



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú  
Perú

Zamudio, Teodora

Los conocimientos tradicionales y el régimen legal de acceso y distribución de beneficios

Derecho PUCP, núm. 69, julio-noviembre, 2012, pp. 259-279

Pontificia Universidad Católica del Perú

Lima, Perú

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656141017>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# Los conocimientos tradicionales y el régimen legal de acceso y distribución de beneficios

Traditional knowledge and legal regime of access and benefits distribution

TEODORA ZAMUDIO\*

**Resumen:** La ponencia pone en evidencia los intereses entorno al acceso a los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales y marca la necesidad de definir los institutos en juego para dar una respuesta legal eficiente en el marco político, científico y económico. Pasa revista, críticamente, a los conceptos que han sido desarrollados entorno de la temática en los ámbitos internacionales, regionales y locales, y desarrolla la tesis de la aplicación del derecho consuetudinario en especial en lo atinente al consentimiento fundamentado previo y la distribución de beneficios. Sin desdeñar el tratamiento de los conflictos planteados, y los que se avizoran en un inminente futuro, se abordan las implicaciones y escenarios en los que la determinación de los Estados y de los organismos internacionales han de enfrentar en la materia.

**Palabras clave:** conocimientos tradicionales – derecho consuetudinario – comunidades indígenas – biodiversidad

**Summary:** This work highlights interests around traditional knowledge access of local and indigenous communities stressing the need to establish institutions involved in order to give an efficient legal answer within the political, scientific and economic framework. The author critically reviews ideas developed about this issue among international, regional and local spheres formulating the thesis of application of customary law, in particular about prior informed consent and benefits-sharing. Without disregard present conflicts management and those envisaged in the near future, implications and scenarios where State and international organizations determination must face this subject are addressed.

**Keywords:** traditional knowledge – customary law – indigenous communities – biodiversity

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. DEFINICIONES Y OBJETIVOS.– III. ACCESO A LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES. PERTINENCIA DEL DERECHO CONSUEUDINARIO PARA SU REGULACIÓN.– IV. CONSENTIMIENTO FUNDAMENTADO PREVIO.– V. CONDICIONES ACTUALES DE SU PROTECCIÓN LEGAL.

---

\* Doctora en Filosofía del Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Profesora-investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Directora del Programa de Posgrado en Propiedad Intelectual/Industrial y Mercado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Directora de *Cuadernos de Bioética* (Argentina). Presidente del Programa Panamericano de Desarrollo y Defensa de la Diversidad biológica, cultural y social —ProDiversitas—.

Quizás lo más importante que ha de ser rescatado de la historia de la naturaleza sea su dinámica: la combinación y recombinación de ingredientes, eso es la biodiversidad, la eterna posibilidad de renovarse para dar —en cualquier contexto— una nueva respuesta al viejo drama de la vida. En esa historia lo más valioso que el hombre ha logrado es el talento para «leer» en la naturaleza, su riqueza; y «pintar» en ella, su destino<sup>1</sup>.

Conservar la biodiversidad es conservar no solo sus elementos, sino más bien la aptitud de estos —su inclinación— para recombinarse ante el desafío ambiental y, por ello, fundar un nuevo escenario, cada vez más lúcido, cada vez más sofisticado, cada vez más fuerte, porque contiene desde antes, desde siempre, esa capacidad y no porque la innovación supere esencialmente lo que ya es, sino porque el *continuum* solo posibilita su aparición o expresión evidente, el recuerdo de lo olvidado. Quizás el único elemento irrepetible y esencial de esa biodiversidad que se intenta desesperadamente proteger y conservar, sea —por lejos— el hombre mismo, su destreza para «cultivarla»... y son esas «culturas», que han conservado una íntima relación con la naturaleza, las que pueden hoy enseñarnos a hablar con ella, a entablar un diálogo del que no solo se extraigan secretos comerciales y científicos, sino la sabiduría necesaria para vivir en ella y con nosotros mismos.

No obstante que la cuestión aparece vital y sin posibles disensos, se ha considerado necesario fijar reglas, establecer categorías y precisar términos. Ha prevalecido —persiguiendo claridad y honestidad— el criterio de «[...] cambiar la práctica de “hacer amigos” por la de “firmar contratos”, tan apreciados por los occidentales bien intencionados»<sup>2</sup>. Así las cosas, el intento de definir el conocimiento tradicional como categoría jurídica —y por tanto, vinculante para su consideración política y económica— se viene dando simultáneamente en diferentes escenarios y niveles.

Las discusiones que intentan superar las llamadas «desigualdades fundamentales» entre los actores de las transacciones de acceso a los conocimientos tradicionales puntualizan que un régimen socialmente responsable para implementar un proceso de construcción de definiciones sobre los derechos de propiedad sobre tales conocimientos,

1 ZAMUDIO, Teodora. «The Convention on Biological Diversity in Latin America». En SCOVAZZI, Tullio (ed.). *The Protection of the Environment in a Context of Regional Economic Integration. The Case of the European Community, the Mercosur and the Nafta*. Milán: Giuffré, 2001.

2 La frase corresponde a Jorge Ishizawa, PRATEC, reproducida por MULLIGAN, Shane. «For Whose Benefit? Limits to Sharing in the Bioprospecting Regime». *Environmental Politics*, VIII, 4 (1999), pp. 35-65.

de diseño, desarrollo y puesta en práctica, solo podrá darse con la amplia participación de los grupos y comunidades indígenas y locales<sup>3</sup>.

Por otra parte, más allá de que su regulación es considerada ora un aspecto de la soberanía de los Estados, ora una condición para la negociación de un activo cuyo intercambio no debería variar de otros supeditados a la libre voluntad de sus titulares; los líderes indígenas consideran la disposición de este recurso como un aspecto de su autodeterminación y un reconocimiento a sus derechos fundamentales sobre su propiedad y su cultura. Por lo tanto, mientras los gobiernos intentan conservar el tema bajo la égida de sus incumbencias internas y los investigadores, acceder a estos saberes mediante las reglas comunes del mercado de bienes; los grupos indígenas intentan expandir, ampliar el discurso para así incluir sus intereses y expectativas puestas en la readquisición del control sobre sus territorios, recursos y herencias culturales<sup>4</sup>.

«Lo que aquí está en juego es más una determinación socio-política que un derecho patrimonial»<sup>5</sup>, el que en definitiva mucho puede costar balancear, en algunos casos, cuando tan diferentes temperamentos, trasfondos e intereses se ponen en juego. Reconociendo lo parcial e, incluso, exiguo, este trabajo se centrará en esas relaciones y en pasar revista al estado del debate en los ámbitos, internacional y nacional, más relevantes o desarrollados hasta el momento.

LOS  
CONOCIMIENTOS  
TRADICIONALES Y  
EL RÉGIMEN LEGAL  
DE ACCESO Y  
DISTRIBUCIÓN DE  
BENEFICIOS

TRADITIONAL  
KNOWLEDGE AND  
LEGAL REGIME  
OF ACCESS  
AND BENEFITS  
DISTRIBUTION

## II. DEFINICIONES Y OBJETIVOS

Reconociendo la estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos, y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes<sup>6</sup>.

Hace casi dos décadas se apuntó que la ya entonces creciente atención prestada a los conocimientos tradicionales reflejaba la ampliación de los objetivos entorno del tema y, por ende, ello se tradujo en la necesidad de aclarar la terminología tanto para *identificar* la materia para la que se

3 Conclusiones extraídas del «Informe del Multistakeholder Dialogue on Trade, Intellectual Property and Biological and Genetic Resources in Latin America, Cusco, Peru, 2001, pp. 22-24 ([www.ictsd.org/dialogueweb/texts/report2.htm](http://www.ictsd.org/dialogueweb/texts/report2.htm)).

4 BRATSPIES, Rebecca. «The New Discovery Doctrine: Some Thoughts on Property Rights and Traditional Knowledge». *American Indian Law Review*, XXXI, 2 (2006/2007), pp. 315-340.

5 RODRÍGUEZ ZEBALLOS, Alberto. Co-autor del borrador de Ley de Derechos Colectivos (para Bolivia). Extraído de la entrevista realizada por Giovanna Tassi para el programa Cabina Pública de Radio Nacional de Ecuador, Quito, Ecuador (abril, 29 de 2010).

6 Convenio sobre la Diversidad Biológica. Considerando décimo segundo del Preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica, firmado en Río de Janeiro (Brasil), el 5 de junio de 1992.

deseaba protección, como para aclarar la pertinencia y la función de la propiedad intelectual en relación con los conocimientos tradicionales<sup>7</sup>.

