

PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES, BIODIVERSIDAD Y EL TLC

GONZALO FERRERO D.C.

Master of Laws (LL.M) New York University School of Law.

SUMARIO:

I. Definiciones previas.- II. Antecedentes.- III. Naturaleza de los conocimientos tradicionales y objeto de la protección.- IV. ¿Deben los conocimientos tradicionales protegerse a través de la propiedad intelectual?.- V. Biopiratería.- VI. El caso de la Maza.- VII. Marco legislativo nacional e internacional.- VIII. Relación con el TLC.- IX. Conclusiones.

Para nadie es un secreto hoy en día que el Perú es uno de los países con mayor variedad y diversidad biológica del mundo. Nuestro país alberga, entre otras, 4000 especies de productos naturales, variedades vegetales y plantas. Lo que sí puede ser desconocido para muchas personas es que muchas de esas plantas son utilizadas por las comunidades nativas e indígenas que viven en nuestro país con fines medicinales, según lo han venido haciendo sus ancestros durante miles de años, siendo utilizadas por la llamada medicina tradicional. Esta medicina tradicional, la misma que deriva de los conocimientos de las comunidades nativas e indígenas de nuestro país, no sólo ha adquirido vital importancia para el Perú, sino también para otros países del mundo, como por ejemplo China, en donde la OMS (Organización Mundial de la Salud) ha calculado que la medicina tradicional representa cerca del 40% de toda la atención de salud prestada. En otros países la medicina tradicional provee el tratamiento más asequible y barato para gente de bajos recursos, y en muchos países subdesarrollados hasta el 80% de la población depende de la medicina tradicional.¹ Esta medicina tradicional ha tenido gran difusión en países del tercer mundo debido a que es muy accesible y asequible. Sin embargo, la globalización ha generado honda preocupación por la erosión que ella trae a las culturas tradicionales y los estilos de vida ancestrales, así como por la pérdida de conocimientos y la constante negativa de los integrantes más jóvenes de la comunidad por mantener vivas las prácticas tradicionales. Esta preocupación se agrega a aquella vinculada al hecho que los países tercermundistas ricos en diversidad biológica y conocimientos tradicionales, han observado como en muchos casos se ha procedido a una indebida apropiación de sus recursos naturales, apropiación que es posteriormente avalada en los países desarrollados a través de la concesión de derecho de propiedad intelectual, llámese patente, certificado de obtentor o similar.

En principio, es obvio que la propiedad intelectual estaría en capacidad de proporcionar algunos instrumentos de política que de alguna manera cubran esta necesidad de proteger los conocimientos tradicionales, y los recursos genéticos conexos de manera adecuada.

I. DEFINICIONES PREVIAS

Antes de entrar a hablar del tema que nos ocupa, es necesario definir ciertos conceptos íntimamente vinculados con el presente artículo. En principio, tanto los recursos genéticos como los recursos biológicos son considerados como recursos naturales. Los recursos biológicos, técnicamente hablando, son todos los seres vivos, organismos, partes de éstos o productos derivados, los mismos que poseen un valor y utilidad económica o de otra índole. Ahora bien, el recurso genético se encuentra contenido dentro del recurso biológico², y por recurso genético podemos entender a la información contenida en todo material vivo, que permite transmitir la herencia o sus características propias de generación en generación, y que tienen un valor y utilidad actual, o posibilidades de uso en el futuro.³ El recurso genético, por lo tanto, posee

¹ World Health Organization Fact Sheet 271, Junio 2002. En www.who.int/medicines/organization/factsheet271.doc.

² <http://www.seriifhs.org/cdhh.htm>.

tanto un componente tangible como uno intangible, los mismos que no sólo están relacionados, sino que no pueden ser separados.

