

Siembra de Soluciones

Tomo 2. Opciones para leyes nacionales de control sobre recursos genéticos e innovaciones biológicas

por el Grupo Crucible II



Coeditado por
el Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo
el Instituto Internacional de Recursos Fitogenéticos
y la Fundación Dag Hammarskjöld

En memoria de María Jesús (Chusa) Ginés Díaz (1958-2002).
Su carisma, curiosidad, pericia científica y dedicación a la
justicia social continúan siendo un modelo para todos nosotros.
Sin su inspiración, el grupo crucible nunca se habría formado.

Organizaciones financiadoras del Proyecto Crucible II

Agencia Canadiense de Desarrollo Internacional (ACDI/CIDA), Canadá

Fundación Dag Hammarskjöld (FDH), Suecia

Ministerio Federal de Cooperación Económica de Alemania / Agencia

Alemana de Cooperación Técnica (BMZ/GTZ), Alemania

Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (CIID/IDRC), Canadá

Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo (Asdi-

SAREC), Suecia

Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación (COSUDE), Suiza

Organizaciones Asociadas

Grupo de Acción, Erosión, Tecnología y Concentración (Grupo ETC), Canadá

(anteriormente Fundación Internacional para el Progreso Rural (RAFI,

Canadá))

Instituto Internacional de Recursos Fitogenéticos (IPGRI, Italia)

Siembra de Soluciones

Tomo 2. Opciones para leyes
nacionales de control sobre recursos
genéticos e innovaciones biológicas

Grupo Crucible II

**Coeditado por
el Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo
el Instituto Internacional de Recursos Fitogenéticos
y la Fundación Dag Hammarskjöld**

© Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo - Instituto Internacional de Recursos Fitogenéticos - Fundación Dag Hammarskjöld 2003

Coedición del Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (CIID/IDRC), el Instituto Internacional de Recursos Fitogenéticos (IPGRI), y la Fundación Dag Hammarskjöld (FDH). Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada en un sistema de recuperación o transmitida de forma alguna o por medio alguno, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia o de otro modo sin autorización previa del CIID/IDRC. Los nombres geográficos empleados y la presentación de materiales utilizados en esta publicación no implican la expresión de opinión alguna por parte de IPGRI, GICIAI, CIID/IDRC o FDH con relación a la condición jurídica de cualquier país, territorio, ciudad o región o sus autoridades o con respecto a la delimitación de sus fronteras o límites. Asimismo, las opiniones expresadas son las de los autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista de los editores. La referencia al nombre registrado no constituye una suscripción del producto y es aportado solamente a los efectos informativos.

INSTITUTO INTERNACIONAL DE RECURSOS FITOGENÉTICOS

Via dei Tre Denari, 472/a, 00057 Maccarese (Fiumicino), Roma, Italia

(<http://www.ipgri.cgiar.org>)

ISBN 92-9043-550-X

FUNDACIÓN DAG HAMMARSKJÖLD

Övre Slottsgatan 2, 753 10 Uppsala, Suecia (<http://www.dhf.uu.se>)

ISBN 91-85214-36-1

CENTRO INTERNACIONAL DE INVESTIGACIONES PARA EL DESARROLLO

PO Box 8500, Ottawa, ON, Canadá K1G 3H9 (<http://www.idrc.ca>)

ISBN 0-88936-991-7

Título original en inglés: *Seeding Solutions. Volume 2. Options for national laws governing control over genetic resources and biological innovations*

Edición en español: Víctor L. Bacchetta

Traducción: Laura Pallares

Índice

Prefacio	vii
Agradecimientos	xiii
Introducción	xvii
Lista de recuadros de opinión	xxi
Tema 1: Opciones para la elaboración de normas nacionales sobre el acceso a los recursos biológicos	1
Sección 1: Introducción	3
Sección 2: Opciones sobre normas nacionales de acceso	5
Tema 2: Opciones para leyes nacionales de protección del conocimiento indígena y local en materia de recursos biológicos	33
Sección 1: Introducción	35
Sección 2: Revisión de las opciones para políticas nacionales de tratamiento del conocimiento indígena y local en materia de recursos biológicos	43
Sección 3: Opciones para leyes <i>sui generis</i> de propiedad intelectual sobre el conocimiento indígena y local en materia de recursos biológicos	59
Tema 3: Opciones para leyes nacionales sobre innovaciones biológicas	129
Sección 1: Revisión de las políticas nacionales para la promoción de innovaciones biológicas	131
Sección 2: Opciones para leyes <i>sui generis</i> de propiedad intelectual de variedades vegetales	139
Sección 3: Opciones para leyes de propiedad intelectual de innovaciones biotecnológicas	193
Apéndice: Antecedentes en materia de opciones legislativas	241
Abreviaturas	253
Notas	255

Prefacio

Los Grupo *Crucible**

En 1993, con posterioridad a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD), y antes de la finalización de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), un grupo de 28 personas de 19 países se reunió primero en Roma, y después en Uppsala y Berna. Los integrantes del grupo provenían tanto del Norte como del Sur, algunos pertenecían al sector privado, otros al sector público y otros a organizaciones de la sociedad civil. Algunos integrantes eran científicos, mientras que otros eran autoridades políticas, formadores de opinión o dirigentes de empresa. Si bien el grupo, que se autodenominó desde el comienzo Grupo *Crucible*, reunía opiniones muy disímiles sobre diversos temas polémicos, compartía la preocupación por la conservación y el mejoramiento de los recursos fitogenéticos, así como la inquietud de que se estaban comenzando a adoptar decisiones y políticas que podían amenazar la adecuada disponibilidad de recursos fitogenéticos para garantizar la seguridad alimentaria mundial y el desarrollo de la agricultura.

En un esfuerzo por aclarar algunos temas y aportar nuevas opciones a los responsables de las decisiones, el Grupo *Crucible* acordó discutir los puntos más polémicos y elaborar un informe no consensuado, sino que simplemente presentara los mejores argumentos de cada una de las partes. Luego de varios meses de debates por correo electrónico y en persona, el grupo identificó diez aspectos sobre los que no era posible llegar a un acuerdo pero sí ofrecer diferentes puntos de vista, que pudieran resultar útiles para otras personas. La mayoría de estos aspectos se refería a la propiedad intelectual relacionada con organismos vivos, la función del GCAI (Grupo Consultivo de Investigación Agrícola Internacional, muy conocido por su sigla en inglés CGIAR) y la estructura futura de un régimen internacional de intercambio y conservación de recursos genéticos.

Para su propia sorpresa, sin embargo, el grupo alcanzó acuerdo sobre 28 recomendaciones que podía sugerir a las autoridades y a los formadores de opinión en la materia. En junio de 1994 se realizó el lanzamiento del libro *People, Plants, and Patents (Gente, Plantas y Patentes)*, en un seminario organizado por el Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (CIID/IDRC, International Development Research Centre) en Ottawa. Luego de la publicación del libro, diversos miembros del grupo dieron continuidad al informe con seminarios y talleres en reuniones del Convenio sobre Diversidad Biológica, en Nairobi, Nassau, Yakarta y Montreal y en reuniones de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), en Roma y Leipzig. El libro fue traducido en francés y en español y distribuido ampliamente.

*N. de T.: Si bien la traducción de la palabra "*crucible*" es crisol, se ha seguido la práctica corriente de no traducir el nombre, que además en este caso goza de un amplio reconocimiento internacional.

Aunque el grupo *Crucible* no tenía previsto continuar, cinco años después de su primera sesión plenaria en la Fundación Dag Hammarskjöld (FDH), Uppsala, otras personas volvieron a coincidir en el mismo sitio y se constató que los mismos temas seguían sin resolverse. Sin haberlo previsto, se pusieron rápidamente de acuerdo en la necesidad de convocar al “*Crucible II*” e intentar un mayor avance en la agenda internacional de los recursos genéticos. Se hicieron esfuerzos para ampliar la integración del grupo y se actualizó la modalidad de diálogo, para mejorar la utilización de Internet y las negociaciones a través del correo electrónico. Al final de esta segunda ronda del *Crucible*, además de la primera reunión en Uppsala con la FDH como organización anfitriona, los participantes del grupo mantuvieron importantes reuniones de trabajo en Ottawa, con el CIID/IDRC como anfitrión, en Nairobi, bajo los auspicios del Centro Africano de Estudios Tecnológicos (CAET/ACTS, su sigla en inglés), y en Roma, invitados por el Instituto Internacional de Recursos Fitogenéticos (International Plant Genetic Resources Institute, IPGRI). Seis años después de la publicación de *Gente, Plantas y Patentes*, el Grupo *Crucible II* publicó *Siembra de Soluciones. Tomo 1. Alternativas Políticas en materia de Recursos Genéticos. (Actualización de Gente, Plantas y Patentes)*. Un año después de la presentación del Tomo 1, nos complace entregar *Siembra de Soluciones. Tomo 2. Opciones para la creación de leyes nacionales de control sobre recursos genéticos e innovaciones biológicas*.

El Grupo *Crucible II* continúa siendo, ahora más que en su primera ronda, una agrupación de personas muy diferentes, que discuten apasionada y respetuosamente sobre propiedad intelectual, derechos de los agricultores, mecanismos de beneficio mutuo y estructuras convenientes para la conservación. Más de 45 personas de 25 países participaron en una o más de las reuniones realizadas e intercambiaron opiniones y datos por vía electrónica. Al igual que los integrantes originales de *Crucible*, los miembros de *Crucible II* comparten la pasión por los recursos fitogenéticos y la creciente preocupación por que uno de los recursos vitales de la humanidad esté amenazado o sea dilapidado. También han “convenido en discrepar”; ha sido un trabajo arduo y, aunque pueda parecer extraño, cooperativo, para llegar a describir sus diferencias sin concesiones.

¿Habrá un *Crucible III*? Dependerá por entero del curso que tomen estos urgentes problemas en los años venideros.

Los informes del Grupo Crucible: *Siembra de Soluciones*

Quienes conocen el libro *Gente, Plantas y Patentes** pueden recordar que ofrece un resumen de los principales temas relacionados con la propiedad, la conservación y el intercambio de germoplasma vegetal. En términos generales, el Tomo 1 de *Siembra de Soluciones* tiene un objetivo similar. De la

*El texto completo del primer libro del Grupo Crucible, “Gente, Plantas y Patentes” se encuentra accesible en la siguiente dirección de Internet: <http://www.idrc.ca/library/documento/102282/index.html>.

manera más sucinta posible, pone al día a los lectores sobre lo que ha cambiado, científica, política y ambientalmente desde el primer informe hace seis años. Los lectores se beneficiarán con nuevos recuadros de opinión, que resumen el estado del debate hacia finales de 1999, y encontrarán también áreas de acuerdo sorprendentes bajo forma de recomendaciones. Desde el comienzo hasta el fin, el Tomo 1 ofrece a los responsables de la formulación de políticas una clara descripción de los hechos, los conflictos y los foros relevantes relacionados con los recursos genéticos. A quienes abordan estos temas por primera vez, se les ofrece un claro panorama sobre los motivos por los cuales el germoplasma es importante y cómo se relaciona con las negociaciones comerciales, las controversias sobre propiedad intelectual y con la seguridad alimentaria y sanitaria nacional e internacional.

El Tomo 2 de *Siembra de Soluciones* no contiene las respuestas a los puntos planteados en el Tomo 1. En efecto, algunos miembros de *Crucible* podrían afirmar que el Tomo 2 demuestra el absurdo de intentar solucionar los problemas sociopolíticos identificados en el Tomo 1 mediante la aplicación de mecanismos meramente jurídicos. No obstante, el segundo tomo brinda una variedad de opciones técnicas legales que los líderes políticos nacionales pueden usar para ampliar su información sobre la forma de encarar los temas identificados en el Tomo 1. Exhortamos a los lectores a estudiar ambos tomos y a examinar el Tomo 1 antes de entrar en los debates más jurídicos del Tomo 2. El Tomo 2 es más técnico y los lectores podrán obtener más ventajas si conocen las temáticas tratadas. El Grupo *Crucible II* espera que los lectores encuentren estos dos tomos de utilidad para su propia comprensión de los temas y el mejor ejercicio de sus actividades de definición política y de formación de opinión.