Entre otras, se los caracterizó como medicina tradicional<sup>8</sup>; expresión cultural<sup>9</sup>; patrimonio indígena<sup>10</sup>, etcétera. Si bien los términos resultan —más o menos— apropiados de acuerdo con algunas (de las numerosas) perspectivas que muestran la diversidad de grupos interesados y preocupaciones político-económicas, el proceso de escoger una definición que goce de unanimidad político-académica parecería menos significativo que determinar la materia protegible que debería abarcar el término y la forma de protección que se desearía conceder<sup>11</sup>. No obstante, una tarea no podría andar mucho camino sin cumplimentar la otra, u ocasionar efectos —por defecto— de importancia práctica.

Más allá de los conceptos doctrinarios ensayados en los *fora* internacionales, quizás la primera enunciación suficientemente concisa y vertebrada de los conocimientos tradicionales fue adoptada por la Cuarta Conferencia de las Partes (COP4) de la Convención de Lucha contra la Desertificación (ICCD por sus siglas en inglés, International Convention to Combat Desertification) que los caracterizó como aquellos que:

[...] constan de conocimientos prácticos (operacionales) y normativos (facilitadores) acerca del entorno ecológico, socio-económico y cultural. Los conocimientos tradicionales se centran en las personas (son

7 WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. INTERGOVERNMENTAL COMMITTEE ON INTELLECTUAL PROPERTY AND GENETIC RESOURCES, TRADITIONAL KNOWLEDGE AND FOLKLORE. *Third Session. Traditional Knowledge. Operational Terms and Definitions*. Ginebra, 2002, §§ 17 ss. (en adelante citado como WIPO/GRTKF/IC/3/9).

8 «[...] se entenderá por "medicina tradicional" el conjunto de conocimientos, habilidades y prácticas basadas en teorías, creencias y experiencias indígenas de distintas culturas, que, pudiendo explicarse o no, se utilizan para preservar la salud, y para la prevención, el diagnóstico, el mejoramiento o el tratamiento de las enfermedades físicas y mentales. En algunos países, las expresiones medicina complementaria/alternativa/no convencional se utilizan en forma indistinta con la de medicina tradicional» (WORLD HEALTH ORGANIZATION. *General Guidelines for Methodologies on Research and Evaluation of Traditional Medicine*. Ginebra, 2000 (WHO/EDM/TRM/2000). Reproducido en WIPO/GRTKF/IC/3/9 § 18).

9 «[...] la cultura tradicional y popular es el conjunto de creaciones que emanan de una comunidad cultural fundadas en la tradición, expresadas por un grupo o por individuos y que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad en cuanto expresión de su identidad cultural y social; las normas y los valores se transmiten oralmente, por imitación o de otras maneras. Sus formas comprenden, entre otras, la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, las costumbres, la artesanía, la arquitectura y otras artes» (recomendación de la Unesco sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular, 1989. Reproducido en WIPO/GRTKF/IC/3/9 § 18).

10 «[...] el patrimonio de los pueblos indígenas incluye [...] todo tipo de trabajos literarios y artísticos, tales como danzas, canciones, ceremonias, símbolos y diseños, narraciones y poesía y todas las formas de documentación sobre los pueblos indígenas; todo tipo de conocimientos científico, agrícola, técnico, medicinal, relacionado con la diversidad biológica y ecológico, incluyendo innovaciones basadas en dichos conocimientos, cultivos, remedios, medicinas y el uso racional de flora y fauna; restos humanos; propiedades culturales inmuebles, tales como lugares sagrados, sitios de significación cultural, natural e histórica y sitios funerarios» (DAES, Irene-Erica. «Principles and Guidelines for the Protection of the Heritage of Indigenous Peoples». United Nations Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities (E/CN.4/Sub.2/1995/26, según lo revisado en E/CN.4/Sub.2/2000/26), § 13. Reproducido en WIPO/GRTKF/IC/3/9 § 18, nota 22).

11 WIPO/GRTKF/IC/3/9 § 22.

generados y transmitidos por personas en su condición de protagonistas conocedores, competentes y con derecho a ello), son sistémicos (intersectoriales y holísticos), experimentales (empíricos y prácticos), se transmiten de una generación a la siguiente y tienen un valor cultural. Este tipo de conocimientos promueve la diversidad; asigna valor a los recursos locales (internos) y los reproduce<sup>12</sup>.

Y, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) agregó «[...] cuando su empleo tiene resultados exitosos y confiere a sus usuarios una ventaja tecnológica o comercial [...]»<sup>13</sup>. Frente a estos conceptos, cabría hacer dos acotaciones iniciales, en el contexto del presente trabajo.

A la definición de la ICCD, que podría ser considerada la más precisa y clara de las generadas en este tipo de documentos jurídico-políticos, se le debería excluir la referencia a los *entornos social, económico y cultural*, toda vez que el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) solo alude 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 biológica* [...]»<sup>14</sup>. Esta referencia puntual es la mantenida en los documentos de los trabajos generados en el proceso del Convenio sobre la Diversidad Biológica; sin embargo, en el terreno concreto se debe admitir lo difícil que es dislocar y discriminar —de las demás expresiones— los saberes y las prácticas tradicionales, dado lo holístico de estos<sup>15</sup>.

En cuanto al concepto incluido por la OMPI (referido al valor comercial y tecnológico), el detalle no es menor pues, específicamente y desde un punto de vista legal, brinda al instituto un elemento económico definitorio y, por ende, crematísticamente mensurable, cuya pertinencia e importancia no se cuestionan; pues justamente, el interés de los investigadores en acceder a los conocimientos

12 UNITED NATIONS CONVENTION TO COMBAT DESERTIFICATION. «Traditional Knowledge». Conference of the Parties. Committee on Science and Technology. Fourth Session (ICCD/COP(4)/CST/2). Bonn, 2000, § 30. Ver también «Early Warning Systems». Conference of the Parties. Committee on Science and Technology. Third Session (ICCD/COP(3)/CST/3), Recife, 1999.

13 WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. INTERGOVERNMENTAL COMMITTEE ON INTELLECTUAL PROPERTY AND GENETIC RESOURCES, TRADITIONAL KNOWLEDGE AND FOLKLORE. *Seventh Session. Protection of Traditional Knowledge: Overview of Policy Objectives and Core Principles* (WIPO/GRTRF/IC/7/5). Ginebra, 2004, principio B.1, § 3; y *Eighth Session. The Protection of Traditional Knowledge: Revised Objectives and Principles* (WOP/GRTRF/IC/8/5). Ginebra, 2005, § 1.3 (iv).

14 Las cursivas son nuestras. Artículo 8. Conservación *in situ* del Convenio sobre la Diversidad Biológica. «Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: [...]») 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 [...]».

15 DAES, Irene-Erica. Ob. cit.

tradicionales es significativo por la enorme reducción —en tiempo y en costos— que la guía de tales conocimientos proporciona<sup>16</sup>. Pero —a fuer de ser puristas— resultarían excluidos los conocimientos «sagrados» que, por su naturaleza y esencia, quedan fuera de comercio<sup>17</sup> y, por lo tanto, la protección jurídica no debería asignar sobre ellos un título de propiedad (concepto netamente económico), sino más bien debería imponer una «veda» al acceso, a su apropiación e, incluso, a su difusión más amplia (esto último claramente contrario a la letra y el espíritu del CDB).

Lo cierto es que ni las mencionadas definiciones, ni ninguna otra intentada, en torno de los conocimientos tradicionales (relacionados con los recursos biológicos) parecería poder incorporar cabalmente la cosmovisión indígena o sus metas más importantes y relevantes; como tampoco se ha podido enunciar las preocupaciones de los poseedores de conocimientos tradicionales o —por lo menos— no de todos ellos.

No creo que, como se ha resumido<sup>18</sup>, estas sean *cuestiones de equidad* (como contemplación hacia los encargados de custodiar los conocimientos tradicionales, ellos deberían recibir una compensación justa si de estos conocimientos se deriva un beneficio comercial); ni *cuestiones de conservación* (por la contribución de los conocimientos tradicionales al objetivo más amplio de preservar el medio ambiente); tampoco el de *hacer de sus prácticas sostenibles* (en especial, agrícolas) un *uso más extendido y difundido*; ni crear un *sistema de protección contra el uso no autorizado*... Estas razones no atienden más que a percepciones unilaterales (de los interesados en acceder al saber tradicional) o, en el mejor de los casos, tienen a la vista exposiciones gubernamentales articuladas en aquellas regiones donde los proveedores han alcanzado un grado de aculturación que les permite hacer suyos los patrones de intercambio de mercado<sup>19</sup> y las metas ecológicas occidentales.

La calzada de las definiciones se torna aun más sombría al intentar fijar sus alcances operativos. Cualquier ejemplo permite advertir cuan ingenuos e insuficientes pueden ser los empeños realizados.

16 Se ha dicho que cuando una investigación se hace al azar, debe hacerse un análisis de unas diez mil muestras para encontrar una que sea susceptible de entrar en el mercado (y se calcula que un laboratorio moderno puede analizar ciento cincuenta mil muestras por año). No obstante cuanto un especialista indígena es consultado, las oportunidades de encontrar una molécula pasa a uno sobre dos (DE LA CRUZ, Rodrigo. Visión de los Pueblos Indígenas en el contexto de las decisiones sobre ABS y 8(j): Impacto de las decisiones de la CDB/COP sobre el mandato de la IGC de la OMPI. En *Policy and Global Change Series. Trade and Biodiversity*, (2004)).

