

Trascendencia de los conocimientos de las Comunidades Indígenas sobre los elementos de la Diversidad Biológica y sus eventuales formas de protección

FAUSTO VIENRICH ENRIQUEZ¹⁷

Miembro del Staff de abogados de la
Gerencia Legal del INDECOP
Postgrado en Propiedad Intelectual
Universidad de Los Andes - Mérida, Venezuela

El 15 de diciembre de 1998 se publicó en la Gaceta Oficial, la Decisión 448, normativa que postpone hasta el 01 de diciembre del año 2000, el plazo establecido en la Octava Disposición Transitoria de la Decisión 391 - Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos -, para que los países miembros puedan presentar, ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, una propuesta de norma de armonización orientada a fortalecer la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, conforme a lo dispuesto en el artículo 7º de la referida Decisión; el Convenio 169 de la OIT y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, este último aprobado por Resolución Legislativa N° 26161.

Postergación que no hace sino evidenciar un problema no del todo resuelto y que se tratará de enfocar en el presente informe.

Biodiversidad como término del Discurso Político.-

Ante el creciente desarrollo y explotación, de las fuentes naturales que produjeron, el agotamiento de los ecosistemas, la extinción de grandes grupos de plantas y animales, la contaminación de las aguas, aire y tierras, se presentó la necesidad de salvaguardar la diversidad biológica y el medio ambiente natural.

Es así como en los 90 se acuñó el término BIODIVERSIDAD entendido como un término político creada para facilitar la conservación de la naturaleza mediante su aprovechamiento y para promover el uso sostenible de los recursos naturales renovables a nivel de los tomadores de decisión.

El Convenio Sobre Diversidad Biológica (CDB), en su artículo 2º, ha definido la Diversidad Biológica, de la siguiente manera:

"La variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas".

Biodiversidad y Pueblos Indígenas.- Las comunidades indígenas de los países en vías de desarrollo, poseen creaciones informales de considerable valor y que no se encuentran protegidos adecuadamente.

Nos referimos a los conocimientos tradicionales o componente intangible a que se refiere la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena en su artículo 1º, y que define como:

"Componente intangible: todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva, con valor real o potencial, asociado al recurso genético, a sus productos derivados o al recurso biológico que los contiene, protegido o no por regímenes de propiedad intelectual."

El componente intangible se encuentra asociado, en la mayoría de los casos, a los recursos domesticados y/o a los recursos en estado silvestre.

Por componente intangible asociado a los recursos domesticados se entiende la conservación y mejoramiento informal de variedades vegetales realizado por las comunidades tradicionales, constituyéndose en la base

[17] El presente artículo contiene opiniones personales del autor y en ningún modo compromete la posición institucional del INDECOP.

de investigaciones científicas, las que en muchos casos han sido aprovechadas comercialmente por los fitomejoradores para perfeccionar variedades ya existentes.

El conocimiento asociado a recursos silvestres se refiere al empleo y manejo que realizan las comunidades tradicionales de los recursos naturales en estado silvestre. Las industrias farmacéuticas son las más interesadas por encontrar, a partir de ese conocimiento tradicional, sustancias con potencial terapéutico, como el caso de la uña de gato en la lucha del cáncer, o el Hecampul una planta con reconocidos efectos hipoglucemiantes.

Se ha reconocido la estrecha relación que existe entre los pueblos indígenas y las tierras que estos habitan, incluido dentro del concepto de éstas, el uso de los recursos naturales a través de las prácticas tradicionales o consuetudinarias.

Las comunidades indígenas y locales han estado desarrollando, conservando y usando sosteniblemente los recursos biológicos por milenios. Estas cuentan con un cercano conocimiento de la flora, fauna y de procesos ecológicos de los ecosistemas que habitan y han desarrollado una gran variedad de técnicas para el uso de plantas y animales para la alimentación, medicina y otros fines.

Las comunidades indígenas están localizadas predominantemente en zonas de gran diversidad biológica. Las técnicas y conocimientos adquiridos de las diversas formas de desarrollo sostenible aplicadas por ellas, proporcionan una valiosa información.