El Grupo *Crucible* funciona sobre la base de la buena fe para elaborar textos de alta calidad, no consensuados. Los miembros del grupo intervienen exclusivamente a título personal y han accedido a que su nombre aparezca en este trabajo con la convicción de que los textos representan un aporte útil para el análisis global de estos temas. Los miembros creen, en definitiva, que los textos representan con precisión la gama de opiniones en juego en este momento y que estos pareceres divergentes deberían ser tratados. Probablemente, cada miembro del grupo esté decididamente en desacuerdo con algunas afirmaciones generales y con muchas ideas específicas expresadas en ambos tomos.

Contenido y terminología del Tomo 2: artículos, opciones, elementos, recuadros de opinión y recomendaciones

La mayor parte de este tomo está conformada por cuatro conjuntos de disposiciones legislativas optativas para la creación de leyes nacionales. Los

cuatro conjuntos se refieren a: legislación de acceso, protección *sui generis* de la propiedad intelectual, tanto del conocimiento indígena como de las variedades de plantas, y protección de la propiedad intelectual de innovaciones biológicas. Cada uno de estos conjuntos se divide en *artículos*. Cada artículo se refiere a un tema diferente que los responsables políticos deben tener en cuenta al elaborar leyes en estas cuatro áreas. A su vez, estos artículos se subdividen en disposiciones cortas y de estilo legislativo, cada una de las cuales representa un enfoque diferente del tema en cuestión. Llamamos a estas disposiciones *opciones* o *elementos*. Las disposiciones mutuamente excluyentes —que exigen al lector la elección de una disposición del menú propuesto— son *opciones*. Las disposiciones no mutuamente excluyentes, y que los lectores son libres de aceptar o rechazar al hacer combinaciones, son *elementos*.

A continuación de cada artículo, hay una sección de comentarios en la que brindamos información relevante sobre antecedentes en la materia, como por ejemplo la situación de las opciones más polémicas en los debates en curso, y su adecuación —o no— a los acuerdos legales internacionales. En los casos en que las discrepancias entre los miembros del Grupo *Crucible* son grandes, los parámetros de esas diferencias se presentan en *recuadros de opinión*. En las instancias en que la totalidad del grupo concuerda en un punto importante, hacemos *recomendaciones* conjuntas del Grupo *Crucible*. Algunas personas concuerdan, sin duda, más con ciertas recomendaciones que con otras y, en muchos casos, las personas opinan que las recomendaciones representan el mínimo común denominador dentro del grupo. A pesar de ello, el grupo ha tratado de evitar lugares comunes y se ha esforzado por alcanzar el máximo común denominador.

Los lectores de los Tomos 1 y 2 de *Siembra de Soluciones* verán que hay menos recomendaciones en el Tomo 2 y que no se les otorga tanta importancia como en el Tomo 1. Esta diferencia tiene dos motivos. Primero, el objetivo del segundo tomo es presentar opciones o enfoques legales diferentes de las cuestiones políticas, y no necesariamente llegar a un acuerdo sobre cuáles son las mejores opciones. Segundo, hemos seleccionado muchas de estas opciones porque son polémicas. En varios casos las tensiones por algunos subtemas representan una muestra de los más amplios debates en la materia. Estos factores disminuyen en este tomo tanto la importancia como la posibilidad de llegar a recomendaciones de consenso.

La inclusión de una opción o elemento particular en este texto no significa que cuente con el respaldo del Grupo *Crucible*. De hecho, los lectores verán que esta interpretación es imposible, dadas las muchas opciones o elementos que resultan mutuamente excluyentes. Si el Grupo comparte una opción o elemento en particular, lo hace explícitamente en la forma de una recomendación, como se indica más arriba.

Algunas de las opciones planteadas en este volumen pueden ser incompatibles con las obligaciones que deben cumplir los miembros de la

Organización Mundial de Comercio (OMC) dentro de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). En este caso, las opciones se señaladan en el texto. Los miembros de la OMC deben analizar cuidadosamente las consecuencias de escoger tales opciones. De igual manera, los miembros deben ser conscientes de que algunas de las opciones planteadas aquí pueden ser inconsistentes con los objetivos del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB) u otros instrumentos internacionales. Hemos señalado en forma expresa los casos en que esta inconsistencia es incuestionable o altamente polémica.

Agradecimientos

Miembros y Comité de Gestión del Grupo Crucible II

Los miembros del Grupo *Crucible* participan a título personal, aunque todos provienen de sectores o actividades que inciden con sus opiniones sobre muchos de los temas que recoge esta publicación. En consecuencia, hemos subdividido a los signatarios del texto del Tomo 2 en las cuatro amplias categorías sectoriales en que pasan la mayor parte de su tiempo profesional. No aportamos, sin embargo, detalles sobre la filiación institucional de cada persona. El Grupo *Crucible* fue apoyado por un Comité de Gestión, compuesto por aquéllos cuyos nombres, incluidos en la lista a continuación, están marcados con un asterisco (*). Además de supervisar el proyecto, los miembros del Comité de Gestión participaron en la redacción, revisión y deliberaciones sobre este texto.

Signatarios

Organizaciones de la sociedad civil (entre ellas organizaciones de pueblos indígenas):

Alejandro Argumedo, Margarita Flores, Glen Hearn, Dan Leskien, Atencio López, Pat Mooney*, Andrew Mushita, Gurdial Singh Nijar, Olle Nordberg*, René Salazar, Priscilla Settee, Hope Shand, Vicky Tauli-Corpuz*

Sector privado/Industria:

Klaus Leisinger, Brian Lowry, Radha Ranganathan, P.V. Subba Rao, Tim Roberts, Reinhard von Broock

Sector Académico:

Assiah Bensalah Alaoui, Carlos Correa, Don Duvick, Michael Flitner, Cary Fowler, Jaap Hardon, Francisco Martínez-Gómez, Michel Pimbert

Sector público:

Susan Bragdon*, Brian Davy*, Engsiang Lim, Chusa Gines*, Christine Grieder*, Geoffrey Hawtin, Michael Halewood*, Mita Manek, Norah Olembo, Theo van de Sande, Louise Sperling, Klaas Tamminga, Carl-Gustaf Thornström*, Joachim Voss*, Beate Weiskopf*

Este segundo tomo de *Siembra de Soluciones* complementa el Tomo 1. La mayoría de quienes trabajaron en el primer tomo también lo hicieron en el Tomo 2. Reiteramos aquí nuestro profundo agradecimiento a todos aquéllos cuyo trabajo en el primer tomo sentó las bases del Tomo 2. Específicamente con relación al Tomo 2, queremos agradecer (o volver a agradecer) al Dr.

*Miembros del Comité de Gestión del Grupo Crucible II.

Joachim Voss del CIID/IDRC, quien presidió el proceso del *Crucible II* durante los dos primeros años, y al Dr. Carl-Gustaf Thornström de Asdi/SAREC, quien lo condujo luego de la designación del Dr. Voss como Director General del CIAT.

El debate de cada uno de los diferentes puntos de vista sobre las opciones para la creación de leyes nacionales en este segundo tomo exigió una gran cantidad de tiempo y mucha paciencia por parte de los integrantes del Grupo *Crucible*. No obstante, algunos miembros que dedicaron el doble o triple de tiempo a la realización de este libro merecen un reconocimiento adicional. Estas personas participaron en uno o ambos: (a) la Comisión *Ad Hoc* de Expertos en Leyes, que se ocupó de revisar los textos después de cada reunión del Grupo *Crucible*, y (b) la Comisión Negociadora del Tomo 2, encargada de la penúltima revisión del tomo. Quienes prestaron servicio en una o ambas comisiones fueron: Susan Bragdon, Michael Flitner, Michael Halewood, Glen Hearn, Dan Leskien, Engsiang Lim, Mita Manek, Pat Mooney, Radha Ranganathan, Tim Roberts y Vicky Tauli-Corpuz. Damos gracias especiales a Dan Leskien, quien participó en ambas e hizo un trabajo excepcional en todos los temas, en especial haciendo valer su formación en derecho para hacer frente a los desafíos de la protección de las innovaciones biológicas.

El grupo tiene una deuda específica con uno de los miembros que no pudo firmar el documento en su versión final: Bernard Le Buanec. A pesar de sus dudas sobre la factibilidad del proyecto, Bernard dedicó muchas horas a examinar los borradores. Sus críticas en las áreas de su especialidad fueron constructivas y de gran alcance, y resultaron un gran aporte para todo el documento.

Sobre todo, el grupo tiene una deuda inconmensurable con Michael Halewood, Secretario Ejecutivo del Proyecto *Crucible II*. Durante dos años, Michael se sumergió en *Crucible*: diseñando estructuras, creando borradores, escribiendo, editando, conduciendo debates, organizando, estimulando y atrayendo a los participantes y ensamblando sus contribuciones en un todo coherente. Sin su entusiasmo y persistencia el Tomo 2 nunca se habría concretado.

Comentaristas externos, observadores, editor, asistentes e invitados especiales

El Grupo *Crucible* reconoce la valiosa contribución de los comentaristas externos de este tomo. No tendríamos un texto de alta calidad, como el que presentamos sin los aportes obtenidos a través de los comentarios y sugerencias de: Rosemary Coombe, catedrática de la Escuela de Leyes de la Universidad de Toronto, Peter Drahos, catedrático del Instituto Queen Mary de Investigaciones sobre Propiedad Intelectual, Queen Mary and Westfield

College, el abogado Tony LaViña, Director de Programas de Recursos Biológicos del Instituto Mundial de Recursos (World Resources Institute) y el abogado Allan McChesney, especialista en derechos humanos en el ámbito internacional.

También queremos reconocer la destacada colaboración de José Esquinas-Alcázar, quien participó como observador.

El grupo agradece asimismo las intervenciones de Erin O'Manique, Stephen Langill y Kate Harrison, de la oficina en Ottawa del CIID/IDRC, quienes continuaron con el proyecto durante los últimos tres años, brindando todo lo necesario, desde asistencia administrativa y revisiones editoriales hasta investigación de contexto.

El grupo expresa su gratitud a Susan Bridges de BDK Communication por la edición final del Tomo 2.

Apoyo financiero, estímulo y participación

El Grupo *Crucible* agradece a las siguientes organizaciones por su apoyo financiero y su activa participación en las reuniones y debates: BMZ/GTZ (Ministerio Federal de Cooperación Económica de Alemania/Agencia Alemana de Cooperación Técnica), Alemania; ALDI/CID (Agencia Canadiense de Desarrollo Internacional), Canadá; FDH (Fundación Dag Hammarskjöld), Suecia; CIID/IDRC (Centro Internacional de Investigación para el Desarrollo), Canadá; COSUDE/SDC, (Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación), Suiza; y Asdi/SAREC (Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo), Suecia.

Por último, el grupo agradece sinceramente a KWS SAAT AG por el respaldo al tiempo extra y la competencia con que el Dr. Radha Ranganathan contribuyó al proyecto.

Introducción

Enfoques legales sobre prioridades nacionales en recursos genéticos

Este segundo volumen de *Siembra de Soluciones* es la continuación del Tomo 1, que analiza los acontecimientos tecnológicos y las políticas relevantes en el ámbito de los recursos genéticos durante los seis años posteriores a la primera publicación del Grupo *Crucible* en 1994: *Gente, Plantas y Patentes*. El Tomo 1 identifica tres áreas del desarrollo de las políticas en las que subsisten “temas polémicos”. El Tomo 2 se divide en tres *temas*, que en términos generales corresponden a esos temas pendientes. Cada uno de los tres temas está compuesto por opciones para la elaboración de leyes nacionales que pueden ser tomadas en cuenta por los formuladores de políticas al tratar esas cuestiones.