Por otro lado, la expresión conocimientos tradicionales tiene dos aristas. En su sentido más amplio, abarca tanto las ideas como las expresiones de las ideas concebidas por las comunidades locales. En sentido estricto, los conocimientos tradicionales sólo son conocimientos como tales, es decir, las ideas propiamente dichas y no la expresión de las mismas. Por ello, los conocimientos tradicionales no son sino los elementos que pueden ser protegidos mediante derechos de propiedad intelectual y que están relacionados con el uso de los conocimientos tradicionales mas que con las expresiones de los mismos. Como veremos más adelante, los elementos de los conocimientos tradicionales que más controversia han generado son aquellos que están ligados al uso de la diversidad biológica y a sus componentes, las plantas medicinales, los cultivos agrícolas, etc. Los vínculos existentes entre los recursos biológicos y genéticos, y los conocimientos tradicionales residen en la utilización y conservación de los recursos, técnicas que se transfieren de una generación a otra, y en el uso común que se haga de los mismos en la investigación científica.⁴ A este respecto nos parece acertada la definición de conocimiento colectivo o tradicional que brinda la Ley 27811 promulgada en el Perú en agosto del 2002, y que en su artículo 2 inciso b) establece que *"Conocimiento colectivo es el conocimiento transgeneracional desarrollado por los pueblos y comunidades indígenas respecto a las propiedades, usos y características de la diversidad biológica"*.

II. ANTECEDENTES

Ya en los años setenta se empezaba a tratar el tema de los conocimientos de las comunidades indígenas así como el acceso a los recursos genéticos o los componentes de diversidad biológica en la arena internacional. Fue la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) la que inició el debate acerca de cual debía ser la condición jurídica de los recursos genéticos. En ese entonces se consideraba que los recursos genéticos eran libremente accesibles y que por tanto eran una herencia común de la humanidad. Más tarde, ya en los años ochenta, en el marco de la FAO empezó a negociarse un nuevo Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos, reiterándose que los recursos fitogenéticos eran patrimonio de toda la humanidad, y por lo tanto, debía mantenerse su libre accesibilidad y disponibilidad. Ya entonces se empezaba a hablar de posibles derechos de propiedad intelectual sobre las variedades vegetales, estableciendo por otra parte ciertos derechos de los agricultores como contrapeso a estos derechos de propiedad intelectual.

Posteriormente, ya en los años noventa, las opiniones y conceptos pre-establecidos en cuanto al tema empezaron a cambiar. Este cambio se sustentó básicamente en el llamado Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB). Este Convenio fue firmado en el marco de la Cumbre de la Tierra celebrada en Rio de Janeiro en 1992, y fue suscrito por 188 Estados. El CDB dio un giro de 180 grados en relación con los conceptos hasta entonces aceptados, estableciendo entre otras cosas, el principio de soberanía nacional sobre los recursos naturales y genéticos. Entre sus principales objetivos estableció la conservación de la diversidad biológica, la participación equitativa en los beneficios que deriven de los recursos genéticos, así como la utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica. El CDB intentó, pues, establecer un equilibrio entre quienes tenían capacidades para utilizar industrial y comercialmente los recursos biológicos y sus componentes (o sea los países desarrollados o del primer mundo), y aquellos otros países (países subdesarrollados) que a pesar de no contar con estas capacidades, eran los poseedores de la materia prima (recursos biológicos).

⁴ Informe N° 014-2004/GEE elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI.

⁵ Revista de la OMPPI/ Nos.-Dic. 2003.

III. NATURALEZA DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y OBJETO DE LA PROTECCIÓN

Líneas arriba ensayamos una definición de lo que entendíamos por conocimientos tradicionales, aún cuando no se ha acuñado una definición de aceptación universal. El conocimiento tradicional es un conocimiento "viejo" en el sentido que ha sido pasado de generación, pero es también "nuevo" en razón de los constantes nuevos aportes de los miembros de las comunidades a través del tiempo. A pesar que la gran mayoría del conocimiento tradicional se transmite oralmente, parte del mismo sí está codificado. Las comunidades que guardan estos conocimientos tradicionales son de diversa índole, y ellas pueden ser comunidades étnicas propias de la zona o inclusive descendientes de estas comunidades. Asimismo, la naturaleza del conocimiento tradicional que guardan es también diversa, e incluye desde trabajos artísticos (textiles o artesanías), hasta folklore, pasando por técnicas agrícolas y tratamientos medicinales.