Las comunidades indígenas, no han establecido teorías en torno a su actividad y a la conservación de la Biodiversidad, ni a la preservación del medio ambiente, esas comunidades sencillamente viven en equilibrio, estableciéndose mediante un desarrollo sustentable "natural".

Jerarquía de los sistemas de innovación.- El reconocimiento del valor que tiene el conocimiento indígena en relación con la diversidad biológica y que hace el artículo 8 (j) del CDB, indica que ya no es válido catalogar de científico el conocimiento occidental y de no científico el no occidental, hacerlo debilita el contenido de dicho artículo.

De un lado tenemos las Comunidades Indígenas y Rurales (Sistema informal de la innovación) y del otro, las instituciones públicas y privadas de la investigación (Innovadores Formales). La tarea es crear formas de cooperación mutua. Si el objetivo es conservar y desarrollar la diversidad, los dos sistemas se necesitan mutuamente. Así las comunidades necesitan, fondos, tecnología, por su parte las industrias necesitan muestras de genoplasmato y conocimientos asociados a ellos.

Bajo la influencia colonial nuestro patrimonio biológico e intelectual fue desvalorizado. Se priorizó la investigación, el desarrollo científico y los modelos de crecimiento guiados por una visión occidental del mundo. De esta manera al convertirse la pluralidad de conocimiento en jerárquicas, se dio lugar a un ordenamiento vertical de sistemas desiguales. Así se estableció que la agricultura y la medicina al modo occidental eran los únicos sistemas científicos, determinándose que los sistemas indígenas de conocimiento eran inferiores al definirlos como no - científicos. Hoy en día hay un reconocimiento del fracaso de este desarrollo y de los efectos secundarios de los medicamentos peligrosos a la vez que aumentan cepas resistentes a los antibióticos. Las mismas empresas transnacionales ahora buscan alternativas más biológicas, la misma industria farmacéutica occidental recurre cada vez más a los sistemas basados en plantas medicinales de uso tradicional.

Bioprospección.- Es la explotación, extracción e investigación de la diversidad biológica y el conocimiento aborígen en busca de recursos genéticos valiosos y cuya actividad viene siendo desarrollada principalmente por parte de la industria farmacéutica y alimenticia de los países más desarrollados. A menudo se concentra en las tierras indígenas, debido a que ha sido en estas áreas donde no ha tenido lugar el desarrollo industrial, y en el que se alberga la más valiosa colección de recursos genéticos a nivel mundial.

Justificación de la Protección.- Los pueblos indígenas han aprovechado siempre sus recursos de forma tal que el impacto en el medio ambiente es mínimo. Su relación con el medio también incluye un profundo conocimiento de los recursos naturales y su uso sustentable. Este conocimiento puede ahorrar mucho tiempo y dinero a los bioprospectores a la hora de investigar los recursos de un área particular.

Es innegable en dicho sentido, la labor de las comunidades locales. En estudios recientes se ha señalado que se estima que un 80% de la población del mundo sigue dependiendo de los conocimientos indígenas para satisfacer sus necesidades médicas y posiblemente dos tercios partes de los habitantes del mundo no podrían sobrevivir sin los alimentos proporcionados mediante los conocimientos indígenas sobre plantas, animales, microbios y sistemas del cultivo (RAI, Conservación de conocimientos autóctonos: integración de dos sistemas de innovación. Estudio realizada por encargo de PNUD, 1994, pág. 1)

La bioprospección puede tener muchos efectos negativos para los pueblos indígenas si se da un uso irracional de los recursos de estas zonas. También puede conducir por ejemplo al patentamiento de productos

derivados de cierto material genético cuya selección se haya debido al conocimiento de estas pueblos.

Todo este beneficio que ha recibido la humanidad no ha sido distribuido equitativamente. Los pueblos nativos, que no solo han aportado el material biológico y/o genético sino también el conocimiento de su correcta aplicación, no han recibido ningún beneficio, en cambio las empresas de países desarrollados han podido obtener grandes ganancias económicas mediante la protección de los derechos de propiedad intelectual. Frente a los que se preguntan por que esas empresas deben distribuir sus beneficios si sus productos son fruto de sus investigaciones, la respuesta es porque estas no han partido de cero, sino que han profundizado el empleo del material genético partiendo de los conocimientos tradicionales suministrados gratuitamente.