17 Debiendo ser excluidos de la difusión que, tanto el CDB (ver el artículo 8, inciso j) del Convenio), como cualquier modo de la propiedad intelectual, promueven (WIPO/GRTKF/IC/3/9, § 12).

18 CORREA, Carlos. *Traditional Knowledge and Intellectual Property*. Ginebra: The Quaker United Nations Office, 2001 (<http://www.uno.org/geneva/pdf/economic/Discussion/Traditional-Knowledge-IP-English.pdf>).

19 Imaginarse a un chamán de un remoto lugar —aun quedan— de la selva recibiendo miles o millones de dólares o euros por su conocimiento puede ser una imagen extraña, pero más nos golpearía pensar en el uso que el sabio hombre le daría a ese montón de papeles... podría, como alguien sugirió, «dejar el oficio de chamán y mudarse a vivir en una gran ciudad».

Por una parte, la definición vinculante<sup>20</sup> contenida en el CDB está referida exclusivamente a los *conocimientos que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica*, por lo que se debe establecer cuál es el grado de asociación o de relación a partir del que un conocimiento va a ser considerado «protegido» por la consecuente definición de tales conocimientos, que podría no abarcar a todos ellos (¿quedarían excluidas las canciones, los diseños, etcétera?). Los conocimientos tradicionales vinculados a los recursos biológicos están íntimamente relacionados con formas tradicionales de vida y prácticas consuetudinarias. Las formas de la diversidad biológica (genes, especies, ecosistemas) y las de la diversidad cultural (lenguaje, etnicidad, religión, etcétera) están agnadas, son interdependientes y evolucionan juntas<sup>21</sup>. Por ello ha sido enfatizada la importancia de las prácticas socioculturales (en especial del lenguaje) en la retención del conocimiento sobre el entorno ambiental como proveedor de la llave para explicar los divergentes caminos por los cuales el medio ambiente influencia y penetra en las sociedades humanas y viceversa<sup>22</sup>. Como ya se dijo, los conocimientos son holísticos y difícilmente puedan escindirse sus variadas expresiones; al menos no, si lo que se está persiguiendo es una interface de negociación entre proveedores y receptores<sup>23</sup> y asegurar su conservación.

20 Al menos para las 192 entidades político-administrativas que ratificaron el CDB; esto es, los 191 países y la Unión Europea.

21 ZENT, Stanford. «Traditional Environmental Language, Knowledge, Practice, and Biodiversity in Venezuela: Looking at Linkages, Transmission Processes, Current Trends, and Conservation Actions». En LOCAL AND INDIGENOUS KNOWLEDGE SYSTEMS. *Safeguarding the Transmission of Local and Indigenous Knowledge of Nature. Session 2. Indigenous Knowledge Transmission: Characteristics, Threats and Challenges*. Unesco, 2005. Más aun, usando un consenso matemático y un análisis de regresión lineal, se ha determinado que (a) hay un patrón de drástico declive del conocimiento etnobotánico con la edad entre los individuos por debajo de los treinta años; (b) las variables sociales de bilingüismo y educación formal fueron también observadas como una condición negativa que afectaba el conocimiento etnobotánico. Ver también del mismo autor «Acculturation and Ethnobotanical Knowledge Loss Among the Piara of Venezuela: Demonstration of a Quantitative Method for the Empirical Study of TEK Change». En MAFFI, Luisa (ed.). *On Bio-Cultural Diversity: Linking Language, Knowledge, and the Environment*. Washington D.C.: Smithsonian Institution Press, 2001, pp. 190-211.

22 La literatura sobre el tema apunta que ejemplos bien documentados de tal interpenetración y las posibles relaciones y sus efectos son relativamente pocos y limitados. Así, el mismo autor citado en la nota anterior ha afirmado recientemente una nueva tesis que postula que «la erosión del conocimiento tradicional ambiental no es necesaria e inevitablemente producida por los procesos de modernización y por el contrario se enfatizan el papel de la transmisión intergeneracional de dicho conocimiento como medio de protección y conservación de la diversidad biocultural a través del tiempo» (ZENT, Stanford. «Traditional Ecological Knowledge (TEK) and Biocultural Diversity: a Close-up Look at Linkages, De-learning Trends & Changing Patterns of Transmission». En BATES, Peter & otros (eds.). *Learning and Knowing in Indigenous Societies Today*. Paris: Unesco, 2009, la traducción es nuestra).

23 Imagínese que después de arrancar una hoja de un árbol determinado, el chamán la quiebra y la deja reposar sobre una piedra cercana mientras canta y baila rítmicamente a su alrededor, luego toma la hoja y la exprime sobre el ojo del dolido paciente. ¿Cuál es el conocimiento que se considerará «asociado» y por ello «comprendido en la norma»? (a) El que conduce a la variedad que contiene el principio activo; (b) el del tiempo de exposición a la recombinación del principio con los microorganismos del ambiente; (c) el de la administración para evitar efectos adversos en el tracto digestivo y acortar el tiempo de llegada a los centros que registran el dolor. El ejemplo es propio, pero la idea surge de un caso expuesto por Russo respecto del uso dado a la *Psychotria sp. Rubiaceae* entre los machiguenga (Russo, Ethan. «The Plants of the Machiguenga» (<http://manu.montana.com/plants.html>)).



En las sinuosidades del tema aún pueden plantearse más disquisiciones. Debería tratarse si solo quedarían comprendidos los conocimientos directamente vinculados al recurso genético<sup>24</sup>; o los vinculados con el resultado o uso que, finalmente, se dé al recurso o principio activo<sup>25</sup>. En este último orden de ideas quedaría incluido (o excluido) el conocimiento tradicional que no tiene registro del uso que finalmente se daría al recurso genético, pero que «alertaría» sobre la existencia de un principio activo<sup>26</sup>.

También podría ocurrir que los mismos recursos fueran conocidos y usados con diferentes propósitos por diferentes grupos indígenas o locales<sup>27</sup> y, en ese caso, se debería establecer si sería necesaria la autorización de ambos pueblos indígenas, de uno de ellos (el que se aborda, aunque se conozca la existencia y el conocimiento del otro), o el del que tuviese el conocimiento más afín con el uso que se daría al recurso genético<sup>28</sup>.

24 O al recurso biológico, pues la conciencia que los sabedores tengan sobre genética nunca será la que hoy la ciencia y la tecnología entienden por tal, por lo que la alusión ha de ser a lo biológico por ser más comprensiva y comprensible en el contexto donde se aplica. Dejo aquí de lado las argumentaciones de algunos países sobre esta distinción, aunque no las desconozco, como tampoco sus consecuencias; pero entiendo que las mismas exceden el escueto marco de este trabajo. Así, Brasil ha argumentado en el proceso ante la Organización Mundial del Comercio que «El CDB reconoce que "[d]e conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos ...". Por tanto, la potestad de los Estados no se limita a regular los recursos genéticos; de ahí que no deba interpretarse que el hecho de que el artículo 15 del CDB se refiera al "acceso a los recursos genéticos" impide a los Estados regular el acceso y la distribución de los beneficios de los recursos biológicos. Además, la expresión "recursos biológicos", que es más amplia, pretende garantizar que estén cubiertos todos los casos posibles de biopiratería, así como seguir el ritmo de la evolución tecnológica, especialmente en lo que se refiere a la biotecnología. Esta terminología es similar a la expresión "material biológico", utilizada en anteriores comunicaciones y que, por ejemplo, figura en el considerando número 27 de la Directiva sobre Biotecnología de la UE (Directiva 98/44, de 6 de julio de 1998), en cuyo artículo 2 aparece definida» (WORLD TRADE ORGANIZATION. «Response to Questions Raised on the Draft Amendment to TRIPS—Article 29bis», 26 de julio de 2006 (IP/C/W/475)).

25 Solo a título de ejemplo: el *Ibenkiki* (*Cyperus sp. Cyperaceae*) puede tener variedades que estarían infectados con un hongo *Balansia*, que probablemente es la fuente de varias propiedades medicinales. Los machiguenga tienen numerosas cepas, con usos muy variados: atrayentes de peces, ayudas de caza, incluso uno que calma disputas domésticas (RUSO, Ethan. Ob. cit.).

26 Aunque ya algo antiguo y anterior a la vigencia del CDB, el ejemplo de la secreción de la *Epibatadopes tricolor* es muy ilustrativo. Usada por las comunidades indígenas del sur de Ecuador como veneno para potenciar el efecto de los dardos durante la cacería, fue el comienzo para la detección del principio activo usado para la elaboración de un poderoso analgésico que, justamente, lleva el nombre de *Epibatidine* (ver ZAMUDIO, Teodora. «Biodiversidad y conocimiento tradicional. Hacia un marco normativo de protección». *Actas del Simposio: Ecuador Santuario Regional: la Salvaguardia del Patrimonio Genómico y Cultural*. Quito, noviembre de 2008).