Asimismo, también existe cierta confusión acerca de lo que se entiende por "protección", por cuanto esta protección no debe ser equiparada con el significado que tiene para la propiedad intelectual. En un informe elaborado por la OMPI⁶, se citaron entre las preocupaciones más comunes de los titulares de los conocimientos tradicionales las siguientes:

- Preocupación acerca de la pérdida del estilo de vida tradicional y del conocimiento tradicional, y la renuencia de los miembros más jóvenes de la comunidad a seguir y conservar las prácticas tradicionales;
- Preocupación acerca de la falta de respeto por el conocimiento tradicional y los titulares del mismo;
- Creciente preocupación por la apropiación indebida de conocimientos tradicionales, incluyendo el uso extendido de éstos sin recibir compensación alguna por su uso;
- Falta de reconocimiento al hecho que es necesario promover y sobre todo preservar, el uso de conocimientos tradicionales.

Otra fuente cita las siguientes razones para otorgar protección a los conocimientos tradicionales⁷:

- Razones de equidad, pues los custodios del conocimiento tradicional deberían recibir algún tipo de compensación, si es que tal conocimiento tradicional deriva en alguna ganancia de tipo comercial;
- Razones vinculadas a la preservación y conservación de la cultura y prácticas tradicionales, por cuanto la protección del conocimiento tradicional traería como consecuencia que nos involucremos más con ellos, tanto dentro como fuera de sus comunidades;
- Razones de conservación, pues la protección del conocimiento tradicional contribuye a un objetivo mayor como sería el de la conservación de la biodiversidad y el medio ambiente;
- Prevención de la apropiación ilícita de los conocimientos tradicionales, o "biopiratería".

No cabe duda que una sola solución no puede abarcar una gama de problemas tan amplia. Por tal motivo, es probable que se requiera una serie de soluciones complementarias, algunas de las cuales podrían no estar relacionadas con la propiedad intelectual inclusive. Es por ello que ya se está debatiendo a nivel mundial si es que el sistema de protección de la propiedad intelectual existente es o no adecuado para proteger estas nuevas formas de propiedad.

⁶ WIPO, *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders*, WIPO Report on Fact-Finding Missions 1998-1999, Publicación No. 768E, WIPO, Ginebra, 1999.

⁷ Coates, C., *Traditional Knowledge and Intellectual Property*, QUNO, Ginebra, 2001. En: <http://hosings.diplomacy.edu/quaker/news/05/050203.pdf>.

IV. ¿DEBEN LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES PROTEGERSE A TRAVÉS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL?

Primeramente, hoy en día es casi universalmente aceptado, al menos por los países ricos en biodiversidad y conocimientos tradicionales, que la protección de éstos debe ir de la mano con la concesión de algún beneficio para los depositarios o guardianes de estos conocimientos. En los innumerables debates que sobre el particular se han llevado a cabo, especialmente en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), se ha llegado a establecer una sustancial diferencia entre dos tipos de protección, a saber, la "protección positiva" y la "protección preventiva". La protección positiva es aquella que promueve la protección de los conocimientos tradicionales a través del reconocimiento de los derechos derivados de esos conocimientos. Por su parte, la protección preventiva es aquella que propugna la protección contra la ilegítima adquisición de derechos intelectuales derivados de los conocimientos tradicionales por parte de terceros. Por tanto, para que la protección de los conocimientos tradicionales sea realmente efectiva, debe contar con los dos tipos de protección.

Actualmente son diversos los países que han promulgado y puesto en práctica leyes nacionales que constituyen el principal mecanismo de protección; países entre los cuales se encuentra el Perú. Tanto nuestro país como Costa Rica o India, por citar sólo dos, han adoptado mecanismos *sui generis* en relación con los conocimientos tradicionales. Esto en razón a que el actual sistema de propiedad intelectual vigente en el mundo no se considera adecuado para tal fin. El objetivo primordial de estas medidas *sui generis* (traducidas a su vez en legislación específica sobre la materia), es el promover el reconocimiento, protección y promoción de los derechos de las comunidades autóctonas en los diversos países, extendiendo tal protección a los recursos biológicos relacionados con los conocimientos tradicionales. Está por verse si estas medidas de corte nacional adoptadas por ciertos países subdesarrollados del mundo podrán evolucionar hasta constituir un conjunto *sui generis* de normas internacionales de protección de los conocimientos tradicionales, tal y como parecería indicarlo la creciente presión ejercida para tal efecto, por ejemplo, por el llamado grupo G15.⁷