El uso de esas prácticas tradicionales ha traído enormes beneficios económicos y sociales para el resto de la sociedad, sin embargo a estos pueblos no se les ha compensado por su labor y sabiduría. Durante cierto tiempo, la diversidad biológica, la labor de mejoramiento tradicional de cultivos y animales y los conocimientos autóctonos sobre la misma fueron considerados como un bien de tipo público, cuyo acceso era libre y gratuito. No obstante, a partir de estos recursos genéticos y de conocimientos tradicionales asociados, se desarrollaron productos de diversa índole: nuevas variedades vegetales, productos farmacéuticos, plaguicidas, etc., que eran definidos como propiedad privada y sujetos de derechos de propiedad intelectual.

Paralelamente, las nuevas biotecnologías y los avances en el campo de las técnicas de ensayo de materiales biológicos, han revitalizado el interés tanto por los recursos genéticos en estado silvestre como por el conocimiento tradicional de los pueblos indígenas y comunidades locales.

Las comunidades indígenas y locales tienen conocimientos sobre todo acerca del uso de plantas, animales y microorganismos y dichos conocimientos definitivamente aumentan las posibilidades de encontrar por ejemplo, compuestos de utilidad farmacéutica.

Se requiere de una propuesta normativa que busque tutelar el conocimiento tradicional de las comunidades indígenas o nativos que reconozca el aporte que éstas han prestado al bienestar de la humanidad.

Ley N° 26839. - En el caso de nuestro país, mediante Ley N° 26839 - Ley sobre Conservación y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica - se ha reconocido la importancia y el valor de este conocimiento o esfuerzo intelectual para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, reconociendo la

necesidad de proteger estos conocimientos, así como de establecer mecanismos para promover su utilización con el consentimiento de las mismas, garantizándose la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización.

De esta manera lo que se busca es lograr por una parte una protección jurídica de este conocimiento tradicional y que sin duda involucrará áreas tales como la medicina, el combate de plagas, mejoramiento de cultivos y animales, microorganismos, y por otra el reconocimiento de un adecuado poder de gestión sobre sus recursos naturales, hecho que implicará la necesidad de consultar cualquier programa de colecta. De esta manera se respetarían sus creencias y tradiciones, evitándose con ello que se convierta a la diversidad biológica y al conocimiento asociado a ella en meras mercancías.

Problemática y Posibles formas de Protección. - Uno de los aspectos presentes en todo evento sobre acceso a recursos genéticos, es el relativo a la protección de los conocimientos de las comunidades locales en relación con la utilización y preservación de dichos recursos.

En la Cuarta conferencia de las partes contratantes del CDB, la secretaria presentó un documento titulado "Conocimientos, innovaciones y Prácticas de Comunidades Indígenas y Locales: implementación del artículo 8 (j)",

En este documento se realiza una interpretación del artículo 8, literal j), del CDB, señalándose que en esto se requiere de los países miembros:

- Respetar, preservar y mantener 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;
- Promover su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas;
- Fomentar que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente.

No obstante, el encabezamiento del artículo 8, no establece dichas tareas en forma imperativa para los países miembros. Ellas solo deberán realizarse, "en la medida de lo posible y según proceda".

Hasta el presente las inquietudes de las Comunidades Indígenas y Locales en relación a la valoración de sus conocimientos asociados a los recursos genéticos no han sido del todo satisfechas.

Si bien en algunos casos el deseo de preservar y reconocer el valor de los conocimientos de las Comuni-

dades indígenas o Locales es cada día mayor, pero sigue sin definirse la vía para ella.