27 Así, por ejemplo: «la *Filttonia sp. Acanthaceae* es usada por las tribus del pueblo Kofan y Siona Secoya de la Amazonia ecuatoriana —quienes pertenecen a la clasificación lingüística Tucana— para el tratamiento del dolor de cabeza. Los machiguenga, en la selva lluviosa peruana que pertenecen a la lenguas arawak, la conocen como alucinógeno y fue usada ampliamente como parte de la mezcla para el "kamarampi" en anteriores generaciones antes que sus miembros dominaran conocimientos sobre la *Psychotria sp.* para el mismo propósito» (RUSO, Ethan. «Headache Treatments by Native Peoples of the Ecuadorian Amazon: a Preliminary Cross-disciplinary Assessment». *Journal of Ethnopharmacology*, 36 (1992), pp. 192-206. El autor trae otro ejemplo: un cactus epífita de la jungla (tentativamente clasificado como *Epiphyllum sp.*) fue llevado por él como una cura para los malestares musculares, en su momento no prestó mucha atención hasta que en su laboratorio y examinando la literatura advirtió que los Kofan empleaban una especie similar del mismo modo. Es de remarcar que ambos pueblos que pertenecen a familias lingüísticas incompatibles y habitan regiones distantes unas de otras por más de 1500 km, tuvieran tales coincidencias.

28 CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Ad hoc Open-ended Inter-sessional Working Group on Article 8 (j) and Related Provisions of the Convention on Biological Diversity. Fifth Meeting. Development*

El tema ha sido planteado, tangencialmente, al tratarse la cuestión en las zonas transfronterizas, afirmándose de un modo muy global y teórico que la titularidad en tales circunstancias debe ser considerada compartida y el consentimiento ha de ser solicitado a todas las comunidades involucradas, de modo que los beneficios sean compartidos entre ellas de acuerdo con sus leyes consuetudinarias. No creo que esta aparentemente salomónica propuesta pueda ser considerada una respuesta fundamentada, más bien resulta un descargo de responsabilidad. Pero la cuestión transfronteriza no es menor cuando los confines estatales «parten» y dividen *pueblos* y someten a distinta legislación a un mismo grupo cultural. En las regiones de fronteras es quizás donde los tratados internacionales y procesos de integración regional más podrían ayudar en análisis de la confluencia de las «artificiales» divisiones político-administrativas entre los Estados, en un intento por integrar las realidades culturales de los pueblos indígenas previos al establecimiento de dichos límites en una extensa cuenca geográfica<sup>29</sup>.

En el panorama apuntado, la frustración jurídica puede ahondarse hasta niveles prácticos intolerables.

LOS  
CONOCIMIENTOS  
TRADICIONALES Y  
EL RÉGIMEN LEGAL  
DE ACCESO Y  
DISTRIBUCIÓN DE  
BENEFICIOS

TRADITIONAL  
KNOWLEDGE AND  
LEGAL REGIME  
OF ACCESS  
AND BENEFITS  
DISTRIBUTION

### III. ACCESO A LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES. PERTINENCIA DEL DERECHO CONSUECUDINARIO PARA SU REGULACIÓN

Desde el CDB se ha postulado el reconocimiento y la aplicación del derecho consuetudinario de las comunidades indígenas y locales; si bien se ha insistido que ello debe ser interpretado en el contexto y con el alcance de las metas del Convenio<sup>30</sup>. No obstante, se observa que la cuestión de cómo proveer reconocimiento a los derechos consuetudinarios (o mejor dicho, hacerlo respecto de los principios relevantes a la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica contenidos en los ordenamientos consuetudinarios) puede variar, de país en país, dependiendo de los marcos constitucionales y de la observancia —en los sistemas legales internos— de los compromisos internacionales asumidos<sup>31</sup>.

*of Elements of Sui Generis Systems for the Protection of Traditional Knowledge, Innovations and Practices to Identify Priority Elements* (UNEP/CBD/WG8J/5/6), § 22.

29 DONNAN, Hasting & Thomas WILSON (eds.). *Border Identities. Nation and Estate at International Frontiers*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. Citado en LÓPEZ GARCÉS, Claudia Leonor. *Ticunas brasileiros, colombianos y peruanos. Etnicidad y nacionalidad en la región de fronteras del alto Amazonas/Solimões*. Tesis de Doctorado. Centro de Pesquisa e Pós-graduação sobre América Latina e Caribe (CEPPAC) de la Universidad de Brasília (UnB) (<http://www.tesis.bioetica.org/tic.htm>).

30 «[...] lo cual no significaría la adopción de los usos y costumbres normativos completos sino que se ceñiría al respeto y reconocimiento de ciertos elementos particulares de tales costumbres, en la medida que fueran relevantes para el conocimiento tradicional que se abordase en cada caso» (UNEP/CBD/WG8J/5/6, § 17).

31 Así, en los países que han ratificado y depositado el Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Agricultura y la

Abonando la pertinencia de su adopción, se debería estimar aplicables —durante el proceso de acceso— las reglas de atribución de derechos y beneficios que, dentro de cada comunidad o pueblo indígena, se observen habitualmente. Así, por ejemplo, son especialmente sensibles y vigentes en estas instancias los principios de *reciprocidad* y *equilibrio*<sup>32</sup>. La «reciprocidad» significa que lo que se recibe debe ser devuelto en igual medida; incluye el principio de la equidad y provee las bases para la negociación y el intercambio. El «equilibrio» está referido al balance y la armonía entre la naturaleza y la sociedad (el hombre). Por ejemplo,

[...] en el mundo andino se produce un intercambio de influencias en reciprocidad. Esta continuidad genera un movimiento permanente, expresado en las fases lunares, las estaciones climáticas y los ciclos agrícolas. El concepto de tiempo se asocia al conocimiento como experiencia vivida (pasado) y por vivir (futuro) con la palabra ñaupa que sirve para denominar las dos situaciones en un continuum del tiempo y el espacio. De ahí que el concepto fundamental sea la coexistencia e interdependencia del ser humano con el mundo en su totalidad, sin que pueda darse el dominio sobre la naturaleza con la producción o explotación de la tierra. Esta, la Pacha Mama, brinda, da y ofrece sus frutos en un continuo y recíproco intercambio con el ser humano<sup>33</sup>.

Plantear, entonces, un acceso a los conocimientos tradicionales es «insertarse» en ese *continuum*, y sus reglas; ello puede traer confusiones sobre algunas instituciones.

Algunos principios propios de nuestro sistema, tal como el de la propiedad privada, pueden entrar en conflicto con los conceptos del derecho consuetudinario indígena sobre cómo debería tratarse el conocimiento y los recursos<sup>34</sup>. Bien que la propiedad (para el caso, sobre los conocimientos tradicionales relacionados con los recursos biológicos)

Alimentación de la FAO (Food and Agricultural Organization) —entre otros—, existen reglas expresas que mandan incorporar y observar el principio señalado (UNEP/CBD/WG8J/5/6, § 25).

32 Documento preparado por el Instituto Internacional para el Ambiente y el Desarrollo (IIED) para la Reunión de Expertos del CDB (UNEP/CBD/WG8J/4/INF/17).

33 CALVO, Luz María. «Diversidad cultural y gestión de la biodiversidad en la sociedad boliviana». Trabajo realizado para la Estrategia Nacional Boliviana de Conservación de la Biodiversidad. La Paz: Instituto Sociambiental, 2002; citado en ZAMUDIO, Teodora. «Recomendaciones». Composite Report on the status and trends regarding the knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities (CBD/UNEP 2002-2003. UNEP/CBD/COP/7/INF/37).