El primer tema pendiente del Tomo 1 es la necesidad de asegurar el flujo más abierto y equitativo posible de recursos genéticos entre agricultores y otros actores rurales e investigadores. El Tema 1 del Tomo 2 comienza con una discusión general sobre una gama de opciones legales locales que los legisladores pueden tener en cuenta para regular el acceso y el intercambio de recursos genéticos. Sigue un análisis detenido de uno de los tópicos identificado en la discusión general: una ley nacional que cree un marco para las negociaciones bilaterales entre las partes que solicitan acceso y los que poseen derechos sobre los recursos biológicos.

El segundo tema pendiente es la necesidad de proteger, promover y conservar el conocimiento de comunidades indígenas y locales por medio de mecanismos que aseguren la participación plena de esas comunidades en la conservación y mejora del germoplasma. En el Tema 2 del Tomo 2 identificamos una variedad de opciones que podrían aplicarse en el ámbito nacional para proteger, conservar y promover el conocimiento indígena y local. A continuación presentamos un análisis más detallado de opciones legales para la creación de leyes nacionales *sui generis* de propiedad intelectual del conocimiento indígena y local.

El tercer tema pendiente es la necesidad de estimular la investigación innovadora sobre recursos genéticos para el beneficio de las generaciones actuales y futuras. El Tema 3 del Tomo 2 comienza con una discusión general sobre políticas que los gobiernos nacionales podrían seguir para promover esas innovaciones. En dos secciones siguientes del Tema 3 analizamos las opciones para dos tipos diferentes de leyes de propiedad intelectual: leyes de protección de variedades vegetales y leyes de patentes.

Finalmente, a partir de cada uno de los enfoques legales identificados en este tomo, damos un énfasis mayor, con el riesgo de parecer desproporcionado, al análisis de las leyes de acceso a conocimientos locales con una orientación hacia acuerdos bilaterales (en el Tema 1), y de leyes de

propiedad intelectual (en los Temas 2 y 3). Esto no significa que todos los miembros del Grupo *Crucible* compartan esos enfoques legales como la mejor manera de resolver los temas pendientes. Es más, muchos de los miembros del Grupo *Crucible* sostienen que el acceso nacional y las leyes de propiedad intelectual de concepción bilateral tendrán un impacto negativo sobre la resolución de estos temas.

En cambio, nuestro punto de partida respecto a la cuestión es que, si bien estas leyes recientemente han sido objeto de mucha polémica, ha habido pocos avances en el discurso público sobre su utilidad definitiva y su viabilidad técnica. A pesar del desacuerdo del Grupo sobre dichas leyes, todos reconocen el valor de un grupo de intereses múltiples, basado en el disenso, que trabaja y desentraña los temas en juego.

A la postre, sabemos que no hemos “resuelto” los problemas que actualmente enfrentan quienes deben legislar en el ámbito nacional sobre acceso y propiedad intelectual, ni sobre todas las iniciativas políticas que hemos identificado en las secciones de revisión de este tomo. Sin embargo, esperamos facilitar el debate para quienes formulan las políticas mediante la enumeración de una amplia variedad de opciones que se encuentran disponibles y de las críticas que se les hace desde diferentes sectores.

Este tomo demuestra, entre otras cosas, que la mayoría de las leyes y principios legales actualmente disponibles no se ajustan a la meta de maximizar acceso, intercambio y uso innovador de los recursos genéticos. El ámbito de los recursos genéticos convoca un espectro de intereses, actores y asuntos, extraordinariamente diverso y novedoso. Gran parte de este tomo está dedicada a demostrar que las leyes de acceso y propiedad intelectual basadas en contratos y acuerdos bilaterales “encajan” en este nuevo ámbito. No es sorprendente que, en muchos casos, el resultado sea bastante discutible.

Queremos advertir a los lectores que ninguna de las opciones presentadas en el Tomo 2 constituyen fórmulas completas y sencillas a los problemas planteados en el Tomo 1. Un debate atrayente y polémico sobre las leyes de acceso y las leyes *sui generis* de propiedad intelectual no debe llevar a los formuladores de políticas a concluir que constituye la panacea de las políticas sobre recursos genéticos. Por ejemplo, es importante evaluar la forma en que muchos países están enfocando la legislación de acceso, y pensar cómo puede ser estructurada para tener en cuenta la naturaleza particular de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura (RFAA). Si se establecen sistemas que, sin proponérselo, arrojan como resultado el congelamiento del intercambio de RFAA, los países pueden, por un lado, disminuir actividades importantes para los intereses nacionales —como la seguridad alimentaria, y, por el otro, elaborar sistemas jurídicos. Si los responsables políticos consideran con seriedad las leyes nacionales de acceso y de propiedad intelectual *sui generis* como un medio para promover sus objetivos políticos nacionales, también deben continuar examinando otras opciones, potencialmente más simples y más fructíferas, tales como las presentadas en

las secciones de revisión de cada tema en este tomo. En la mayoría de los casos—quizás en todos—los formuladores de políticas pueden encontrar útil combinar iniciativas políticas muy diferentes para alcanzar sus metas finales.

Por último, un estudio como éste no puede llevarse a cabo en un vacío político. En consecuencia, hemos hecho un gran esfuerzo por encuadrar las opciones incluidas en este tomo en el contexto más amplio de las leyes internacionales, nacionales y comunitarias, y de los acontecimientos y debates relativos a las políticas. Con ese propósito, hemos señalado las opciones con respecto a:

- 1 instrumentos internacionales, como los Acuerdos de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (OIT 169), los ADPIC, el CDB, el Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas y el anteproyecto modelo de legislación sobre Derechos Comunitarios y Acceso de la Organización de la Unidad Africana (OUA);
- 2 leyes nacionales e iniciativas políticas, como la Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas de Filipinas y el anteproyecto de ley sobre Conocimiento Tradicional de Perú, y diversas leyes de registro de patentes y protección de variedades vegetales de varios países;
- 3 declaraciones de comunidades, como la Declaración Mataatua sobre Derechos Culturales y de Propiedad Intelectual de los Pueblos Indígenas y la Carta de la Tierra de los Pueblos Indígenas;
- 4 protocolos organizativos voluntarios, como el Código de Conducta de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO - COC), e
- 5 investigaciones secundarias relevantes.

No intentamos que las opciones invariablemente se enmarquen en estos antecedentes, sino en cambio, adoptamos el criterio de destacar que una disposición en particular puede estar, o definitivamente estará, en contraposición con un acuerdo internacional de cumplimiento obligatorio, como los ADPIC.

Lista de recuadros de opinión

1. Las leyes nacionales de acceso ¿facilitan la discusión de acuerdos bilaterales?	9
2. La ‘información asociada’ ¿debe ser incluida en el alcance de las leyes nacionales de acceso?	13
3. ¿Quién debe tener derecho a decir ‘sí’ o ‘no’ a una propuesta de acceso: sólo el gobierno, sólo las partes proveedoras (cuando el proveedor no es el gobierno) o ambos?	19
4. Asumiendo que las leyes <i>sui generis</i> de propiedad intelectual para la protección de conocimiento indígena y local en materia de recursos biológicos son técnicamente viables, ¿constituirán un aporte a fines útiles?	68
5. ¿El conocimiento debe estar ‘materializado’ para ser protegido?	87
6. ¿Es posible crear nuevas condiciones, o adaptar las existentes, para la protección (i.e., novedad, originalidad, productos tradicionales, etc.), con el fin de configurar unidades de conocimiento para la definición de la propiedad intelectual?	95
7. Los tenedores de conocimiento, ¿deben registrar el conocimiento indígena y local como prerequisite de la protección?	101
8. ¿Cuál debe ser la fuerza de los controles sobre la propiedad intelectual y el conocimiento indígena y local protegidos?	108
9. ¿Cuánto tiempo deben durar los derechos de protección?	116
10. El gobierno ¿debe participar en el proceso de las licencias?	122
11. ¿Valen la pena las leyes de propiedad intelectual para variedades vegetales?	142
12. ¿Cuáles son las condiciones de protección más apropiadas en una ley de protección de variedades vegetales?	162
13. El beneficio público o el valor de cultivo y uso (VCU), ¿deberían ser incluidos como condiciones de protección?	165
14. ¿Quiénes son pequeños agricultores, y de qué obligaciones deberían ser eximidos?	179
15. Las leyes de patentes, ¿deben diferenciar los descubrimientos de las invenciones?	201
16. ¿Deben permitirse las patentes de variedades vegetales?	208
17. Los derechos de patente sobre variedades vegetales ¿deberían quedar sujetos a criterios de ‘utilidad social’?	220
18. Los certificados de origen (CO) y el consentimiento informado previo (CIP), ¿deben ser incluidos como condiciones para la concesión de patentes?	221
19. ¿Cómo se aplican a las excepciones los principios de los ADPIC?	232
20. La duración de los derechos de patente, ¿debe variar según los distintos materiales sujetos a la protección?	233

Tema 1

Opciones para la elaboración de normas nacionales sobre el acceso a los recursos biológicos

Índice

Sección 1: Introducción	3
Sección 2: Opciones sobre normas nacionales de acceso	5

Sección 1

Introducción

Si bien la sección “Temas Pendientes” del primer tomo de *Siembra de Soluciones* abordó, entre otros temas, la discusión sobre el acceso a los recursos genéticos y su intercambio a la luz tanto de las negociaciones y acuerdos internacionales como de las normas nacionales, en este tomo el Grupo *Crucible* se centra exclusivamente en el ámbito nacional. Por tanto queda excluido el análisis de negociaciones internacionales y multilaterales sobre acceso, tales como las que conducen al Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (CI sobre RFAA)¹.

Sin embargo, incluimos opciones que prevén la elaboración de normas internacionales sobre recursos fitogenéticos y los excluyen del alcance de las leyes nacionales de acceso. En este sentido, recordemos que la 30a. Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) “subrayó la importancia de que los países que están desarrollando legislaciones al respecto [sobre acceso] lo hagan de forma que les permita tener en cuenta e integrar los elementos de este nuevo acuerdo internacional”. Esto fue reiterado por la Conferencia de las Partes del Convenio sobre Diversidad Biológica [mediante la decisión V/26(A)(7)], que exhortó a los países miembros, cuando estén “elaborando legislación nacional de acceso”, a “tener en consideración y permitir el desarrollo de un sistema multilateral para facilitar el acceso y el reparto de beneficios en el contexto del Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos”. El sistema multilateral (SML) cubrirá una lista de cultivos elaborada sobre la base de dos criterios: la interdependencia de las regiones y países con relación al cultivo y la importancia del cultivo para la seguridad alimentaria. Dado que el libre flujo de RFAA es la base de la seguridad alimentaria del planeta, la creación de un SML tiene por fin minimizar los costos de transacción, evitar los accesos individuales y asegurar, de acuerdo con los regímenes de propiedad vigentes, el acceso expedito a ellos.

Tampoco analizamos alternativas legales para los países importadores de los materiales a los que se accedió. Es posible, por ejemplo, prever que un país importador exija, en sus leyes aduaneras, pruebas del cumplimiento de las leyes del país proveedor de los recursos, antes de autorizar el ingreso del material. Incluimos esas opciones en el Tema 3 como condiciones para la concesión de derechos de protección y patentes de variedades vegetales². En este tema, nos ubicamos del lado del proveedor en la relación de acceso.

Hay un amplio espectro de opiniones sobre qué aspectos puedan tratar las leyes nacionales de acceso y, en consecuencia, los tipos de mecanismos legales que deberían incluir. También hay imprecisiones terminológicas sobre el

contenido de las leyes de acceso y su relación con otros tipos de leyes que regulen materias sobre recursos biológicos. Por ejemplo, es frecuente oír que se habla indistintamente de ‘leyes de acceso’, ‘leyes *sui generis*’ y ‘leyes de acceso para proteger el conocimiento indígena’, todo en un mismo contexto, como si fueran sinónimos. Pero cada una de estas expresiones supone una combinación diferente de categorías legales implícitas y sugieren una respuesta legal diferente. En el Apéndice de este tomo incluimos una discusión sobre la relación de la legislación de acceso con las leyes de propiedad intelectual, las categorías legales involucradas y la manera en que pueden superponerse³. Sugerimos a los lectores tener en cuenta esta discusión durante la lectura del Tema 1.