Ha quedado evidenciado para muchos, que los sistemas clásicos de protección de la propiedad intelectual, como podrían ser las patentes de invención o los sistemas para la protección de variedades vegetales, no parecerían ser los más adecuados para cautelar los derechos de las comunidades autóctonas. A diferencia de los que está promoviendo la OMPI, así como otras entidades interesadas, muchas ONG's consideran que los regímenes de protección bajo la modalidad de patentes no son aptos para proteger el conocimiento tradicional de las comunidades indígenas, ya que ellos pretenden la "privatización y monopolización" de los conocimientos tradicionales y, paradójicamente, colectivos. Más aún, se afirma por ejemplo que las comunidades indígenas del Perú no estarían en capacidad de sufragar las ingentes cantidades de dinero que serían necesarias para solicitar y defender las patentes, especialmente en los países desarrollados. Se dice con cierta razón que, aún si se contara con estos recursos económicos, las leyes de patentes, por ejemplo las de los Estados Unidos, continuarían promoviendo que las empresas que aíslan o modifican productos y procesos biológicos que ya existían, puedan obtener patentes que les concedan un monopolio sobre tales productos o procesos, con lo cual de alguna manera se estaría dando legitimidad a la llamada biopiratería, tal y como ocurrió con la maca o *lepidium peruvianum* (caso que estaremos comentando más adelante). Por esto, son muchos los representantes de países en desarrollo los que en este momento abogan por un nuevo tratado internacional vinculante que no sólo proteja los conocimientos tradicionales, sino que además tome en cuenta a las comunidades autóctonas al momento de decidir la manera en que se utilizarán sus conocimientos, así como una equitativa distribución de los posibles beneficios.

⁷ Declaración conjunta de Expertos del G15 en la reunión sobre Ciencia y Tecnología. Un sustituto de la Biodiversidad, el Conocimiento Tradicional y los Sistemas de Protección, abril 3-5, Caracas, 2002. En: <http://www.oect.gov.vc/g15/declaracionbioespañol.htm>.

Queda pues claro que existen razones de fuerza que convendría tomar en cuenta, las cuales dificultarían la protección de los conocimientos colectivos mediante la utilización de los sistemas "tradicionales" de protección de la propiedad intelectual, tales como los antes mencionados (altos costos relacionados con la implementación de estos mecanismos), así como las complejidades administrativas propias asociadas a tales mecanismos. Tal vez una declaración de principios básicos podría sentar las bases para la cooperación internacional en este tema, así como aclarar los aspectos que deberían ser regulados por la legislación y políticas internas de cada país.

V. BIOPIRATERÍA

El término biopiratería es un concepto que alude al acceso y uso de recursos biológicos, así como los conocimientos asociados a ellos, sin contar con el consentimiento previo de los poseedores de estos recursos y conocimientos, y sin proveer una adecuada contraprestación por el uso de los mismos. Esta indebida apropiación puede darse tanto a través de un control físico (mediante la concesión de derechos de propiedad intelectual sobre productos que incorporan estos elementos), o en otros casos, mediante la invocación directa de derechos sobre los mismos.

La naturaleza propiamente oral mediante la cual se transmiten los conocimientos tradicionales plantea un problema especial, dado que terceros no autorizados buscan la concesión de derechos de propiedad intelectual sobre ellos. Asimismo, esta naturaleza "oral" de los conocimientos tradicionales genera que en ausencia de un registro escrito, el examinador de una determinada patente no esté en capacidad de tener acceso a documentación que pudiera poner en entredicho la patente, dado que si existiera un registro escrito podría esgrimirse que la solicitud no cumple con el requisito de novedad. En casos como éste, la única alternativa que podría quedarle a la parte agraviada (lámese comunidad autóctona o al mismo Estado de donde proviene el conocimiento tradicional), es el recusar o cuestionar la patente durante el proceso de concesión, siempre y cuando la ley nacional del país donde se solicita la patente lo contemple. Está claro que los países desarrollados deberían poner más atención a la concesión de patentes, en donde se pretenda reivindicar cualquier conocimiento tradicional que ya sea de dominio público, denegando la patente en tales casos.