34 «De hecho, en no pocas culturas nativas no parece registrarse aquello que entendemos como “propiedad privada”. La “propiedad personal” suele complementar formas de propiedad familiar o comunal que responden más al usufructo que a la mera exclusividad, son habituales la existencia de esferas de intercambio diferenciadas, en las que la tierra y el trabajo poseen profundas connotaciones sociales y religiosas ajenas a su mercantilización mientras que la relación entre individuo y sociedad tiende a desarrollarse en el marco de una “ética del compartir” que encuentra en el parentesco el principio ordenador del todo social. Es por eso que aquello que convierte al cazador en exitoso o al guerrero en persona virtuosa, parece ser más su capacidad para adecuarse a las expectativas de reciprocidad social que al reconocimiento de supuestas “habilidades” personales» (BAYARDO, Rubens & Ana María SPADAFORA. «Derechos culturales y derechos de propiedad intelectual: un campo de negociación conflictivo». En Actas del VI Congreso Argentino de Antropología Social Identidad Disciplinaria y Campos de Aplicación. Mar del Plata, septiembre de 2000.

podría plantearse como comunitaria o colectiva<sup>35</sup>, los más ancianos — que son quienes guardan y transmiten esos saberes— pueden, en algunos casos, ser renuentes a compartir sus saberes con otros, aun dentro de sus propias comunidades, si perciben que quien lo recibe no lo usará de manera correcta, es decir de acuerdo con las reglas consuetudinarias<sup>36</sup>, lejos está esta tesitura de ser un «(legítimo) capricho del propietario». Los procesos mediante los cuales el conocimiento tradicional es adquirido, usado y sostenido dependen de las creencias y los valores culturales y espirituales propios y únicos de cada comunidad<sup>37</sup>. Los que asimismo están íntimamente vinculados a, o expresados en, los usos y costumbres que regulan las conductas dentro de la comunidad en relación con los derechos y las obligaciones hacia los recursos biológicos<sup>38</sup>. Muchos poseedores de conocimiento tradicional creen que todos los seres vivos (entre ellos el hombre) están infundidos con espíritu y que es de ese espíritu (o dios) que el conocimiento es adquirido.

Lo expuesto explica por qué la apropiación indebida ofende más los aspectos culturales y espirituales de la comunidad que los económicos<sup>39</sup>. Por lo que la regulación del régimen de acceso a este recurso (cultural) y sus institutos más definitivos —el consentimiento, las condiciones mutuamente acordadas, la distribución de beneficios— ha de dar un espacio amplio y explícito a las normas consuetudinarias, si es que el derecho pretende cumplir su función social de facilitación —y no la imposición— de las relaciones de prospección, y asimismo las de conservación, ya no solo de los recursos genéticos, sino de los culturales también.

#### IV. CONSENTIMIENTO FUNDAMENTADO PREVIO

El texto del artículo 8 inciso j) del CDB compromete a las Partes a implementar el acceso al conocimiento tradicional con la «autorización» de las comunidades proveedoras, lo cual implica que es requerido el *consentimiento informado previo* de aquellas, según fue interpretado

35 UNEP/CDB/WG8J/5/6, § 26.

36 «Los derechos a usar los conocimientos y recursos a menudo no son permanentes sino condicionales al cumplimiento de ciertas obligaciones. Si estas no son observadas, pueden perderse esos derechos. Muchas comunidades también mantienen la creencia de que un uso no autorizado del conocimiento tradicional por partes de terceros puede merecer —de acuerdo con su derecho consuetudinario— castigos y sanciones, no solo para el tercero perpetrador del abuso sino también para quien facilitó el acceso indebido» (UNEP/CDB/WG8J/5/6, § 34).

37 Ethan Russo ilustra este tipo de abordaje con una anécdota personal durante su viaje a la selva lluviosa peruana del pueblo machiguenga: al acercarse a un ejemplar de *mamperikipini* (*Fittonia* sp. *Acanthaceae*) sobre el que se hallaba posado un insecto, su guía, Elías, le explicó que en realidad el insecto era un chamán que había cambiado de forma al verlos a ellos acercarse, por lo que Russo le preguntó si estaba él autorizado a recolectar algunas muestras. El guía interpretó que la inofensividad del insecto demostraba que eran bien recibidos y que sus intenciones habían sido juzgadas como correctas (Russo, Ethan. Ob. cit.).

38 UNEP/CDB/WG8J/5/6, § 29.

39 Ibidem.

por la Secretaría del Convenio<sup>40</sup>. El principio ha sido reconocido en numerosas declaraciones y por comités internacionales: «[...] la protección del conocimiento tradicional debería respetar el derecho de los proveedores de tal conocimiento a consentir o no el acceso a sus saberes y debería tenerse en cuenta el principio del consentimiento informado previo»<sup>41</sup>, y si bien el acceso está finalmente garantizado por el Estado, en algunas leyes nacionales los titulares de los conocimientos tradicionales pueden rehusar compartirlo<sup>42</sup>.

El principio del *consentimiento fundamentado previo*, así como los demás institutos invocados (*condiciones mutuamente acordadas, distribución de beneficios*), son conceptos existentes en muchos sistemas de derecho consuetudinario<sup>43</sup>, los mismos que deberían ser tomados en cuenta; sino por otra razón, por la de mantener la coherencia con la finalidad misma del acceso que es, en definitiva, el acceso a una cultura en la que se abreva por distinguirla y valorarla.

Determinar qué es el consentimiento, libre, previo e informado es novedoso dentro del campo del derecho formal aunque ya hayan transcurrido más de tres décadas desde que el concepto fue acuñado en el ámbito de la bioética, bien que inicialmente para otras áreas de aplicación.

En línea de principio, se debe interpretar que el *consentimiento* a cualquier acuerdo significa que quien consiente lo ha entendido razonablemente; por ello, las consultas y la participación son componentes fundamentales en un proceso de consentimiento. La obtención del consentimiento libre, previo e informado—en el caso de marras—debe tomar en cuenta el propio proceso de adopción de decisiones de los pueblos indígenas en todas las fases del desarrollo de un proyecto de prospección, esto es, su planificación, aplicación, vigilancia, evaluación y clausura.

Según la más autorizada doctrina ha establecido, *libre*<sup>44</sup> implica que no hay coerción, intimidación ni manipulación. En tanto *informado* significa que se ha proporcionado información que abarque (por lo menos) los siguientes aspectos:

- a. La naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto; b. La razón o razones o el objeto u objetos del proyecto y/o actividad; c. La duración

40 Declaración de la Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica en el Consejo Económico y Social (E/C.19/2005/3), §33.

41 WIPO/GRTKF/IC/7/5 *General Guiding Principle (e) Principle of Equity and Benefit-sharing*.

42 Legislación Modelo Africana; Medida Provisoria 2186-16 de Brasil; ley 7788 de Biodiversidad de Costa Rica; ley 27811 de Perú; y decreto ley 118/2002 de Portugal.

43 UNEP/CDB/WG8J/5/6, § 31.

44 BEAUCHAMP, Tom & James CHILDRESS. *Principles of Bioethics*. Cuarta edición. Oxford: Oxford University Press, 1994; FADEN, Ruth & Tom BEAUCHAMP. *A History and Theory of Informed Consent*. Nueva York/Oxford: Oxford University Press, 1986.

de lo que antecede; d. Los lugares de las zonas que se verán afectados; e. Una evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución. f. El personal que probablemente intervendrá en la ejecución del proyecto propuesto (incluidos los pueblos indígenas, el sector privado, instituciones de investigación, gobiernos y demás personas eventualmente involucradas); g. Procedimientos [pasos, situaciones, experiencias, etcétera] que puede entrañar el proyecto»<sup>45</sup>.

*Previo* indica que se debería obtener el consentimiento antes del comienzo de actividades o de la alteración posterior de estas o de sus fines.

En los procesos de consentimiento libre, previo e informado, se deben tener en cuenta las opiniones de quienes proceda, según los usos y costumbres de cada pueblo. La información debe ser precisa y dada de modo accesible y comprensible, en un idioma que los partícipes indígenas comprendan plenamente, y difundirse en una forma que tenga en cuenta sus modalidades tradicionales. Este proceso puede incluir la opción de retirar el consentimiento dado, en los tiempos y a través de modos claros y oportunos; advirtiéndose que, en estos casos, son los receptores quienes han de ser debidamente informados. Para garantizar todo ello, los procedimientos deberían prever mecanismos de supervisión. Finalmente, la determinación —posterior o en cualquier etapa— de que no se ha respetado los elementos señalados debería conducir a la revocación del consentimiento obtenido.

Varios documentos del derecho internacional brindan una plataforma para la consideración positiva del consentimiento fundamentado previo de las comunidades indígenas y locales. Así, las Directivas de Bonn —dianadas de una de las Conferencias de las Partes del CDB— proveen una clara base para ello al no vincularlo necesariamente al consentimiento para el acceso a los recursos genéticos<sup>46</sup>; pero no es la única fuente.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo prevé que los pueblos indígenas deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en los procesos de desarrollo en lo referido a los temas que afecten sus creencias, instituciones y bienestar espiritual; y controlar

45 Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (E/C.19/2005/3, §46).

46 Directrices de Bonn sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de su utilización. Decisión UNEP/CBD/COP/6/VI/24, §37: «La autorización de acceso a recursos genéticos no implica necesariamente autorización para utilizar los conocimientos correspondientes y viceversa», Bonn, 2001.

su desenvolvimiento económico, social y cultural<sup>47</sup>. La Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>48</sup> de las Naciones Unidas, adoptada por la Asamblea General en septiembre de 2007, acentúa los derechos indígenas a controlar y proteger su propiedad intelectual y cultural, incluyendo el conocimiento tradicional y recursos genéticos; el reconocimiento pleno de sus leyes e instituciones de toma de decisiones; el libre consentimiento informado; los derechos colectivos así como individuales; y la restauración de tierras tradicionales, recursos y propiedad intelectual tomada sin su consentimiento libre e informado.