En cuanto a la utilidad y la eficacia de las leyes nacionales de acceso, las posiciones de los miembros del Grupo *Crucible* están divididas: muchos piensan que el esfuerzo por crear leyes nacionales de acceso se basa en expectativas económicas irreales y no creen que esa legislación pueda ser de gran utilidad; otros consideran que el énfasis en la elaboración de leyes para facilitar acuerdos *ad hoc* y bilaterales puede distraer los intentos de elaborar acuerdos internacionales más relevantes para el acceso y el intercambio multilateral de recursos genéticos. Como consecuencia de lo anterior, en lugar de formar un frente unificado para conducir las negociaciones internacionales sobre el acceso multilateral, los países del Sur se encuentran fragmentados y a veces toman posiciones que pueden ser desventajosas para todos. Según este enfoque crítico, en última instancia, las expectativas irreales sobre los beneficios de los acuerdos de acceso bilateral debilitan a los países del Sur, y esto es aplicable al CDB en tanto que fomenta estas expectativas y la consiguiente desviación de recursos hacia los acuerdos bilaterales sobre acceso.

Por otro lado, algunos miembros del Grupo *Crucible* sostienen que las leyes nacionales de acceso bien elaboradas, pueden generar altos beneficios compartidos allí donde antes no existían, e incluso sostienen que si al principio, los beneficios son menores de lo estimado, esto no invalida la existencia de este tipo de regulación.

El Grupo *Crucible* no pretende resolver estas cuestiones. Por último, los responsables y los promotores de las políticas decidirán si desean elaborar leyes nacionales de acceso y qué elementos se deben incluir en ellas. Esperamos que este análisis del tema les facilite esa tarea.

Sección 2

Opciones sobre normas nacionales de acceso

Índice

Primera Parte: Fines y alcance	7
Artículo 1: Fines	7
Artículo 2: Alcance	10
Artículo 3: Excepciones	14
Segunda Parte: Definiciones	17
Artículo 4: Acceso	17
Artículo 5: Solicitante	17
Tercera Parte: Condiciones de acceso	18
Artículo 6: Partes autorizadas a otorgar consentimiento	18
Artículo 7: Solicitud del permiso de acceso	20
Artículo 8: Condiciones para la concesión de acceso	23
Artículo 9: Condiciones para el reparto de beneficios	26
Artículo 10: Revocatoria del permiso de acceso	27
Cuarta Parte: Procedimiento de solicitud/autorización	28
Artículo 11: Solicitud	28
Artículo 12: Consultas públicas	28
Artículo 13: Plazos para las decisiones	29
Quinta Parte: Procesos civiles y penales	30
Artículo 14: Procesos civiles y penales	30
Sexta Parte: Autoridad competente	32
Artículo 15: Designación de la autoridad competente	32

Sección 2

Opciones sobre normas nacionales de acceso

Primera Parte: Fines y alcance

Artículo 1: Fines

Los fines de una ley nacional sobre acceso a los recursos biológicos son:

Elemento 1

garantizar la soberanía nacional sobre los recursos genéticos en cumplimiento de las leyes nacionales e internacionales, específicamente de los Artículos 15 y 16.3 del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), y el Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (CI sobre RFAA)

Elemento 2

contribuir a la seguridad alimentaria y la salud

Elemento 3

contribuir a la conservación y el uso sustentable de los recursos biológicos

Elemento 4

promover la participación equitativa en los beneficios derivados del uso de recursos genéticos

Elemento 5

reconocer los derechos y necesidades de las comunidades indígenas y locales y de los agricultores, y de quienes administran recursos genéticos silvestres y domesticados

Elemento 6

facilitar el acceso de modo que se promueva el desarrollo, el uso y la disponibilidad de los recursos en forma adecuada a las necesidades y objetivos nacionales

Elemento 7

estimular el desarrollo y la transferencia de tecnologías apropiadas a los sectores y comunidades relevantes del país proveedor de recursos [para el uso sustentable de los recursos biológicos]

Elemento 8

asegurar la compensación del país y/o la comunidad proveedora cuando los recursos genéticos se toman de ese país y/o comunidad

Elemento 9

regular el proceso por el cual los recolectores pueden obtener legalmente recursos genéticos

Comentario

Las legislaciones nacionales no requieren una sección de “fines”. En los casos en que los textos legislativos son vagos (a menudo debido al desacuerdo político entre los legisladores que los redactan), las secciones de fines sirven como herramientas para la interpretación. La referencia a los objetivos generales de una ley puede ayudar a los legisladores a escoger entre diferentes interpretaciones posibles de un texto ambiguo, si bien no todos los principios posibles en esa legislación están incluidos aquí. En último caso, son los responsables de la formulación de las políticas nacionales y sus promotores a quienes corresponde determinar, en primer lugar, por qué el país necesita una ley de acceso (o si realmente la necesita).

Elemento 1: Se refiere a los dos convenios internacionales más directamente relacionados con la creación de leyes nacionales de acceso. Aunque es evidente que el CDB respalda este tipo de leyes —básicamente orientadas a facilitar la discusión de acuerdos bilaterales—, no *exige* a los países su elaboración. El CDB reconoce que los estados tienen el derecho soberano a fijar los términos de acceso a sus propios recursos, pero al mismo tiempo limita implícitamente este derecho, al expresar que los estados deben facilitar ese acceso. Por otro lado, existen muchas formas por medio de las cuales los países pueden facilitar el acceso sin aprobar este tipo de legislación nacional. Una de esas formas es la no-existencia de leyes, “dejar la puerta abierta” a cualesquiera y a todas las partes. Otra forma es entrar en acuerdos multilaterales que establezcan redes de acceso global y regional a los recursos para promover y facilitar el intercambio. Un ejemplo de un posible sistema multilateral cuya intención es facilitar el acceso a cultivos identificados es el CI sobre RFAA, cuyas negociaciones están en curso con el auspicio de la Comisión de Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura (CRGAA) de la FAO. Varios países, si no la mayoría, ya pertenecen a redes de cultivos⁴, uno de cuyos objetivos es el intercambio

Recuadro de opinión 1: Las leyes nacionales de acceso ¿facilitan la discusión de acuerdos bilaterales?

Promueven simultáneamente la seguridad alimentaria, la conservación de la biodiversidad, la participación equitativa en los beneficios y las transferencias de tecnología.

El reconocimiento por parte del CDB del derecho de los países a regular el acceso a los recursos genéticos dentro de sus fronteras fue un paso realmente decisivo, que finalmente otorgó a los países en desarrollo el impulso económico y legal que necesitan para regular con eficacia el acceso a sus recursos, y esto es de especial importancia para los países que tienen especies endémicas. Ahora, con una actitud resuelta e imaginativa, los gobiernos de países con un alto grado de diversidad biológica pueden coordinar su participación en convenios que los involucren, junto con sus poblaciones locales e investigadores extranjeros, que a la vez: (a) justifiquen la conservación de grandes porciones de ecosistemas 'tradicionales', (b) incluyan transferencias de tecnología y capacitación para las poblaciones locales, y (c) garanticen la retribución en dinero.

La confianza en las posibilidades que tales leyes proporcionan a los países en desarrollo alivia la sensación de que son explotados y contrarresta la ética proteccionista de "puertas cerradas", que restringe severamente el acceso. De esta forma, las leyes nacionales de acceso contribuyen al movimiento global de los recursos genéticos.

Pueden ser de utilidad para los recursos genéticos endémicos localizados, pero van en contra de los intereses de la mayoría de los países cuando se trata de recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura.

El intercambio y el uso de la agrobiodiversidad⁵ son fundamentales para la producción agrícola y la seguridad alimentaria. Desde los inicios de la agricultura, hace unos diez mil años, los seres humanos utilizaron la diversidad genética de las plantas para desarrollar una amplia gama de cultivos genéticamente distintos y otras especies útiles que permitieron su supervivencia.

En la actualidad, casi todos los países dependen de recursos de otras partes del mundo para sostener su producción agrícola. Por ejemplo, se estima que África subsahariana debe recurrir a recursos fitogenéticos de otras regiones para cubrir el 87% de sus necesidades agrícolas e incluso aquellos países considerados ricos en biodiversidad apelan a elementos fitogenéticos de otras partes del mundo. Las leyes de acceso que no hacen una distinción entre los diversos tipos de recursos genéticos podrían paralizar el intercambio en el que se basa el bienestar de un país.

Son una expresión de la retórica geopolítica y nada más.

La idea de promover contratos regulados para la provisión de recursos genéticos desde el Sur hacia el Norte (a través del CDB) es una astuta artimaña política que parece resolver las desigualdades geopolíticas, pero que en la práctica no conduce a casi nada. Después de las negociaciones, los delegados de países en desarrollo, con excesivas atribuciones de poder, utilizan la retórica sobre los beneficios compartidos y la promoción de transferencias de tecnología para enfrentar a sus compatriotas ávidos de avances, sin tener que admitir la falta de significativos adelantos. Las leyes nacionales que pretenden impulsar esos principios sólo aumentan la farsa: se hacen llamativos despliegues (legales) para poner en su lugar al antipático Norte, pero realmente no logran nada. Los recursos biológicos ya están tan extendidos por todo el mundo que sería extremadamente raro que alguien con una necesidad apremiante de un recurso genético (lo suficiente como para pagar razonablemente por él) se dirija al país de origen para obtenerlo. La existencia de numerosas fuentes potenciales para un recurso genético determinado, hace casi imposible que el proveedor regatee por un precio decente.

Los extranjeros pueden aceptar contratos de acceso, no porque la posición legal del país proveedor sea fuerte, sino porque proporciona una magnífica imagen en las relaciones públicas. En estas circunstancias, los términos de pago serán insignificantes.

Por último, si realmente fueran de provecho, ¿por qué ningún país del Norte las está aprobando? La verdad es que los países del Norte no necesitan el único beneficio real que estas leyes pueden brindar: méritos políticos para una posición retórica contra la explotación Norte-Sur.

multilateral de material. Si bien un acuerdo multilateral de la naturaleza del CI sobre RFAA tiende a minimizar las condiciones de acceso, elegir ser parte constituye también una expresión de soberanía de los estados. En el Artículo 3, Elemento 7, planteamos la posibilidad de excluir a ciertos materiales designados de los acuerdos bilaterales que en primera instancia se creaban gracias a estas opciones, con el fin de procurarles la no-sujeción a acuerdos multilaterales.

Elementos 2 a 9: No se refieren a ninguna norma internacional; versan sobre objetivos o fines sustanciales que los legisladores pueden proponerse alcanzar mediante la elaboración de leyes nacionales sobre acceso y se advierte que cada uno de los principios enumerados es decreciente en su alcance. Los miembros de *Crucible* tienen opiniones muy diferentes sobre la utilidad y el efecto de este tipo de legislación, tal como lo refleja el Recuadro de opinión 1.

Artículo 2: Alcance

Esta Ley debe aplicarse al acceso a:

Párrafo 1: Tipos de recursos

Opción 1

especies silvestres de flora y fauna

Opción 2

especies domesticadas y cultivadas de flora y fauna

Opción 3

todo recurso [genético] [biológico]

Párrafo 2: Fuentes de recursos

obtenidos de:

Opción 1

fuentes *in situ*

Opción 2

fuentes *ex situ*

Opción 3

fuentes *in situ* o *ex situ*

Párrafo 3: Sitios geográficos

ubicados en:

Elemento 1

el territorio del país, es decir dentro de sus fronteras internacionalmente reconocidas

Elemento 2

y sus aguas territoriales

Elemento 3

y las diversas zonas marítimas adyacentes a ellas

Párrafo 4: País de origen/país proveedor

Opción 0

ninguna disposición [i.e., el país puede regular el acceso a cualquier recurso biológico dentro de su jurisdicción, a pesar de que, en determinado momento, haya llegado de otro país]

Opción 1

y para el cual este país es el país de origen.