Por otra parte empresas transnacionales, como W.R. Grace, reclaman a través de patentes los derechos de propiedad intelectual sobre plaguicidas biológicos por ejemplo basados en plantas de uso tradicional. También el número de patentes sobre medicamentos derivados de sistemas de medicina indígena adquieren grandes proporciones.

a) Mediante Sistemas de Propiedad Intelectual:

Es en este contexto que surge la preocupación de las Comunidades Indígenas y Locales por obtener y lograr beneficios de sus logros intelectuales, ellos sufren en algunas casos la falta de reconocimiento, o en su defecto la ausencia de mecanismos adecuados de protección que le garanticen una retribución apropiada.

Las autoridades no deben olvidar que son estas comunidades las que tienen la tradición más prolongada en innovación y han hecho el aporte más amplio a la biodiversidad, se reconoce su continua contribución a la agricultura, la medicina y otros campos. Sin embargo los sistemas tradicionales de propiedad intelectual no están dirigidos a potenciar sus sistemas informales de innovación y tampoco le son accesibles, ya sea por razones técnicas o económicas.

Los sistemas de propiedad intelectual surgieron y fueron diseñadas para los sistemas occidentales de conocimiento, así que los sistemas indígenas carecen por completo de protección.

No obstante algunos señalan que no existen normas jurídicas precisas en el derecho internacional para tutelar este conocimiento a través de los sistemas de propiedad intelectual, así como los múltiples problemas prácticos derivados del intento de utilizar los mismos. Entre ellos se citan:

- El costo financiero de solicitar la protección contra los potenciales beneficios esperados, sobre todo debido al carácter territorial de las leyes de propiedad intelectual.
- Dificultad de hacer valer los derechos ante los tribunales en casos de ser violados.
- La conciliación de ciertos sistemas élicos con las normas de propiedad intelectual.
- El carácter comunal y no individual del sujeto beneficiario.
- A diferencia de las figuras de la propiedad intelectual que son temporales, los conocimientos y recursos permanecen en el tiempo.

- Su carácter evolutivo y no estático.
- Problemas de identificación de los fuentes de origen del material utilizado indebidamente por un tercero, y
- Las dificultades para cumplir determinados requisitos de los sistemas, como la homogeneidad tratándose de variedades vegetales o la aplicación industrial en el caso de los patentes.

En efecto, las diferentes instituciones de la propiedad intelectual, como el derecho de autor, la propiedad industrial y los derechos de obtentores de variedades vegetales, no constituyen las vías correctas para la protección de tales conocimientos y prácticas de las comunidades. Por medio de la propiedad intelectual no se protegen conocimientos sino creaciones intelectuales. El conocimiento científico o cotidiano considerado en su pura esencia no interesa a los derechos de propiedad intelectual.

Los conocimientos le permiten al hombre obtener creaciones, los cuales deben expresarse o exteriorizarse para poder ser objeto de derechos de propiedad intelectual. Por ejemplo, un artista debe plasmar sus ideas en un lienzo o una escultura para obtener protección directa vía derecho de autor. Por su parte, un investigador puede tener conocimientos para transferir genes de una variedad o especie a otra, pero debe "materializar" un organismo transgénico para poder solicitar una patente de invención.

Ahora bien, estos conocimientos al no estar expresados o materializados no resulta probable su protección por vía de las categorías de propiedad intelectual conocidas. En el caso concreto de los patentes, el objeto del derecho es una invención, la cual debe ser mundialmente novedosa, con altura inventiva y utilizable industrialmente, condiciones difíciles de cumplir sobre todo en el área de la biomedicina.

Ahora bien, cómo proteger esos conocimientos y prácticas de las comunidades, cómo evitar el aprovechamiento de sus conocimientos sin justa compensación.

Si bien esos conocimientos y prácticas son un ejercicio de las facultades mentales, no están por lo general expresados en un medio material, por lo que como vimos, no están protegidos por ninguna de las categorías de propiedad intelectual conocidas.

b) Otros sistemas de Protección:

Se ha planteado de esta manera como el sistema de propiedad intelectual tradicional no es compatible con el sistema de conocimiento de los pueblos indige-

nos. Ante dicha disyuntiva existe un serie de propuestas tales como:

A través del folklore. - Tiene la ventaja de haber sido aceptado por la OMIPI, como por la UNESCO (1985). Algunos autores han señalado sobre el tema que los conocimientos y prácticas de las comunidades indígenas y locales podrían ser objeto de una protección similar a la prevista para el folklore. Al fin y al cabo, el folklore es el conjunto de creencias, costumbres artesanales, tradicionales de un pueblo.