Y, en el Tratado sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de la Organización de las Naciones Unidas las Partes han reconocido «[...] la enorme contribución que han aportado y siguen aportando las comunidades locales e indígenas [...]» y se comprometen a respetar «c) el derecho 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 agricultura»<sup>49</sup>. Más aun, algunos elementos de sistema mundial administrado por FAO son relevantes para las discusiones internacionales en materia de acceso y distribución equitativa de beneficios<sup>50</sup>.

Por su parte, el Banco Mundial contiene, en su Manual de Procedimientos, una directiva relativa a la consulta libre, previa e informada a las comunidades y pueblos indígenas. En tales casos, un equipo de tareas asiste al prestatario en la realización de la consulta a los pueblos indígenas afectados por el proyecto, antes y durante todos y cada uno de los ciclos de su realización, debiéndose tener especialmente en cuenta:

47 Artículo 7. Inciso 1 del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (169) Ginebra, 27 de junio de 1989: «Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente»; hasta el momento se han logrado veinte ratificaciones, predominantemente de países de América Latina.

48 Fue adoptada con amplio respaldo, aunque significativas ausencias (a favor 144 Estados; cuatro votos en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelandia y los Estados Unidos de Norteamérica); y once abstenciones (Azerbaiyán, Bangladesh, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, Federación Rusa, Samoa y Ucrania).

49 Artículo 9. 1. Derechos del agricultor. Tratado internacional sobre los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura de 2001.

50 Por ejemplo, el Código Internacional de Conducta para la Recolección y Transferencia de Germoplasma Vegetal. Este instrumento no vinculante, que fue aprobado en 1993, tiene por objeto promover la recolección racional y la utilización sostenible de recursos fitogenéticos, impedir la erosión genética y proteger los intereses tanto de los donantes, como de los recolectores de germoplasma. El Código de Conducta establece una serie de principios generales que los gobiernos pueden utilizar en la elaboración de su reglamentación nacional o en la formulación de acuerdos bilaterales sobre la recolección de germoplasma; a su tiempo, alienta la participación activa de los agricultores y las instituciones locales en las misiones de recolección y se propone que los usuarios del germoplasma compartan los beneficios derivados del uso de los recursos fitogenéticos con el país huésped y sus agricultores.



(a) la consulta libre, previa e informada es la consulta que ocurre libremente y voluntariamente, sin ninguna manipulación externa, interferencia, o la coacción, para la cual las partes consultadas tienen el acceso previo a la información sobre la intención y el alcance del proyecto propuesto en una manera culturalmente apropiada, la forma, y la lengua; (b) la consulta debe reconocer y respetar a los consejos de mayores, jefes y líderes de la propia comunidad, y prestar especial atención a las mujeres, jóvenes y ancianos; (c) el proceso de consulta ha de respetar los modos de la comunidad ya que su toma de decisiones puede ser un proceso iterativo y ha de dársele un tiempo para comprender e incorporar acabadamente las preocupaciones y recomendaciones de la comunidad al diseño del proyecto; y (d) ha de elaborarse y archivarse un registro fiel del proceso de consulta<sup>51</sup>.

En un sentido más general, pero igualmente aplicable, los Pactos de 1966 abordan el instituto: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aunque, en el Derecho Internacional, la alocución «pueblos» en tanto Estados no ha sido aceptada como comprendiendo a las «naciones indígenas»<sup>52</sup>; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (donde los «pueblos indígenas» se hallarían aludidos en tanto «minorías»<sup>53</sup>).

Asimismo, se ha informado que algunas comunidades indígenas y locales habrían obviado las consideraciones expuestas utilizando los «acuerdos de confidencialidad en los negocios» para disponer de sus conocimientos tradicionales con terceros ajenos a sus culturas<sup>54</sup>. La firma de licencias —o cláusulas especiales dentro de los contratos— entre los titulares de los conocimientos tradicionales y las instituciones

51 Bank Procedure 4.10: Indigenous Peoples, July 2005 (<http://web.worldbank.org/wbsite/external/topics/extsocialdevelopment/extindpeople/0,,contentmdk:20443667--menuupk:906528--pagepk:210058--pipk:210062--thesitepk:407802,00.html>).

52 Artículo 1: «1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia [...]».

53 Artículo 1 (ibidem *supra*, nota 52). Artículo 27: «En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma».

54 «Por ejemplo, es cada vez más común que las comunidades aborígenes de Canadá firmen acuerdos de confidencialidad con los gobiernos y empresas que no son de aborígenes para compartir sus conocimientos tradicionales. Los socios comerciales y los asesores jurídicos están obligados por estos arreglos a no divulgar los conocimientos tradicionales o a no obtener ganancias extracontractuales por tener acceso a los mismos. Los contratos pueden también ser utilizados para controlar la utilización de los conocimientos tradicionales en base de datos y para tener acceso a sus datos». Extraído del Documento Evaluación de la eficacia de los actuales instrumentos subnacionales, nacionales e internacionales particularmente de los instrumentos de derechos de propiedad intelectual que puedan tener repercusiones en la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales (UNEP/CBD/WG8J/2/7, §29 y su nota).



o empresas *externas* exige, previamente, que las comunidades indígenas y locales sean reconocidas como una entidad legal (con personería —nacional e internacional— para contratar), y entonces, sus conocimientos colectivos sean tratados como un *secreto comercial*. Sin ahondar en las inadecuaciones de las instituciones jurídicas implicadas en este tipo de transacciones, es evidente el alto grado de aculturación que estas negociaciones demandan y el elevado costo en asesoramiento profesional para su concreción y eventual defensa.

## V. CONDICIONES ACTUALES DE SU PROTECCIÓN LEGAL

Recientemente, dos países sudamericanos se han pronunciado sobre las culturas y los conocimientos tradicionales de sus pueblos indígenas en sus reformas constitucionales<sup>55</sup>. Bolivia asume y promueve como principios ético-morales nacionales los de sus etnias precolombinas «ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)»<sup>56</sup>. Las naciones y pueblos indígenas u originarios o campesinos gozan del derecho a «que sus saberes y conocimientos tradicionales [...] sean valorados, respetados y promocionados»<sup>57</sup> y «la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso, promoción y desarrollo»<sup>58</sup>, ordenando la creación de un «registro de medicamentos naturales y de sus principios activos, así como la protección de su conocimiento como propiedad intelectual, histórica, cultural, y como patrimonio de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos»<sup>59</sup>. Además, el Estado debe proveer a «la defensa, recuperación, protección y repatriación [...] de los conocimientos ancestrales»<sup>60</sup>.

Por su parte, el Ecuador se hace responsable de «potenciar los saberes ancestrales, para así contribuir a la realización del buen vivir, al *sumak kawsay*»<sup>61</sup> y del «rescate de los conocimientos ancestrales»<sup>62</sup>. Se reconoce y garantiza a las comunidades indígenas el derecho a:

[...] mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas

55 Constitución Política de Bolivia, 2009 (en particular artículos 30.II.9, 30.II.11, 42.II, 100, 304.II.3, 381, 382). Constitución de Ecuador, 2008 (en particular artículos 57(12), 385(2), 387(2), 387(4), 388, 402).

56 Artículo 8 de la Constitución Política de Bolivia.

57 *Ibidem*. Artículo 30. II. Inciso 9.

58 *Ibidem*. Artículo 30. II. Inciso 11. Derecho que vuelve a ser afirmado en el artículo 42. II.

59 *Ibidem*. Artículo 42. II. Asimismo asegurado por el artículo 100. II y ampliado por el artículo 304 a «conocimientos de recursos genéticos, medicina tradicional y germoplasma».

60 *Ibidem*. Artículo 382.

61 «Buen vivir».

62 Artículo 387, incisos 2 y 4 de la Constitución Política del Ecuador.

y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora<sup>63</sup>.

Bien que queda palmariamente claro, de acuerdo con el texto constitucional, que ningún sistema de propiedad podrá diseñarse con el objeto de respaldar legalmente la compensación por su uso, ya que el mismo texto constitucional prohíbe «toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas»<sup>64</sup>; y «el otorgamiento de derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre productos derivados o sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional»<sup>65</sup>.

En ámbitos regionales y nacionales varias directivas y leyes *sui generis* y normas sobre competencia desleal han creado mecanismos para prevenir actos de apropiación indebida sobre los conocimientos tradicionales<sup>66</sup>.

LOS  
CONOCIMIENTOS  
TRADICIONALES Y  
EL RÉGIMEN LEGAL  
DE ACCESO Y  
DISTRIBUCIÓN DE  
BENEFICIOS  
  
TRADITIONAL  
KNOWLEDGE AND  
LEGAL REGIME  
OF ACCESS  
AND BENEFITS  
DISTRIBUTION

63 *Ibidem*. Artículo 57.