Párrafo 5: Información asociada

Esta Ley también se aplica a:

Opción 0

ninguna disposición [i.e., la ley se mantiene en silencio sobre la inclusión o exclusión de información asociada; en ausencia de la exclusión explícita de la información asociada, el hecho que no haya una disposición podría ser interpretado como un permiso a las partes para que incluyan información asociada en contratos de acceso realizados de conformidad con la ley]

Opción 1

información asociada a los recursos suministrados de conformidad con esta Ley.

Comentario

Este artículo define el alcance de la ley de acceso. Señala las actividades sujetas a la ley de acceso. El artículo debe leerse con relación al Artículo 4, que define el término 'acceso' como tal. Resulta útil mantener un alcance amplio para abarcar todas las actividades referidas a la ley. Por lo demás, la ley no debería extenderse a cosas como cultivos agrícolas vendidos para el consumo

alimentario o la venta de árboles a ser utilizados como madera. Las opciones para las excepciones de esta naturaleza se discuten en el Artículo 3, más adelante.

Párrafo 1 (Tipos de recursos): Se entiende que las tres opciones se refieren a una combinación de plantas, animales, microbios, peces, insectos y demás. Optamos por no desglosar los tipos de recursos que podrían integrar esas clases, pero una ley nacional podría hacerlo, obviamente, aunque la tarea no sería de mucha utilidad.

Párrafo 1, Opción 3: Según el Artículo 2 del CDB, los ‘recursos genéticos’ son todo material vegetal, animal, microbiano o de otro origen, que contenga unidades funcionales de herencia (de valor real o potencial). Esta definición es limitada, porque no incluye elementos como productos secundarios, sino que más bien se centra en unidades de herencia. El término ‘recursos biológicos’ puede ser considerado de mayor amplitud, ya que incluiría, además de recursos genéticos, productos de formación natural, como moléculas que se crean naturalmente o combinaciones o mezclas de moléculas, incluyendo extractos de materia orgánica de formación natural, viva o muerta. Pueden establecerse estas definiciones en la ley o, simplemente, disponer que los recursos genéticos y derivados están comprendidos en la ley.

Párrafo 4 (País de origen/país proveedor), Opción 0: regularía los recursos del mismo modo, tanto si el país que aplica la ley es el país de origen como si no lo es.

Párrafo 4, Opción 1: limitaría el alcance de la ley a recursos con relación a los cuales el país es el país de origen.

Existe un ámbito intermedio. El país que aplica la ley regularía el acceso a ambas categorías de recursos, pero de modo diferenciado. Por ejemplo, con relación a los recursos de los cuales el país ejecutor no es el país de origen, la ley requeriría que se presente: (a) constancia del consentimiento informado previo (CIP) de las partes específicas del país ejecutor que otorgan su consentimiento, y (b) CIP de las partes específicas del país de origen de los recursos que dan su consentimiento.

El término ‘país de origen’ es problemático cuando se aplica a recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura (RFAA). El Artículo 2 del CDB establece que el país de origen de los recursos genéticos significa “el país que posee esos recursos genéticos en condiciones *in situ*”. El CDB define ‘las condiciones para especies domésticas o cultivadas’ como “el medio donde han desarrollado sus propiedades distintivas”. Sin embargo, el Convenio no define “propiedades distintivas”.

Dada la historia de la agricultura, muchos cultivos importantes están ampliamente distribuidos en el mundo y desarrollaron características

Recuadro de opinión 2: La ‘información asociada’ ¿debe ser incluida en el alcance de las leyes nacionales de acceso?

No. **Dependiendo de la forma cómo el país proveedor participa en la recolección y entrega de los recursos, sólo tiene sentido permitir a las partes incluir ‘información asociada’ en convenios de acceso biológico.**

La ‘información asociada’ no debe ser incluida dentro del ámbito de las leyes nacionales de acceso, ya que su naturaleza intangible la hace cualitativamente diferente de los recursos genéticos tangibles. Adoptar el mismo punto de vista para ambos conduciría a confusión y probablemente sería imposible de llevar a la práctica. La información asociada debería ser cubierta por las leyes de propiedad intelectual.

La ‘información asociada’ puede incluir una gama casi infinita de información. Puede ser relativamente simple, como detalles sobre la ubicación y el ambiente en que se recolecta un recurso, u observaciones sobre el ciclo de vida del recurso. Pero la información asociada también puede ser altamente compleja, cuando incluye detalles sobre generaciones dentro de una comunidad que trabaja con el recurso, o información tomada de ensayos de laboratorio hechos con el material (si el contrato de acceso incluye una cláusula según la cual la parte proveedora realizará ensayos biológicos preliminares antes de entregar muestras del recurso al solicitante). Impedir a las partes negociadoras de estos convenios la inclusión de la entrega de, y la compensación por, esa información dentro de los contratos sería limitar el potencial creativo de dichas relaciones para repartir los beneficios entre ambas partes.

Por lo demás, siempre y cuando la ley no excluya explícitamente la entrega de información asociada, no habrá diferencia alguna si cualquier mención de la misma aparece en la ley o en cualquier contrato celebrado en su marco. Las partes negociadoras de los contratos sólo deben considerar si un acuerdo es justo y si vale la pena celebrarlo. Si las partes están mutuamente conformes con los términos del acuerdo, no tiene sentido que éste reconozca o no como información asociada el ‘valor agregado’ por una comunidad local, que puede dar información sobre dónde encontrar el recurso o sobre sus propiedades medicinales. El acuerdo puede permanecer en silencio con relación a la información asociada pero, aún así, compensar a una comunidad local de modo que sus miembros estén dispuestos a brindarla.

Las partes que poseen información asociada protegida por ley de propiedad intelectual (teniendo presente que la propiedad intelectual no protege información *per se*) pueden negociar licencias con aquellas partes que quieran utilizar la información sobre el recurso en cuestión (p.ej.: una variedad o una innovación biológica de una planta). La inclusión o no en un contrato de acceso de disposiciones sobre licencias para la entrega de propiedad intelectual protegida debería corresponder por entero a las partes que celebran el acuerdo.

Parte de la información asociada puede encontrarse protegida por leyes de propiedad intelectual (p.ej.: patentes, protección de variedades vegetales o leyes *sui generis* sobre conocimiento indígena o local). Esta situación puede tratarse de varias maneras. Por ejemplo, el conocimiento sujeto a protecciones de propiedad intelectual puede quedar exento del alcance de la ley de acceso, haciendo que los solicitantes del acceso se dirijan directamente (y únicamente) a quien detenta el derecho de propiedad intelectual en esa área de conocimiento. A la inversa, la ley de acceso podría exigir CIP tanto del poseedor de la propiedad intelectual como del gobierno. (Consideramos estas opciones en el Artículo 6, más adelante.) En este caso, el problema es que la existencia de derechos de propiedad intelectual sobre el conocimiento asociado no determina si ese conocimiento asociado debe ser incluido o excluido del ámbito de una ley de acceso. Sin embargo, deben ser tenidos en cuenta y la ley de acceso debería incluir alguna disposición sobre la manera de tratar ese conocimiento asociado.

adaptativas únicas en regiones lejanas a su lugar de origen. Los RFAA se han trasladado alrededor del planeta durante miles de años, enfrentando nuevas condiciones y adaptándose a ellas. En consecuencia, en el caso de la mayoría de estos recursos, será extremadamente difícil —si no imposible—, determinar su país de origen tal como lo define el CDB. Con mucha frecuencia, al considerar cultivos determinados, tanto la diversidad genética en general, como sus características específicas, se encuentran en más de un país. Por tanto, el país de donde se toma una variedad de cultivo o una variedad de los agricultores puede no corresponder al país de origen de las especies, ni a la variedad o a alguna característica específica que presente, tal como los define el CDB. Algunos bancos de germoplasma con buenos datos históricos podrían identificar el sitio de colección de una accesión; pero algo muy distinto es identificar dónde adquirió sus “propiedades distintivas”. Incluso en los casos en que pueden identificarse una multiplicidad de países de origen, es poco probable que puedan generarse ingresos sustanciales para éstos, así como otros beneficios. Esto requeriría una serie de contratos bilaterales con varios países, siendo cada uno parte en las negociaciones para el reparto de los beneficios.

Párrafo 5 (Información asociada), Opción 1: explicita que la información asociada puede ser incluida en una ley de acceso. La inclusión de ese término evitaría ambigüedades que podrían existir si la ley se mantuviera en silencio sobre el tema (como en la Opción 0).

En la mayoría de los comentarios sobre leyes de acceso se utiliza el término ‘conocimiento asociado’. ‘Información asociada’ es menos ambiguo y evita muchas dificultades que se plantean al no haber un acuerdo generalizado sobre el significado del término *conocimiento*. (Para más datos sobre particularidades de la definición de ‘conocimiento indígena y local’ se puede consultar el Tema 2, Sección 1, subsección B.4, ‘Imprecisiones legales’, más adelante).

Artículo 3: Excepciones

Opción 0

ninguna disposición [i.e., no hay excepciones a las disposiciones generales creadas por el Artículo 2]

Opción 1

Esta Ley no debe aplicarse al acceso a material comprendido por esta Ley cuando ese acceso es:

Uso consuetudinario

Elemento 1

parte de las prácticas consuetudinarias de poblaciones indígenas y locales

Productos básicos*Elemento 2*

para el uso directo o el consumo

Material de origen humano*Elemento 3*

para cualquier componente o sustancia derivada del cuerpo humano, o para el acceso al cuerpo humano como tal

Agricultura*Elemento 4*

con fines agrícolas

Uso privado*Elemento 5*

para uso privado y personal no comercial

Investigación*Elemento 6*

con fines no comerciales de investigación científica

Especies eximidas*Elemento 7*

a los RFAA designados por la autoridad competente. La autoridad competente puede definir los RFFA para los cuales el acceso estará regulado por normas o condiciones especiales como las fijadas por las redes de RFAA, los sistemas multilaterales de intercambio como la PI de RFAA⁶ u otros acuerdos de facilitación de acceso a RFAA que reflejen reciprocidad entre sus partes signatarias y a los cuales [el país ejecutor] se haya sumado

Propiedad privada*Elemento 8*

a recursos sometidos a regímenes de propiedad privada o a recursos protegidos por leyes de propiedad intelectual

Información asociada*Elemento 9*

Esta Ley no se aplicará a información asociada con recursos comprendidos en esta Ley.

Comentario

Las excepciones son necesarias para que la ley sea práctica y aplicable. Dado que los recursos genéticos y biológicos están ampliamente definidos, si las

leyes de acceso no son acotadas, pueden cubrir muchas actividades y tener como resultado aplicaciones absurdas. Por ejemplo, en el caso de la investigación taxonómica, podrían detener o demorar la investigación ecológica necesaria, con consecuencias ambientales negativas e imprevistas.

Opción 1: Ofrece toda una serie de posibles excepciones a la esfera de acción de esta ley. Las leyes de acceso existentes han sido a menudo criticadas por ser demasiado burocráticas y por crear serios obstáculos al intercambio de germoplasma. Este artículo ofrece la oportunidad de estructurar el alcance de la ley para que se concentre en aquellos recursos y actividades de los que un país espera lo máximo en materia de acuerdos de reparto de beneficios.

Elemento 2: Ciertamente tendría sentido excluir los productos básicos del ámbito de la ley, ya que de otro modo se obstaculizaría el comercio de productos de base biológica como alimentos y madera.

Elemento 3: En general se da por entendido que el CDB no se aplica a los genes humanos, aunque los términos utilizados por el Convenio permitirían técnicamente que los genes humanos fueran tratados como cualquier otro recurso genético. Las cuestiones legales que surgen en el contexto de la genómica humana pueden ser suficientemente distintas de las tratadas por este tipo de ley de acceso como para que valga la pena crear un régimen legal separado con respecto al material humano.

