globalisation of Traditional Knowledge and Expressions of Folklore: Part II". *International Community Law Review*, (16), 3-37.

Posey, D. y Dutfield, G. (1996). *Beyond Intellectual Property Rights: Towards Traditional Resource Rights for Indigenous and Local Communities*. Ottawa: IDRC.

Posey, D. (2002). "Commodification of the sacred through intellectual property rights". *Journal of Ethnopharmacology*, 83 (1-2), 3-12.

Shanley, P. y Laird, S. (2002). "Giving back: making research results relevant to local groups and conservation". En Laird, S. (ed.). *Biodiversity and Traditional Knowledge. Equitable Partnerships in Practice* (pp. 102-124). London y Sterling, VA: Earthscan.

Whitt, L. (2009). *Science, Colonialism and Indigenous Peoples: The Cultural Politics of Law and Knowledge*. New York: Cambridge University Press.