64 L. cit.

65 *Ibidem*. Artículo 402.

66 *Constituciones políticas*. Bolivia: Constitución Política de Bolivia, 2009 (en particular artículos 30.II.9, 30.II.11, 42.II, 100, 304.II.3, 381, 382). Ecuador: Constitución de Ecuador, 2008 (en particular artículos 57(12), 385(2), 387(2), 387(4), 388, 402). *Leyes específicas*. Bután: Ley sobre la Biodiversidad de Bután, 2003 (en particular ver el capítulo 4). Costa: Rica: Ley de Biodiversidad 7788 (en particular el capítulo V), decreto ejecutivo 31514, Reglas Generales para el Acceso a los Elementos Genéticos y Bioquímicos y Recursos de la Biodiversidad (2003) (en particular artículos 19, 25, 28). Etiopía: Proclamación del 2006 sobre Acceso a los Recursos Genéticos, Conocimientos Comunitarios y Derechos Comunitarios. Filipinas: Ley de 1997 de Derechos de los Pueblos Indígenas. Kyrgyzstan: Ley 116 sobre Protección del Conocimiento Tradicional de julio 31, 2007. Organización para la Unidad Africana: Ley Modelo Africana para la Protección de los Derechos de las Comunidades Locales, Granjeros y Mejoradores, y para la Regulación del Acceso a los Recursos Biológicos. Panamá: Ley 20 del Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas, para la Protección y Defensa de su Identidad Cultural y de sus Conocimientos Tradicionales, y se dictan otras disposiciones, 26 de junio de 2000; decreto ejecutivo 257 que reglamenta el artículo 71 de la ley 41 de 1 de julio de 1998, General de Ambiente, 17 de octubre de 2006. Perú: ley 27811 Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, 12 de julio de 2002. *Legislaciones relacionadas con el registro de conocimientos tradicionales*. Perú: ley 28216 para la Protección del Acceso de la Diversidad biológica y el Conocimiento Colectivo; decreto legislativo 1075 Disposiciones Complementarias a la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial; ley 29316 que modifica, incorpora y regula diversas disposiciones a fin de implementar el Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América. Portugal: decreto ley 118/2002 Régimen Jurídico de Registro, Conservación, Salvaguarda Legal y Transferencia del Material Vegetal Autóctono con Interés para una Actividad Agraria, Agroforestal y Paisajística, 5 de abril de 2002. Tailandia: Ley de Protección y Promoción de la Medicina e Inteligencia Thai Tradicional, B.E 2542. *Otras regulaciones*. Brasil: medida provisoria 2186-16 de 2001 regulando el acceso a la herencia biológica; decreto 5459 de 2005 regulando el artículo 30 de la medida provisional 2186-16 (en particular artículo 23). China: Regulaciones sobre la Protección de la Medicina Tradicional China, 1992. Unión Europea: directiva europea 2004/24 para la Protección de los Productos Tradicionales de la Medicina Herbolaria 2006/509 sobre Especialidades Tradicionales Garantizadas. Austria: Registro de Conocimiento Tradicionales de Productos Agrícolas, 12 de marzo de 2007, Lebensministerium III/4 and Food. Ecuador: Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador, 1998 (en particular artículo 377). India: Drugs and Cosmetics Act, 1940. Italia: Attuazione della Direttiva 92/73/CEE in Materia di Medicinali Omeopatici, Legge Regionale 11 de la Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia Tutela delle Risorse Genetiche Autoctone di Interesse Agrario e Forestale, 22 de abril de 2002. Filipinas: Ley sobre Medicina Alternativa y Tradicional de 1997 (WOPI/GRTKF/IC/9/INF/5, <http://www.wipo.int/tk/en/laws/tk.html> y <http://www.tk.bioetica.org/herramientas/biblioteca.htm>).

Así, el borrador de la Organización Regional Africana de la Propiedad Intelectual (ARIPO) y de la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI) considera un acto específico de apropiación indebida —que deberá ser prevenido— a «la explotación comercial o industrial del Conocimiento Tradicional sin una justa y apropiada compensación a los proveedores de tal conocimiento»<sup>67</sup>. En tanto bajo la Legislación Modelo Africana, el acuerdo de acceso garantizado por la autoridad de aplicación nacional deberá contener un compromiso del receptor a compartir los beneficios<sup>68</sup>; el acceso deberá estar sujeto al pago de compensaciones, compartidas con las comunidades<sup>69</sup>. Igual tesitura adopta el borrador de la Asociación Sud Africana para la Cooperación Regional<sup>70</sup>.

A su turno, la decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones dejó la puerta abierta para que se dictaran normas específicas<sup>71</sup> y exigir, a partir de la decisión 456, la presentación de las autorizaciones de acceso como requisito para la consideración de las solicitudes de patentes<sup>72</sup>.

En Brasil, la medida provisoria 2186/16 reguló el acceso y su compensación mediante un contrato de uso cuando hubiere una utilización comercial del conocimiento tradicional<sup>73</sup>, estableciendo que «los beneficios emergentes de la explotación económica de un producto o proceso desarrollado a partir del conocimiento tradicional asociado deberán ser compartidos de modo justo y equitativo entre las partes que contraten dicho acceso»<sup>74</sup>; norma que se refuerza en el Código de la Propiedad Intelectual al exigir la acreditación de un acceso

67 Artículo 5.3 (iv) del borrador ARIPO/OAPI. Los países miembros de OAPI son los francoparlantes Benín, Burkina Faso, Camerún, República Centro Africana, Chad, Congo, Guinea Ecuatorial, Gabón, Guinea, Guinea Bissau, Costa de Marfil, Mali, Mauritania, Níger, Senegal y Togo. Los países miembro de ARIPO son los anglo parlantes Botsuana, Gambia, Ghana, Kenia, Lesoto, Liberia, Malawi, Mozambique, Namibia, Sierra Leona, Sudán, Suazilandia, Tanzania, Uganda, Zambia, y Zimbabue.

68 Artículo 8, inciso 1 (vi) de la Legislación Modelo Africana.

69 Artículo 12 de la Legislación Modelo Africana.

70 Artículo 7, inciso 3 (d) del borrador de la SAARC (por sus siglas en inglés) «el uso comercial o industrial del conocimiento tradicional sin una justa y apropiada compensación, cuando tal uso persiguiera ganancias y confiriera a su usuario una ventaja tecnológica o comercial, y la retribución o compensación debiera ser requerida en concordancia con normas relacionadas».

71 Artículo 17 de la decisión 391 Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos de la Comunidad Andina de Naciones: «Las solicitudes y contratos de acceso y, de ser el caso, los contratos accesorios incluirán condiciones tales como: [...] f) El fortalecimiento y desarrollo de las capacidades de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales con relación a los componentes intangibles asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados; [...]».

72 Artículo 26 de la decisión 456 Régimen Común sobre Propiedad Industrial: «La solicitud para obtener una patente de invención se presentará ante la oficina nacional competente y deberá contener lo siguiente: [...] i) de ser el caso, la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales de los Países Miembros, cuando los productos o procedimientos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen, de acuerdo a lo establecido en la decisión 391 y sus modificaciones y reglamentaciones vigentes; [...]».

73 Artículo 16, inciso 4 de la medida provisoria 2186/16 del Brasil.

74 Artículo 24 de la medida provisoria 2186/16 del Brasil.

legítimo a los insumos<sup>75</sup>. Así también, la ley *sui generis* peruana 27811 dispone que «en caso de acceso con fines de aplicación comercial o industrial, se deberá suscribir una licencia donde se prevean condiciones para una adecuada retribución por dicho acceso y se garantice una distribución equitativa de los beneficios derivados del mismo»<sup>76</sup> y los contratos deberán contener «el suministro de suficiente información relativa a los propósitos, riesgos o implicancias de dicha actividad, incluyendo los eventuales usos del conocimiento colectivo y, de ser el caso, el valor del mismo»<sup>77</sup>. En igual sentido, la ley 7788 de Biodiversidad de Costa Rica<sup>78</sup>.

Por su parte el decreto ley portugués 118/2002 se refiere específicamente al derecho a una compensación y al derecho a compartir los beneficios, aclarando que la aplicación de multas —asimismo contempladas en la norma— no impedirá que el titular exija sus derechos a una indemnización y a una participación en los beneficios<sup>79</sup>. Tal como lo hace la Constitución de Bolivia, la Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas de Filipinas les garantiza «el derecho a la restitución de la propiedad cultural, intelectual, religiosa y espiritual abordada sin su libre consentimiento informado previo o en violación a sus leyes, tradiciones y costumbres»<sup>80</sup>. Lo mismo enuncia la legislación de India<sup>81</sup>.

Pero otros documentos son enunciaciones que, más allá del valor programático que ello significa, no contienen precisiones acerca de la significación y el contenido que debería darse al mandato. Un ejemplo de este tipo de declaraciones es el Protocolo Centroamericano que provee «reconocer, compensar y proteger a las comunidades locales por sus conocimientos, innovaciones y prácticas para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica»<sup>82</sup>.