Elemento 6: Los países pueden optar por distinguir entre acceso con fines comerciales y con fines de investigación. Sin embargo, es necesario destacar que los límites entre investigación y aplicaciones comerciales se han desdibujado sensiblemente. Muchos proyectos públicos de investigación son financiados por compañías del sector privado. A cambio, estas compañías obtienen con frecuencia la opción de utilizar y comercializar los resultados de la investigación.

Elemento 7: Esta disposición supone la finalización de las negociaciones en la Comisión de Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura (CGRFA, según su sigla en inglés) y la creación de una lista mutuamente acordada de variedades y especies que podrían estar sujetas a normas especiales de acceso e intercambio. Esta legislación no sería aplicable a estos recursos, o incluiría una sección especial en la que se aplique el componente local del régimen de acceso multilateral conforme con la PI de los RFAA. Incluimos aquí la idea simplemente para brindar a los lectores un ejemplo de cómo los resultados de la revisión de las negociaciones sobre la PI de los RFAA pueden encajar en el contexto de la legislación de acceso de orientación bilateral. Es posible que la simple exclusión de los recursos fitogenéticos cubiertos por una posible PI de RFAA resulte insuficiente. Las negociaciones

para actualizar la PI indican que su alcance posiblemente sea un subconjunto de los RFAA. Esos proyectos de ley deberán considerar la forma de promover el intercambio de RFAA —si se determina que es de interés nacional— no sólo dentro del alcance de la PI de los RFAA, sino también afuera de su ámbito.

Elemento 8: Según este elemento, los titulares de propiedad privada tendrían el derecho a cerrar un contrato de acceso sin obtener permiso del gobierno. Este punto de vista tendría el efecto de estimular a las partes solicitantes de acceso a acercarse a propietarios privados para evitar la aplicación de la ley de acceso. Que esto dé o no resultado dependerá del grado de dificultad de la ley de acceso y de las gestiones ante los propietarios privados.

Es importante tener en cuenta el estatuto legal de las tierras y territorios de pueblos indígenas y comunidades locales. A veces, esas tierras se consideran como propiedad privada del pueblo en cuestión, y por lo tanto incluidas en esta excepción. En otros casos, se las considera propiedad del gobierno, mientras los pueblos indígenas tienen el derecho (de no conveniencia) limitado de uso sobre esas tierras con fines preestablecidos. En el último caso, ¿se aplicaría la excepción y los pueblos indígenas serían tratados como propietarios privados?

El efecto de no excluir los recursos ubicados en propiedades privadas sería que los solicitantes de acceso tendrían que obtener un permiso de la autoridad competente y del propietario privado. Esta opción corresponde al Artículo 6, Opción 2, más adelante.

Elemento 9: Es la antítesis del Artículo 2, Párrafo 5, Opción 1, que explícitamente estipula que la información asociada puede ser incluida en los contratos de acceso regidos por la ley.

Segunda Parte: Definiciones

Artículo 4: Acceso

‘Acceso’ significa:

Opción 1

obtener, recolectar, utilizar y/o exportar material [derivados] [información asociada] comprendido en esta Ley.

Artículo 5: Solicitante

‘Solicitante’ significa:

Opción 1

toda persona (natural o jurídica) que pretende obtener acceso.

Opción 2

toda persona no nacional (natural o jurídica) cuyo negocio no tenga sede en el país al que se solicita el acceso.

Comentario

La **Opción 1** otorga igual tratamiento a las partes nacionales y no nacionales que aspiran al acceso.

La **Opción 2** establece que únicamente los extranjeros deben solicitar el acceso y los solicitantes locales quedarían eximidos. Las compañías que poseen subsidiarias en el extranjero quedarían en la mitad entre ambos extremos; las autoridades pueden decidir si les exigirán que soliciten el acceso o si también quedarán eximidas. Los legisladores pueden optar por esta forma diferenciada para otorgar ventaja a las industrias locales. Los derechos y obligaciones previstos por el CDB son en primera instancia de carácter internacional y, por lo tanto, mantienen la posibilidad de tratar distintivamente a nacionales y extranjeros. Sin embargo, esta forma podría ser considerada discriminatoria y, en consecuencia, violar los requisitos de tratamiento nacional de la Organización Mundial de Comercio (OMC), según los cuales tanto los nacionales como los extranjeros deberán recibir igual tratamiento. Pero los legisladores podrían, apartándose del estado actual de las normativas internacionales, exigir a partes locales y extranjeras con subsidiarias en el país la adhesión a las mismas normas que los extranjeros sin presencia en el país, en especial en lo concerniente a asuntos como el consentimiento informado previo (CIP) y los derechos de comunidades indígenas y locales. Esto podría servir para corregir prácticas desleales entre partes locales. De este modo, las instituciones locales de investigación y las empresas comerciales estarían igualmente obligadas a respetar, por ejemplo, los derechos de las comunidades locales. En muchos casos, los solicitantes extranjeros operan con socios locales. Eximir a los socios locales de la legislación de acceso dejaría un gran vacío que podría ser explotado por las partes extranjeras.

Tercera Parte : Condiciones de acceso

Artículo 6: Partes autorizadas a otorgar consentimiento

El acceso comprendido por esta Ley deber estar sujeto en última instancia al consentimiento informado previo de:

Opción 1

la autoridad competente de este país. [i.e., únicamente la autoridad

competente designada tendría el derecho de decir ‘sí’ o ‘no’ a una solicitud; no hay una disposición que exija el consentimiento informado previo de partes privadas o de comunidades locales e indígenas]

Opción 2

- 1 la autoridad competente de este país, y
- 2 la comunidad local o persona con cualquier derecho o interés exclusivo en el material [o derivados] [o información asociada].

Opción 3

la comunidad local o persona con cualquier derecho o interés exclusivo en el material [o derivados] [o información asociada]. [i.e., sólo la comunidad local, sin necesidad de la aprobación de ninguna autoridad gubernamental]

Comentario

Opción 1: Aunque está muy lejos de ser satisfactorio según el punto de vista de la comunidad, el CDB no exige el consentimiento de las comunidades locales a las propuestas de ‘acceso’.

Opción 2: La Orden Ejecutiva No. 247⁷ de Filipinas y sus reglamentos requieren el consentimiento del gobierno nacional y de las comunidades locales involucradas. El propio CDB no prohíbe la creación de un mecanismo que exija el CIP de las comunidades y, en efecto, el Artículo 8(j) da a entender que debería buscarse la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales, al menos en lo concerniente al acceso al conocimiento. Sin

Recuadro de opinión 3: ¿Quién debe tener derecho a decir ‘sí’ o ‘no’ a una propuesta de acceso: sólo el gobierno, sólo las partes proveedoras (cuando el proveedor no es el gobierno), o ambos?

Sólo los proveedores.

Es paternalista establecer que las partes privadas y/o las comunidades indígenas y locales deban obtener la aprobación del gobierno para poder cerrar un acuerdo. Si a través de las leyes de tierras, de propiedad privada, de propiedad intelectual, o el reconocimiento de derechos de autogobierno, tienen el control exclusivo del uso del recurso, es absolutamente innecesario (e injusto) otorgar atribuciones al gobierno por una ley nacional de acceso.

Ambos.

El respeto de los derechos humanos básicos implica que las comunidades y los propietarios puedan expresarse directamente sobre la autorización o negación del acceso. En el plano nacional, las necesidades apremiantes (el valor económico de los recursos genéticos y la necesidad de desarrollar la ciencia y la tecnología) indican que la sociedad en su conjunto tiene interés en los temas de acceso. En consecuencia, los gobiernos también deben dar su consentimiento.

embargo, ¿cómo decidir quién es responsable de considerar las solicitudes de acceso dentro de las comunidades indígenas y locales? Es posible imaginar un escenario en que las leyes locales en materia de relación con el gobierno nacional y los pueblos indígenas o locales puedan dictaminar qué persona, o qué organismo, dentro de la comunidad debe tomar esta decisión. Una orientación más adecuada podría dejar esto librado a la decisión de las propias comunidades indígenas y locales.

Hay diferentes maneras de estructurar la relación entre las tres partes principales de un acuerdo de acceso: el solicitante de acceso, el proveedor y el gobierno. Un enfoque común es tener un contrato entre el solicitante y el proveedor local; este contrato implicaría, entre otras cosas, el CIP del proveedor a los términos del acceso. Un segundo acuerdo se forjaría entre el proveedor y el gobierno. Esta orientación incluiría, entre otras cosas, el CIP del gobierno. Este tipo de enfoque de ‘dos contratos’ para estructurar un acuerdo de acceso ha sido utilizado en varios casos en diversos países, incluyendo Costa Rica y Brasil.

Otro método, adoptado por la Orden Ejecutiva No. 247 de Filipinas, prevé que el solicitante de acceso se dirija al gobierno, el cual se encarga de solicitar el CIP del proveedor, con lo cual hay un procedimiento unificado con un documento anexo.

En última instancia, en cualquiera de estos casos la parte proveedora tiene el derecho a otorgar o no otorgar esa autorización. Sin embargo, en el caso de dos contratos parece existir una mayor independencia de la parte proveedora, al menos en lo que hace al procedimiento, y una mayor interacción con el solicitante en las primeras etapas de las negociaciones.

Opción 3: En esta opción, adoptada por Canadá y Estados Unidos, sólo la persona, comunidad u otra entidad legal con un interés o derecho exclusivo, por ejemplo, sobre la tierra en la que se encuentran los recursos, tiene el derecho de otorgar consentimiento para las solicitudes de acceso. A pesar de que Canadá no tiene ningún tipo de organismo centralizado para tramitar solicitudes de acceso de conformidad con el CDB, adoptó una posición acorde con sus disposiciones.

Artículo 7: Solicitud del permiso de acceso

El solicitante de acceso debe presentar una solicitud sobre el material [o derivados] [información asociada] cubierto por esta Ley ante la autoridad competente que decide sobre la concesión o denegación de los permisos [y a la comunidad o persona]:

Elemento 1

presentar una solicitud en la que se describan los datos del solicitante, incluyendo su estatuto legal, lugar de residencia y una lista de la totalidad de

las entidades y personas que estarán involucradas en la actividad de acceso, junto con sus respectivas responsabilidades

Elemento 2

describir la capacidad técnica y financiera del solicitante para llevar adelante la actividad de acceso y las actividades biológicas previas de recolección del recurso dentro [del país ejecutor] y en otras partes

Elemento 3

en la medida en que sea posible, identificar los recursos biológicos que solicita

Elemento 4

identificar el propósito de la actividad de acceso

Elemento 5

declarar si existe, como resultado de la actividad, intención de comercializar

Elemento 6

identificar los límites del área geográfica en la que el solicitante pretende realizar las actividades relativas a la investigación —incluyendo una ruta provisional, el tiempo estimado de la expedición, los tipos de material a ser recolectados, especies y cantidades— e identificar los métodos de recolección (muestras, métodos de cosecha, métodos de almacenamiento) que el solicitante pretende emplear, ya sea sólo o en asociación con las partes que brindan el acceso

Elemento 7

describir los beneficios previstos y cómo serán compartidos, si el recurso o cualquier producto derivado o relacionado es comercializado como resultado de la actividad de acceso

Elemento 8

identificar la naturaleza de los derechos que el solicitante pueda pedir sobre los recursos recolectados, los productos derivados y de las innovaciones derivadas de esos recursos, incluyendo todo tipo de derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales y derechos de comercialización

Elemento 9

brindar información sobre contratos existentes o propuestos entre el solicitante y cualquier tercera parte con relación al uso de todo tipo de información y productos resultantes de la actividad de acceso

Elemento 10

identificar los métodos mediante los cuales el solicitante transportará los

recursos recolectados y cómo el solicitante garantizará el uso seguro de esos recursos una vez transportados al país o a la institución del solicitante

Elemento 11

brindar información sobre el tipo de asistencia que podría ser requerida para facilitar el buen resultado de la misión

Elemento 12

identificar las personas y comunidades con las que el solicitante busca asociarse en actividades relacionadas

Elemento 13

indicar planes de cooperación con académicos, científicos, estudiantes, organizaciones de la sociedad civil y otros actores nacionales, que puedan asistir en la misión de campo y en las actividades de seguimiento o beneficiarse de la participación en ellas

Elemento 14

presentar una lista, tan completa como sea posible, de los curadores nacionales y extranjeros a los que se pretende distribuir el germoplasma y la información al finalizar la misión

Elemento 15

demostrar que la recolección/actividad de acceso no tendrá un impacto ambiental adverso

Elemento 16

proporcionar toda la información traducida en la lengua oficial de este país y en las lenguas locales, si así se requiere

Comentario

Este artículo es una combinación de términos tomados de diversos acuerdos de transferencia de material: la Orden Ejecutiva No. 247 de Filipinas, los proyectos en curso sobre leyes de bioacceso y el Código de Conducta para la Recolección y Transferencia de Germoplasma Vegetal de la FAO (FAO-COC). La terminología ha sido adaptada para abarcar los recursos biológicos. La estructura sigue la del FAO-COC.