Habida cuenta que como mencionáramos antes, el conocimiento tradicional no está debidamente documentado (y en ocasiones ni siquiera parcialmente), es que algunos países en vías de desarrollo, especialmente India y China, están proponiendo el establecimiento de las llamadas Bibliotecas Digitales del Conocimiento Tradicional, en donde se documente el conocimiento tradicional. Estas bibliotecas digitales no sólo servirán al propósito de evitar que se concedan patentes indebidamente (pues ellas serían incorporadas en la listas de consulta y búsqueda de documentos mínimos de las oficinas de patentes del mundo), sino que adicionalmente contribuirían a promover y conservar el conocimiento tradicional.

Felizmente, nuestro país es uno de los pioneros en promulgar legislación que combate la biopiratería. Desde mayo del 2004 está vigente en el Perú la Ley 28186, Ley de Protección al Acceso a la Diversidad Biológica y los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas. Esta norma creó la Comisión Nacional para la Protección al Acceso a la Diversidad Biológica Peruana y los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, la misma que está a cargo de la Presidencia del Consejo de Ministros y es integrada por representantes del INDECOPI, el Ministerio de Relaciones Exteriores, la CONAM, INRENA e INIEA, entre otros. El objetivo principal de esta comisión es el establecimiento de un registro de nuestros recursos biológicos y conocimientos colectivos, la protección contra actos de biopiratería, así como la identificación y seguimiento de las solicitudes de patentes en el extranjero, interponiendo los recursos del caso si fuera necesario (lo que no sabemos es si podrá ponerse en práctica, no sólo por un tema presupuestal, sino porque no entendemos cómo es que la Comisión, o específicamente el INDECOPI, podría estar al corriente de todas las solicitudes de patente presentadas a nivel mundial). Finalmente, en cuanto a este tema, es menester indicar que la norma debía ser reglamentada en un plazo de 90 días, lo cual no ha ocurrido, razón de más para que se tomen las medidas del caso que permitan la promulgación de este ansiado reglamento.

VI. EL CASO DE LA MACA

El Perú es uno de los tantos países del mundo subdesarrollado que ha sido afectado por la biopiratería, habiéndose convertido el caso de la maca en un caso emblemático. En el año 2002, el INDECOPI fue alertado por denuncias presentadas por ONG's como PROBIOANDES, ETC GROUP y otras, en relación con la concesión de patentes relacionadas con la maca en los Estados Unidos. Por esta razón, el INDECOPI conformó un Grupo de Trabajo cuyo objetivo era analizar tanto las solicitudes en trámite, así como las patentes concedidas en relación con la maca, así como las posibles herramientas legales para contrarrestarlas.

La maca es una de las miles de variedades de plantas cultivadas por los antiguos pobladores andinos en el Perú. La planta, también denominada como *peruvian ginseng* en idioma inglés, es originaria de la sierra central de nuestro país. Una de las razones por las cuales los antiguos peruanos la cultivaban es que las raíces engrosadas de esta planta son comestibles, a pesar de cultivarse en ambientes con muy bajas temperaturas. La maca ha sido descrita en diversas obras que datan del siglo XVI, entre ellas la obra "*La Crónica General del Perú*" escrita por Pedro Cieza de León, obra que data del año 1553.