Debe apuntarse también que, al menos en dos casos, la legislación diferencia las condiciones de acceso dependiendo del propósito para

75 Artículo 2 de la resolución 134/06 del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial del Brasil, de diciembre de 2006 «[...] Párrafo único. En el caso de que el objeto de la solicitud de patente ha sido debido a un acceso a la muestra de un componente genético del patrimonio nacional, el solicitante deberá declarar al INPI, que se cumplieron con las determinaciones de la medida provisional 2186-16, 2001, indicando el número y la fecha de la correspondiente autorización, así como el origen del material genético y de los conocimientos tradicionales conexos, en su caso».

76 Artículo 7 de la ley 27811 del Perú.

77 Artículo 27 (d) de la ley 27811 del Perú.

78 Artículo 10.6 de la ley 7788 de Costa Rica manda «reconocer y compensar los conocimientos, las prácticas y las innovaciones de los pueblos indígenas y de las comunidades locales para la conservación y el uso ecológicamente sostenible de los elementos de la biodiversidad».

79 Artículo 15 del decreto ley 118/2002 de Portugal «La aplicación de las multas referidas en el artículo anterior no impiden al titular hacer valer, en relación con lo estipulado en los artículos 7.º y 10.º, sus derechos a una indemnización compensatoria y a una participación en los beneficios».

80 Artículo 32 de la Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas.

81 Artículo 2 (a) de la Ley de Biodiversidad de la India.

82 Artículo 125 del Protocolo Centroamericano de Acceso a los Recursos Genéticos y Bioquímicos y al Conocimiento Tradicional Asociado.

el cual dicho acceso sea solicitado<sup>83</sup>; en tanto, en otros dos casos se exceptúa, de la regulación de acceso a los conocimientos tradicionales, a muchos usos consuetudinarios de los mismos<sup>84</sup>.

En resumen, algunos países legislan el acceso sobre la base de leyes *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales, con normas específicas aplicadas por instituciones específicas<sup>85</sup>; pero la regla es la ausencia de regulación pertinente, o la insuficiencia reglamentaria y administrativa en su aplicación. Esta actitud omisa frente a los aspectos operativos de la facilitación del acceso frustra el empleo de los institutos inspirados o dimanados del CDB.

Paralelamente, en los últimos años, ganó terreno la idea de que los derechos de propiedad intelectual podrían convertirse en un medio para aplicar los compromisos pertinentes del Convenio —incluidos aquellos que corresponden al artículo 8 j)— si la observancia de los mandatos contenidos en él fueran exigidos como requisitos para la consideración de una solicitud de patentes. Varios son los países que unilateralmente, o en procesos regionales, han reformado sus legislaciones de propiedad intelectual para exigir el cumplimiento de tales recaudos<sup>86</sup>.

El impulso cobró fuerza en el escenario de la Organización Mundial del Comercio donde viene dándose un debate cuyos principios van delineándose lentamente<sup>87</sup>. Las propuestas en este marco plantearon la posibilidad de enmendar los ADPIC con la inclusión de una nueva norma que —en resumen— exigiría al presentante de una petición de patente

83 Así lo hacen las mencionadas leyes de Perú (ver más arriba —en el texto— la transcripción pertinente) y Portugal; artículo 3 *Conocimientos Tradicionales* § 2 del decreto-ley 118/2002 Régimen Jurídico de Registro, Conservación, Garantías Jurídicas y Transferencia de Material Vegetal de las Tierras Indígenas, Agroforestal y Paisaje, abril de 2002; que en su parte pertinente reza «[...] Estos conocimientos estarán protegidos contra su reproducción y uso comercial o industrial, si se verifican las siguientes condiciones de protección [...]».

84 En este sentido, ver artículo 2 (2) de la Ley Modelo Africana: «Esta legislación no afectará: (i) los sistemas tradicionales de acceso, uso o intercambio de recursos biológicos; (ii) el acceso, uso e intercambio de conocimientos y tecnologías por y entre las comunidades locales» y artículo 7 de la Ley de Biodiversidad de la India. «Las disposiciones de esta sección no se aplicarán a la población local y las comunidades de la zona, incluyendo a productores y cultivadores de la biodiversidad, *vaidis* y *hakims*, que han estado practicando la medicina indígena».

85 Es regulado de este modo por: artículo 4 (1) (xi) y 4 (1) (x), Ley Modelo Africana; artículo 10, medida provisoria 2186/16 del Brasil; artículo 62, ley 7788 de Costa Rica; artículo 3 (1), Ley de Biodiversidad de la India; artículo 7 (1), decreto ley 118 de Portugal.

86 *Brasil*: Resolução 23 Estabelece a forma de comprovação da observância da Medida Provisória 2186-16, para fins de concessão de patentes de invenção pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial Novembro, 10 de 2006. *Comunidad Andina*: decisión 486 de 2000 sobre el Régimen Común de Propiedad Intelectual. *China*: ley de patentes 2000. *Dinamarca*: ley de patentes (texto consolidado 926 22/9 2000), ley de reforma 412 de Mayo 31, 2000. *Egipto*: ley 82 para la Protección de la Propiedad Intelectual, marzo 6, 2002. *India*: ley de patentes (enmienda) de 2005 (en particular artículos 23 (1) (k) y 23(2) (k)). *Noruega*: ley de patentes, 9 de diciembre, 15, 1967 enmendada por la ley 20 de mayo 7, 2000. *Sudáfrica*: Ley de Reforma al Régimen de Patentes, 20 de diciembre 7, 2005. *Suiza*: ley de patentes de 2008 (en particular artículos 49a, 81a, 138).

87 Mandato 19 de la Declaración Ministerial Doha del 14 de noviembre de 2001 (WT/MIN(01)/DEC/1), adoptada en el seno de la Organización Mundial del Comercio, se encomendó al Consejo de los Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) que, en el marco del examen previsto al párrafo 3 b) del artículo 27 y a otras normas pertinentes, examine la relación entre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

relacionada con materiales biológicos o conocimientos tradicionales que provea, (a) declaración de la fuente y país de origen del recurso biológico y del conocimiento tradicional usado en la invención; (b) evidencia del consentimiento informado previo dado por las autoridades de acuerdo a los regímenes nacionales aplicables<sup>88</sup>; y (c) evidencia de la distribución justa y equitativa conforme con el régimen nacional del país de origen.

De este modo, puede interpretarse que el solicitante de una patente debería exhibir: (i) evidencia del consentimiento del «país de origen»; o (ii) si el «país abastecedor» (el que concedió—en la práctica—el acceso) es distinto del de «origen», la evidencia de que este último consintió oportunamente el acceso al «abastecedor»; pero (iii) si el proveedor es el Sistema Multilateral administrado por la FAO, la evidencia se limitaría a la del «acuerdo de transferencia de material» estandarizado por este organismo internacional<sup>89</sup>.

Obviamente, la inopia regulatoria o su deficiente aplicación, en los ámbitos nacionales, señaladas anteriormente, darían poca operatividad a este nuevo intento (la pretendida enmienda a los ADPIC), malogrando el desarrollo de políticas públicas sobre estos recursos estratégicos.

Definitivamente, los empeños han de proveer al sistema, de estructuras institucionales eficientes, si desean validar su propia función social, de lo contrario se desatiende legalmente por igual al trabajo científico y tecnológico, que aspira a apropiarse legítimamente de los resultados de sus progresos; y a los pueblos indígenas y locales que demandan no solo «beneficiarse» por sus saberes tradicionales, sino, y prioritariamente, mantener su identidad y patrimonio. Los Estados están obligados frente a estos actores —sino ante todos sus ciudadanos— a un decidido e inequívoco ejercicio de la soberanía.

Recibido: 25/07/2012  
Aprobado: 17/08/2012

88 Se entiende que si la legislación del «país de origen» del insumo (genético y/o cultural) fuera omiso, en el ámbito interno, en la debida implementación (lo cual importa no solo la ratificación del CDB, sino su reglamentación y autoridad competente) su incumplimiento relevaría al etno-bio-prospector de cumplir —a su vez— con la carga de celebrar el contrato pertinente y de proveer la evidencia que se impondría por la enmienda.

89 Si el Sistema Multilateral/FAO es el origen del insumo (genético y/o cultural), los receptores —en principio— no podrán reclamar ningún derecho de propiedad intelectual u otros derechos que limiten el acceso facilitado a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura (RFAA), o a sus partes y componentes genéticos, en la forma en que los reciben del sistema multilateral de acceso (artículo 12.3.d)). Si se comercializa un producto que es un RFAA y que incorpora material al que se accedió a través del sistema multilateral de acceso, se exige —en el marco del Tratado— un pago obligatorio siempre que el producto no esté disponible para realizar nuevas investigaciones y actividades de mejoramiento (artículo 13.2.d)).