Hemos presentado una lista con un abanico de opciones; incluirlas todas podría hacer las leyes demasiado pesadas. Los legisladores deben ser selectivos con relación a los elementos a escoger.

Elemento 4: Podría ser problemático en la medida en que las partes solicitantes de acceso podrían no saber realmente para qué será utilizado el material

recolectado finalmente. Además, las partes podrían no estar dispuestas a excluir futuras e imprevistas utilidades del material. La inclusión de esta sección en la ley podría tener varias consecuencias, por ejemplo, si dos años después de haber recolectado el material quien lo recogió descubre un uso novedoso, se le podría exigir que acudiera al proveedor para solicitar un permiso adicional.

Elemento 8: Requiere que las partes predeterminen sus derechos con relación al material recolectado y a cualquier innovación posterior durante el uso del material. Será importante determinar el alcance de los derechos de todas las partes. ¿Hasta dónde deberían extenderse estos derechos? Si hay productos comerciales secundarios, ¿cuáles son los derechos del país proveedor con relación a éstos? Estos interrogantes vuelven a conducir al concepto de derivación directa y deben ser compatibles con las disposiciones de la legislación de protección de variedades vegetales. (Véase Tema 3, Sección 2, Artículo 5, ‘Variedades esencialmente derivadas’, más adelante).

Elemento 13: El recolector tiene bastante probabilidad de interactuar con una variedad de grupos, incluyendo instituciones nacionales de investigación, académicos, organismos gubernamentales, organizaciones de la sociedad civil y comunidades locales. La actividad de recolección brindará oportunidades para que los nacionales se involucren en dicha actividad, y en qué calidad lo hacen y demás condiciones, es un asunto que debe presentarse en la solicitud.

Elemento 15: Este elemento considera *inter alia* una preocupación sobre la bioseguridad relacionada con el movimiento de materiales biológicos hacia áreas donde no son endémicos.

Artículo 8: Condiciones para la concesión de acceso

Opción 0

ninguna disposición [i.e., no hay términos obligatorios que los solicitantes deban aceptar para obtener acceso]

Opción 1

El acceso será otorgado si se satisfacen los siguientes requisitos mínimos:

Elemento 1

la comunidad indígena y/o local o la persona en cuestión deben haber otorgado el consentimiento informado previo

Elemento 2

el solicitante acepta someterse a un límite sobre la cantidad, y sobre las

especificaciones acerca de la calidad, del recurso biológico que el recolector obtendrá y/o exportará

Elemento 3

el solicitante garantiza a la autoridad competente y, si así se requiere, a las organizaciones comunitarias locales, el depósito de duplicados de cada espécimen del recurso o el registro de los datos sobre la innovación o el conocimiento comunitario obtenido

Elemento 4

el solicitante acepta brindar información a la autoridad competente y a la comunidad local involucrada sobre los resultados de la investigación y el desarrollo del recurso

Elemento 5

el solicitante acepta no transferir los recursos a los que accedió, ni sus derivados o información asociada, a una tercera parte, sin la autorización de la autoridad competente y de la comunidad local involucrada [a menos que la tercera parte acepte cumplir las condiciones originalmente aceptadas por el solicitante]

Elemento 6

el solicitante acepta obtener el permiso de la parte legitimada para concederlo antes de solicitar [una patente] [derechos de propiedad intelectual] relacionados con los recursos biológicos o cualquier tipo de derivados, o una patente relacionada con una invención basada en la información asociada prevista por la Ley

Elemento 7

el solicitante acepta las condiciones de reparto de beneficios negociados en conformidad con el Artículo 9, 'Condiciones para el reparto de beneficios'

Elemento 8

el solicitante acepta presentar con regularidad a la autoridad competente un informe sobre el estado de la investigación y el desarrollo del recurso en cuestión y, en los casos en que el recurso biológico sea recolectado en grandes cantidades, sobre el estado ecológico de las áreas

Elemento 9

para no incrementar el riesgo de erosión genética, la adquisición de germoplasma no debe agotar las poblaciones de reserva para cultivo de los agricultores ni de especies silvestres, y tampoco retirar una variación genética significativa del banco local de germoplasma

Elemento 10

el solicitante acepta llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental

Elemento 11

el solicitante acepta acatar las leyes relevantes del país y respetar las costumbres, tradiciones y valores locales y los derechos de propiedad, y ha demostrado un sentido de gratitud hacia las comunidades indígenas y/o locales, en especial si se hará uso del conocimiento local sobre las características y el valor del germoplasma. Hasta donde sea viable, los solicitantes deberán responder a sus pedidos de información, germoplasma y asistencia

Elemento 12

el solicitante acepta informar a las comunidades locales y a los agricultores interesados sobre la forma y el lugar en que pueden pedir y obtener muestras del germoplasma recolectado. Si se lo solicitan, el recolector les entregará un duplicado de las muestras

Elemento 13

cuando se recolecta germoplasma, el recolector sistemáticamente registra los datos de pasaporte y describe en detalle la población de las plantas, su diversidad, hábitat y ecología, para suministrar a los curadores y usuarios del germoplasma una idea general sobre su contexto original. Con este propósito, el conocimiento local sobre los recursos (incluyendo observaciones sobre adaptación ambiental y métodos y tecnologías locales de preparación y utilización de la planta) también deberá ser documentado; las fotografías pueden ser de valor especial

Elemento 14

el solicitante acepta poner a disposición y para uso local, sin restricciones [a un nivel acordado por el recolector y la autoridad competente] todas las tecnologías derivadas del material recolectado en este país

Elemento 15

además de todos los requisitos, la autoridad [competente] que otorga el acceso [y la comunidad o persona local] podrá, cuando fuere necesario o apropiado, exigir al recolector cumplir con requisitos adicionales

Comentario

Elemento 1: Para que la inclusión del CIP en una ley nacional sea significativa, la ley debe especificar los procesos y condiciones sustantivas mínimas bajo los cuales el consentimiento puede ser obtenido y garantizado. Estos procedimientos y condiciones sustantivas deben ir juntos para asegurar la transparencia. Por ejemplo, las leyes deben especificar cómo deben

realizarse las consultas públicas, cuánta información deben revelar los solicitantes, quién debe ser notificado sobre las solicitudes de acceso, cuándo será apropiado hacer referencia a las leyes consuetudinarias de las comunidades a las que se pide el CIP, y otros.

Elementos 5 y 6: Tratamiento de la cuestión de los derivados. En muchos casos, los investigadores están más interesados en la información genética (cubierta por ‘recursos genéticos’), en los extractos que podrían obtenerse de estos recursos o en la síntesis de sustancias obtenidas a partir del recurso, que en los recursos y las materias primas.

Elemento 6: En la mayoría de los casos, la recolección con fines comerciales incluye un solicitante que aspira a obtener una patente del material biológico o del material derivado; por lo tanto, el Elemento 6 podría desalentar las prospecciones comerciales. Los legisladores pueden optar por tratar diferencialmente los tipos de solicitudes de derechos de propiedad intelectual, por ejemplo, dado que los Derechos de los Fitomejoradores no generan tanta exclusividad como las patentes, habría menos razón para que se requiera permiso cuando se trate de solicitar esta clase de derechos. Sin embargo, otras personas creen que se debe pedir permiso para todo reclamo de propiedad sobre el material.

Artículo 9: Condiciones para el reparto de beneficios

Opción 0

ninguna disposición [i.e., no hay condiciones obligatorias para el reparto de beneficios a ser incluidas en los acuerdos]

Opción 1

El acceso será concedido si se satisfacen las siguientes condiciones mínimas para el reparto de beneficios:

Elemento 1

tarifa general [cuyo valor será fijado por una regulación detallada contenida en el estatuto]

Elemento 2

regalías sobre la posterior comercialización [cuyo valor será fijado por una regulación detallada en el estatuto]

Elemento 3

reconocimiento como socio en la propiedad intelectual obtenida sobre

derivados del material provisto

Elemento 4

acceso, libre o bajo valores concesionarios, a productos comerciales [cuyo valor será fijado por una regulación detallada bajo la autoridad de este estatuto]

Elemento 5

transferencia de tecnologías [cuyos parámetros serían identificados en una regulación detallada bajo la autoridad de este estatuto]

Elemento 6

formación/capacitación para socios locales [véase el comentario sobre usos de tecnologías relevantes, capacitación general, etc.]

Elemento 7

[otros beneficios a ser identificados en regulaciones detalladas de este estatuto]

Comentario

La principal diferencia entre la Opción 0 y la Opción 1 es que esta última incluye términos y condiciones mínimos para el reparto de beneficios que deben ser incluidos en todos los acuerdos de acceso forjados de conformidad con esta legislación. Dar un estatuto obligatorio a esas condiciones tiene la ventaja de proteger los intereses de los proveedores (sean personas, comunidades, etc.) que pueden no tener una capacidad negociadora equivalente a la de las partes solicitantes. Por otro lado, si las condiciones son demasiado exigentes, hacerlas obligatorias podría alejar a potenciales solicitantes.

Artículo 10: Revocatoria del permiso de acceso

Opción 0

ninguna disposición

Opción 1

Los permisos de acceso pueden ser revocados por la autoridad competente:

- a) cuando existe la prueba de que el recolector ha violado alguna de las disposiciones de esta Ley;
- b) cuando existe la prueba de que el recolector no ha cumplido con las condiciones del permiso de acceso; o
- c) por motivos de interés público, como protección del medio ambiente y de la diversidad biológica.

Cuarta Parte: Procedimiento de solicitud/autorización

Artículo 11: Solicitud

Presentación de una solicitud de acceso, en conformidad con el Artículo 7 ‘Solicitud del permiso de acceso’, a:

Opción 1

la autoridad competente.

Opción 2

la autoridad competente. La autoridad competente inscribirá la solicitud en un registro público y la hará circular entre todas las comunidades locales y personas interesadas.

Opción 3

la comunidad local/persona interesada.

Opción 4

la comunidad local /persona interesada. La solicitud también deberá ser enviada a la autoridad competente, que la inscribirá en un registro público.

Comentario

Las cuatro opciones en la lista corresponden a las opciones del Artículo 6, ‘Partes autorizadas a otorgar consentimiento’, comentadas anteriormente.

Artículo 12: Consultas públicas

Opción 0

ninguna disposición

Opción 1

El solicitante con relación al acceso solicitado [podrá] [deberá] mantener consultas públicas con las partes y organismos de gobierno interesados, incluyendo comunidades locales. Las consultas públicas se realizarán de modo transparente y cumplirán los requisitos de procedimiento, incluyendo información al público en un plazo razonable. El solicitante [podrá] [deberá] trabajar en consulta con dirigentes de las comunidades locales para escoger un sitio para la audiencia, elaborar una agenda, y para copresidir reuniones de consulta en las instancias en que los recursos de la comunidad son el objeto de la solicitud. Cualquier persona podrá participar en las reuniones

de consulta y a todas deberá brindarse la oportunidad de expresar sus puntos de vista.