La maca pertenece a la Familia *Brassicaceae*, Tribu *Lepidiferae*, Sección *Monoploca*, especie *Lepidium meyenii*, y es la única especie crucífera cultivada productora de almidón.⁸ Según Javier Pulgar Vidal, el origen de la palabra maca provendría de las palabras *Ma*, cuyo significado sería "de altura" (esto es, que ha sido cultivada en la altura) y *Ca* que significaría "comida que fortalece". La maca contiene una serie de características y beneficios que hoy son ya ampliamente conocidos. No sólo tiene un uso alimenticio, pues cuenta con un valor nutritivo parecido al del arroz, maíz y trigo, sino que además tiene un importante efecto en la fertilidad, tiene propiedades revitalizantes y afrodisíacas, alivia los dolores menstruales, regula el ciclo de menstruación y últimamente se le relaciona con efectos anticancerígenos. Según el informe emitido por el Grupo de Trabajo que analizó las patentes de la maca, las exportaciones de maca crecieron de US\$ 1'056,287.00 en 1998 a US\$ 3'016,240.00 en el año 2002, lo que hace suponer que su consumo a nivel internacional tiende a incrementarse.

El citado Grupo de Trabajo analizó las patentes US\$ 6,267,995 y US\$ 6,428,824, así como la solicitud US\$ 09/878,141. Algunas de las conclusiones finales a las que llegaron fueron las siguientes:

- La solicitud de patente contenía varias reivindicaciones que no cumplían con el requisito de novedad, mientras que otras no cumplían con el requisito de poseer altura inventiva.
- Seis de los siete inventores que son mencionados en las patentes de Estados Unidos, así como la solicitud de patente comentada, reconocieron haber obtenido raíces secas de maca en el Perú en 1998, no existiendo evidencia que probara que estos materiales hubieran sido obtenidos legalmente en nuestro país.
- El Perú no está en capacidad de poder impugnar posibles patentes en Europa o los Estados Unidos, dado que las acciones *ex-post* resultan en extremo costosas.
- Las oficinas de patentes del mundo no han establecido como práctica obligatoria el revisar literatura que pudiera estar referida a usos ancestrales de componentes de la diversidad biológica de las distintas comunidades autóctonas e indígenas.
- Debemos trazarnos la meta de elaborar una base de datos sobre los conocimientos tradicionales, a efectos de que pueda ser consultada por las oficinas de patentes del mundo, antes de conceder una patente sobre la base de exámenes de novedad y altura inventiva parciales.

⁸ QUIROS, C. y ALIAGA, R., *Maca (Lepidium Meyenii Walp) Andean Roots and Tubers: Ashipa, Anacacha, maca and yacon. Promoting the conservation and use of under-utilized and Institute of Plant Genetic and Crop. Plant Research, Gatersleben International Plant Genetic Resources Institute, Roma, 1997, pp. 171-197.*

- Es imprescindible que se promueva legislación internacional que contemple el necesario develamiento del origen de materiales biológicos y conocimientos tradicionales que pudieran ser parte de una invención, así como la exigencia de demostrar la procedencia legal y legítima de esos materiales como requisito *sine qua non* para que se de trámite a una solicitud de patente.

Lamentablemente las patentes otorgadas a favor de Pure World siguen vigentes, y la empresa ni siquiera se ha tomado la molestia de responder a los requerimientos cursados por el INDECOPI.

VII. MARCO LEGISLATIVO NACIONAL E INTERNACIONAL

La precursora de toda la legislación referente a este tema es la ya comentada Convención sobre la Diversidad Biológica (CDB) surgida en 1992, la misma que tenía tres objetivos principales: la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y una participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos.

Tiempo después, la Comunidad Andina tuvo el acierto de aprobar la Decisión 391 sobre el Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos. La Decisión 391 tiene como aspectos más resaltantes los siguientes:

- a. Contempla muy claramente que los recursos genéticos son patrimonio de la Nación o Estado, o de cada país miembro;
- b. Afirma que para tener acceso al material genético o sus productos derivados, debe celebrarse un contrato de acceso entre el solicitante interesado y el Estado a través de su organismo nacional competente. Este contrato debe considerar los derechos e intereses de los proveedores de los recursos genéticos y productos derivados, de los recursos biológicos que los contengan y del componente intangible, así no haya acceso a éste;
- c. Obliga al establecimiento de un contrato accesorio para poder otorgar acceso a recursos biológicos ubicados en predios de propiedad privada (individual o colectiva); y,
- d. Finalmente, establece que la Junta del Acuerdo de Cartagena debe elaborar una propuesta para establecer un régimen especial que esté dirigido a la protección del componente intangible.