Mediante derechos sui géneris. - se han elaborado o descrito diversos intentos por construir derechos especiales para proteger los recursos biológicos en estado silvestre, los recursos biológicos domesticados (cultivos y animales), y los conocimientos asociados a los dos primeros. Son propuestas en las que existen puntos en común, muchas de estas toman en consideración elementos de los mecanismos anteriores en mayor o menor medida. Entre ellos: Los derechos de descubrimiento (GOLLIN, 1993); los derechos reservados (LESSER, 1994); los derechos de recursos tradicionales (POSEY, 1994); Los derechos de integridad intelectual (RAFI 1994); los derechos de los agricultores (FAO); Los derechos intelectuales comunales (NUAR, 1994).

Los contratos para efectuar prospecciones de diversidad biológica o en forma mas limitada los denominados acuerdos de transferencia de material. - Son concertados entre empresas transnacionales, institutos públicos, universidades, colectores locales y comunidades indígenas. Básicamente este mecanismo funciona a través de convenios o contratos celebrados entre empresas que desarrollan investigaciones y algunos colaboradores en el país de origen del recurso, como el gobierno, instituciones de índole científica, miembros de las comunidades locales, miembros de comunidades indígenas. A través de estos se aseguran a los últimos algún tipo de compensación como el pago por las muestras, royalties de las ganancias netas de los potenciales resultados, transferencia de tecnología, capacitación, etc. a cambio de germoplasma o del conocimiento tradicional. Parte de esta compensación se destina a la conservación de la diversidad biológica.

El más conocido lo constituye el concertado entre el Instituto Nacional de Biodiversidad de Costa Rica y la empresa Merck & Co.

Un sistema multilateral basado en mecanismos como el fondo mundial para los recursos filogenéticos de la FAO. - De esta manera, las empresas deben contribuir a estos fondos, cuyas recaudaciones serán utiliza-

das en programas que ayuden a los pueblos indígenas, agricultores y comunidades locales.

Declaraciones Internacionales y Códigos de Conducta. - Que regulen las relaciones entre los colectores de diversidad biológica y conocimiento asociado y las comunidades indígenas y locales. Se trata de regular adecuadas formas de compensación, de requerir consentimiento fundamentado previo de los pueblos, de respetar sus tradiciones o valores, etc.

Se tratan de leyes suaves que incluyen documentos que no son legalmente obligatorias, pero que son aceptadas como estándares morales u obligaciones que deben cumplirse por los gobiernos que los han ratificado.

En embargo, previo a cualquier tratamiento internacional, son los propios estados los llamados a reconocer, por vía legal, derechos a las comunidades indígenas y locales sobre sus conocimientos y prácticas tradicionales y valor asimismo por el cumplimiento de estos. Así lo han hecho los países de la Comunidad Andina al establecer en la Decisión 391 en su artículo 7:

"Los países miembros, de conformidad con esta decisión y su legislación nacional complementaria, reconocen y valoran los derechos y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados".

La magnitud del beneficio que los países podrán obtener de su biodiversidad, depende en que medida los gobiernos y los diseñadores de políticas sean capaces de asegurar una colaboración equitativa e igualdad entre los sistemas formales y comunitarios (Crucible Group, 1994, pág. 11).

Conclusiones.

Los conocimientos y prácticas de las comunidades indígenas y locales son un ejercicio de sus facultades mentales, pero al no estar expresados en un medio material no pueden ser objeto de derechos de propiedad intelectual. Estos conocimientos y prácticas asociadas a recursos genéticos, han conducido u orientado la generación de productos y servicios, por lo que un eventual derecho de autorización de su uso en dicho sentido estaría inscrito en el régimen de la propiedad industrial. El tratamiento de estos derechos podría darse a través de un convenio internacional. No obstante, son los propios estados los llamados a reconocer por vía legal, derechos a las comunidades locales en dicho sentido.