El marco legal estipulado por la Decisión 391 fue posteriormente complementado de alguna manera por la Decisión 486, la misma que en su Artículo 20 inciso c) indica que las plantas, los animales y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales que no sean procedimientos biológicos o microbiológicos, no son patentables. Asimismo, esta Decisión también estipula que en caso de invenciones que incorporen componentes genéticos, biológicos o conocimientos tradicionales, la concesión de la patente estará condicionada a que se demuestre la procedencia legal y legítima de los materiales y conocimientos.

Adicionalmente al marco legal aprobado a nivel andino, el Perú también tiene legislación interna pertinente a la materia. Las normas nacionales vinculadas a recursos genéticos y biológicos son la Ley 26839, Ley sobre la Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica, y la Ley 26281, Ley Orgánica que norma el Régimen para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales. La primera de ellas, la Ley 26839, contiene en su artículo 27 una disposición que señala que los recursos otorgados sobre recursos biológicos no otorgan derechos sobre los recursos contenidos en los mismos. Por su parte, la Ley 26281 es la encargada de normar el régimen para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, en tanto constituyen patrimonio de la Nación, estableciendo las condiciones y modalidades de su otorgamiento a particulares.

Sin embargo, el Perú ha ido más allá al convertirse en uno de los países pioneros en promulgar legislación que verse específicamente sobre los conocimientos tradicionales. Es así que en agosto del 2002, se promulgó la Ley 27811, que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos. Esta Ley fijó entre sus objetivos los siguientes⁸:

- a. Promover el respeto, la protección, la preservación, la aplicación más amplia y el desarrollo de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas;
- b. Promover la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de estos conocimientos colectivos;
- c. Promover el uso de estos conocimientos en beneficio de los pueblos indígenas y de la humanidad;
- d. Garantizar que el uso de los conocimientos colectivos se realice con el consentimiento informado previo de los pueblos indígenas; y,
- e. Evitar que se concedan patentes a invenciones obtenidas o desarrolladas a partir de conocimientos colectivos de los pueblos indígenas del Perú, sin que se tomen en cuenta estos conocimientos como antecedentes del examen de novedad y nivel inventivo de dicha invenciones.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto podemos afirmar que el Perú posee un marco legal bastante explícito en cuanto al tema de los conocimientos tradicionales y la protección de la diversidad biológica. El problema que enfrentamos como país ya no es formular un marco adecuado, el cual ya existe, sino hacerlo cumplir, dados los casos de biopiratería que se han producido.

VIII. RELACIÓN CON EL TLC

Dado que hace varios meses el Perú está involucrado en una complicada negociación con los Estados Unidos a efectos de firmar un Tratado de Libre Comercio, convendría tener en cuenta ciertos aspectos vinculados a este tema. Tenemos entendido que el Perú ha formulado una propuesta sobre protección de la biodiversidad. Esta propuesta estaría reafirmando los conceptos ya contemplados en la legislación comunitaria y nacional como lo son:

- Que los recursos biológicos y genéticos, y sus productos derivados pertenecen a sus países de origen, y que éstos ejercen soberanía sobre los mismos, determinando las condiciones para su acceso.
- Que el acceso a los recursos biológicos y genéticos y a los conocimientos tradicionales, debe estar condicionado a obtener un consentimiento previo por parte de las comunidades indígenas y autóctonas.
- Que las partes deben tomar las medidas necesarias para asegurar que se contemple una compensación por dicho acceso, asegurándose que se distribuyan justa y equitativamente los beneficios derivados de la utilización de los conocimientos tradicionales y los recursos biológicos derivados de ellos.
- Que cada parte tome las medidas adecuadas tendientes a asegurar que la protección que se otorgue a los elementos de propiedad intelectual sean concedidos salvaguardando su patrimonio biológico y genético, así como el de la otra parte.

Evidentemente esta propuesta será objeto de negociación por ambas partes y no se sabe a ciencia cierta si Estados Unidos la aceptará, dado que ello podría implicar desconocer los derechos de patente que hubieren sido concedidos a empresas norteamericanas.

⁸ Ley 27811, artículo 5.

Ahora bien, no deseamos ser malentendidos. Somos de los que piensan que un TLC con los Estados Unidos nos traerá muchos beneficios como país, y que su firma será un hito importante en el desarrollo del país. La firma de un eventual TLC con los Estados Unidos sería bajo todo punto de vista un hecho positivo para el país. Sin embargo, es necesario puntualizar que tal vez sea el momento de mostrar a nuestros amigos norteamericanos que si quieren ser consecuentes con lo que pregonan, entonces deberían empezar por respetar los derechos intelectuales, no sólo los de sus empresas y con nacionales, sino también los de terceros como el Perú. Nuestro país es constantemente evaluado a través de los llamados "Watch List", a efectos de verificar que se cumpla con combatir los altos niveles de piratería audiovisual o de software. Los Estados Unidos nos catalogan cada año en base al respeto a los derechos de propiedad intelectual y al combate que hagamos a la industria pirata, buscando cautelar los intereses de sus empresas. Sin embargo, cuando se trata de respetar derechos intelectuales, tales como los derivados de los conocimientos tradicionales, no son tan exigentes si esos pertenecen a comunidades indígenas del Perú y otros países en desarrollo. Así como los Estados Unidos están solicitando avances concretos en relación con los procesos que diversas empresas tienen pendientes en el Perú, también nuestro gobierno debería abogar por solicitar, enérgica pero respetuosamente, que no sólo se revisen las patentes legal y abusivamente concedidas, sino que también se exija el mismo nivel de *enforcement* cuando se trate de cautelar derechos que no pertenecen a empresa norteamericanas.

IX. CONCLUSIONES

Para los países subdesarrollados es evidente que queda un largo camino por recorrer para que se acepten y reconozcan plenamente los derechos que tienen países como Perú, China o India sobre sus conocimientos tradicionales y recursos genéticos. Esperemos llegar a un punto tal que este tipo de derechos sean protegidos por parte del sistema internacional, tal y como hoy son protegidos los derechos de autor o las patentes.

Dado que el Perú considera tener derechos soberanos sobre sus recursos genéticos, ello debería traducirse en la afectación de los mismos a un destino colectivo, lo cual permitiría que países como el nuestro regulen adecuadamente el acceso a los mismos, evitando que puedan ser objeto de un derecho industrial o comercial de exclusividad a favor de un particular. En todo caso, una vez autorizado el acceso, sí sería dable discutir acerca de si estos productos genéticos modificados pueden ser objeto de algún derecho de propiedad intelectual.

Otro punto de vital importancia en el cual debe incidir ardorosamente el Perú, es aquel relacionado con los beneficios derivados de nuestros conocimientos tradicionales y recursos genéticos. Es imprescindible que se establezca un sistema que permita la activa participación de los países originarios de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales en los beneficios económicos que su explotación generará.

Nuestro país debe convertirse en un propulsor de normas comunes en la región, las mismas que prevean la incorporación de un mecanismo de consentimiento informado previo que deberá ser requisito *sine qua non* para cualquier tercero que pretenda el acceso a recursos genéticos, así como la posterior explotación de los productos resultantes.

Finalmente, establecer a nivel internacional una clara exigencia en el sentido de requerir que las autoridades competentes en materia de propiedad intelectual de los diversos países del mundo, especialmente de las autoridades de los llamados países del primer mundo, establezcan un requisito mediante el cual el solicitante de una patente sobre procedimientos o productos biotecnológicos deba necesariamente presentar evidencia clara y precisa de que los recursos genéticos incorporados en tales procedimientos o productos han sido obtenidos de manera lícita y legal.

Por supuesto que este breve artículo no pretende agotar la discusión sobre un tema tan importante como éste, y su único objetivo es formar conciencia de la importancia que los recursos genéticos y conocimientos tradicionales podrían llegar a tener para el Perú.