Comentario

Se sugiere que los países estipulen requisitos específicos para las consultas públicas. Al igual que en el caso del consentimiento de las comunidades indígenas y locales, estos requisitos deben asegurar la transparencia y el cumplimiento del procedimiento dispuesto. Los países deben incluir requisitos sobre cómo debe darse la información pública y previa, la naturaleza de la información que debe presentarse, los mecanismos de divulgación de dicha información, los lapsos para que esa información pública sea eficaz, las lenguas en que se brindará la información y las consultas realizadas, así como también en qué circunstancias serán necesarias las consultas públicas. Los procedimientos exigidos deberán mantener el equilibrio entre el interés público en la transparencia y la posibilidad de que muchas partes aspirantes al acceso no quieran revelar demasiado sobre su trabajo para proteger su ventaja en el mercado. De nuevo la existencia de disposiciones demasiado complejas podría alejar a los solicitantes.

Artículo 13: Plazos para las decisiones

Opción 0

ninguna disposición [i.e., ningún límite temporal]

Opción 1

La autoridad competente deberá acusar recibo de la solicitud en [plazo], y deberá tomar una decisión en [plazo] a partir de la fecha en que fue recibida la solicitud.

Comentario

Opción 0: Exime a las partes de la obligación de responder a las solicitudes de acceso. La falta de estas obligaciones podría ir contra los intereses del país, al crear una reputación nacional de ineficiencia. Si las personas o comunidades tuvieran la autoridad de decidir sobre las solicitudes (sin intervención del gobierno), entonces la obligación de responder sería inapropiada. En este caso, quizás las personas y las comunidades deberían tener la libertad de ignorar la solicitud.

Opción 1: Exige a las partes responder a las solicitudes y fija plazos específicos. Es posible definir para las partes gubernamentales la obligación positiva de responder, pero no extender esa obligación a comunidades o personas privadas.

Quinta Parte: Procesos civiles y penales

Artículo 14: Procesos civiles y penales

Sería prematuro dar un análisis pormenorizado de posibles delitos, defensas y recursos de apelación a partir de las opciones de la Primera a la Cuarta Parte. Para dar una noción de la forma en que pueden considerarse estos importantes temas en una ley nacional de acceso, presentamos la siguiente breve discusión.

Párrafo 1: Delitos; causales de acción legal; intervenciones sobre la propiedad intelectual

Comentario

Las opciones de leyes de acceso presentadas de la Primera a la Cuarta Parte sientan las bases para la definición de numerosas causas civiles de acción legal y delitos penales. Quizás el delito más obvio emergente de estas disposiciones sea el de usar conscientemente material biológico objeto de la legislación (Artículo 2) con fines no permitidos (Artículo 3), sin antes obtener el permiso de las autoridades que lo otorgan (Artículos 6 y 7). Otro ejemplo, basado en requisitos de procedimiento (Artículo 7), sería el acto de engañar voluntariamente a una comunidad con relación a los detalles incluidos en la solicitud de acceso. Estos dos actos podrían definirse como causales de responsabilidad civil o penal.

Muchas de las disposiciones de este conjunto de leyes de acceso podrían trabajar en conexión con disposiciones de otras opciones normativas que el Grupo *Crucible* cita en este tomo. Por ejemplo, las opciones legislativas sobre: (a) patentes para innovaciones biológicas, y (b) Derechos de los Fitomejoradores, que incluyen disposiciones que evitan que las partes obtengan derechos de propiedad intelectual sobre cosas derivadas de material biológico no recolectado en cumplimiento de las leyes nacionales de acceso. (Véase Tema 3, Sección 2, Artículos 12 y 13 y Tema 3, Sección 3, Artículo 19, respectivamente).

Una limitación muy seria en la capacidad de hacer cumplir las normas es que los infractores, siendo extranjeros, quedarían fuera de la jurisdicción legal nacional, a menos que fueran detenidos cometiendo actos ilícitos en el territorio del país que implementa la ley. En consecuencia, la aplicación de estas normas dependería de los acuerdos internacionales sobre las acciones judiciales en demandas civiles y casos de extradición.

Párrafo 2: Defensas

Comentario

Las opciones de las Partes Primera a Cuarta también sirven de base a los

procedimientos de defensa ante acusaciones de conducta inapropiada de los solicitantes de acceso. Por ejemplo, en respuesta a una acusación de haber obtenido conscientemente material en violación de las disposiciones nacionales de acceso, un abogado defensor alegaría que el material en cuestión estaba exento de la aplicación de la ley, en virtud de excepciones como las indicadas anteriormente en el Artículo 3.

Párrafo 3: Correctivos

Comentario

La gama de posibles correctivos es muy amplia. En parte, el correctivo depende del organismo que arbitra el caso y, en teoría, los correctivos podrían incluir prohibiciones de nuevas recolecciones, compensaciones, multas, restitución, libertad condicional o períodos a prueba, períodos en prisión y/o la negación o revocatoria de patentes o protección de variedades vegetales.

Párrafo 4: Foros administrativos y judiciales

Comentario

Dependiendo del recurso que se presente, las partes ofendidas podrán acudir en busca de audiencia judicial para sus casos a determinada instancia. Por ejemplo, si quisieran impedir que el presunto infractor obtenga protección de propiedad intelectual para innovaciones o variedades vegetales derivadas de usos no autorizados de recursos biológicos cubiertos por las leyes nacionales de acceso, se someterían a la oficina de patentes o a la oficina de Derechos de los Fitomejoradores en la jurisdicción en que el presunto infractor intentaba obtener derechos de propiedad intelectual. Sin duda, el éxito del procedimiento dependerá de la naturaleza de las disposiciones de las leyes de protección de variedades vegetales y de patentes de esa jurisdicción. Además, requeriría la inclusión de disposiciones como las mencionadas en el Tema 3, Sección 2, Artículos 12 y 13 y en el Tema 3, Sección 3, Artículo 19.

Cuando una parte agraviada quiera compeler a otra, para que suspenda una recolección no autorizada, restituya las ganancias perdidas o aplique otros correctivos civiles, se presentarán ante jurisdicciones civiles. Si procuran llevar su acción a la jurisdicción donde tuvo lugar la recolección o a la jurisdicción de residencia del supuesto infractor, dependerá de varios factores, entre ellos acuerdos de reciprocidad de los países involucrados, la legislación de cada país y acuerdos previos entre las partes sobre la elección de jurisdicción en el caso de un juicio legal, así como los principios vigentes sobre conflictos internacionales de leyes.

Si la ley de acceso crea delitos penales o cuasi penales, la parte agraviada podría llevar la presunta ofensa ante las autoridades estatales. Entonces el Estado podrá decidir si entabla una acción judicial por el caso.

Alternativamente, el gobierno podría crear un tribunal especializado para atender reclamos relacionados con temas de acceso.

Sexta Parte: Autoridad competente

Artículo 15: Designación de la autoridad competente

Opción 0

ninguna disposición [i.e., no es necesario un órgano administrativo]

Opción 1

Los deberes administrativos asociados con las obligaciones establecidas por esta Ley deben ser asumidos por [nombre del ministerio].

Opción 2

Debe crearse un nuevo organismo administrativo, al que esta Ley se refiere como 'autoridad competente'. Este organismo estará integrado por participantes relevantes, incluyendo:

Elemento 1

representantes de varios ministerios relacionados

Elemento 2

representantes de organizaciones de la sociedad civil

Elemento 3

representantes de comunidades locales y/o indígenas

Comentario

La ventaja de ubicar en un ministerio a la autoridad que hará cumplir una ley de acceso es que habrá una autoridad clara y responsabilidades definidas. Sin embargo, la naturaleza de la actividad regulada requerirá la acción coordinada de diversos organismos, como los Ministerios de Medio Ambiente, Recursos Naturales, Agricultura, Salud y los organismos a cargo de aduanas y asuntos de los pueblos indígenas. Las representaciones de la comunidad y de la sociedad civil también son importantes para hacer funcionar la ley y contribuir a su transparencia. Por este motivo, un mecanismo interministerial y multisectorial puede resultar más efectivo.

Tema 2

Opciones para leyes nacionales de protección del conocimiento indígena y local en materia de recursos biológicos

Índice

Sección 1: Introducción	35
Sección 2: Revisión de las opciones para políticas nacionales de tratamiento del conocimiento indígena y local en materia de recursos biológicos	43
Sección 3: Opciones para leyes <i>sui generis</i> de propiedad intelectual sobre el conocimiento indígena y local en materia de recursos biológicos	59

Sección 1

Introducción

A. Fundamentos básicos sobre un régimen de protección del conocimiento indígena y local

A continuación presentamos los cuatro argumentos más usuales a la hora de fundamentar la elaboración de leyes nacionales para proteger, promover y conservar el conocimiento indígena y local. Dado que ninguno de ellos excluye a los otros, pueden analizarse en forma conjunta para contar con una justificación sólida, que sirva de base al desarrollo de una variedad de políticas normativas para la protección del conocimiento indígena y local. Si bien no todos los miembros del Grupo *Crucible* suscriben con igual entusiasmo cada uno de estos argumentos, esta discordancia no es de gran importancia, ya que sólo esbozamos aquí las grandes líneas del estado actual de la discusión sobre el tema.

A.1 Autodeterminación/derechos humanos de los pueblos indígenas y locales

Los pueblos indígenas (y las organizaciones comunitarias locales, éstas en menor medida) han expresado, a través de numerosos instrumentos y declaraciones, que la búsqueda de la autodeterminación es la razón más importante para intervenir en las discusiones sobre los mecanismos para proteger su conocimiento. Su conocimiento colectivo es, después de todo, un elemento clave de su existencia cultural distinta, autodeterminada y autoidentificada.

Como veremos más adelante, algunos enfoques sobre la protección del conocimiento indígena y local se basan en el principio de autodeterminación de los pueblos indígenas. Una estrategia de protección del conocimiento complementaria al objetivo de lograr la autodeterminación sería el fortalecimiento de las leyes consuetudinarias indígenas que regulan el uso y la divulgación de su propio conocimiento y de los mecanismos para el cumplimiento de esas leyes en el marco más amplio de la comunidad nacional. De esta manera, al ser reconocidas las formas consuetudinarias de protección de los tenedores del conocimiento, se reconocidos y fortalecidos los sistemas de gestión del conocimiento de los pueblos indígenas. Otro ejemplo sería el reconocimiento formal del derecho de las comunidades indígenas y locales a determinar todas las estrategias de uso y conservación de los recursos naturales en las tierras que ocupan, ya que esta perspectiva reafirmaría la importancia de su conocimiento sobre el uso de los recursos biológicos y aseguraría su uso de forma dinámica.

Algunos críticos alegan que objetivos políticos como la autodeterminación deberían quedar excluidos de las agendas de los legisladores nacionales cuando se analizan opciones para la creación de leyes nacionales sobre el conocimiento indígena y local.

A.2 Usos juntos

Otra razón adicional en favor de la promoción, protección y conservación del conocimiento indígena y local es que está siendo utilizado por partes no indígenas y no locales de manera injusta e indeseable, y que es necesaria la existencia de una legislación nacional adecuada para impedir que esas partes tomen, usen y reproduzcan el conocimiento indígena y local sin un permiso previo.

El asunto del uso inequitativo e injusto del conocimiento indígena tiene dos acepciones: la primera se refiere al conocimiento con valor comercial, y aquí la pretensión de los pueblos indígenas y locales sería poder contar con leyes que obligaran a los usuarios de su conocimiento a entregarles alguna forma de compensación. La segunda acepción se refiere al conocimiento sensible y sagrado, y en este caso el problema no es la remuneración por el uso que otros hagan de ese conocimiento, sino que estos pueblos se preocupan por el efecto de secularización de largo plazo que podría tener sobre sus culturas la divulgación indiscriminada del conocimiento sagrado. En este caso, los pueblos indígenas y locales quisieran tener una ley que les otorgara el poder de prohibir, o de fijar condiciones para, la reproducción de este conocimiento ya sea con valor comercial o no.

A.3 Prevenir la pérdida de conocimiento

Es importante proteger, promover y conservar el conocimiento indígena y local porque está desapareciendo aceleradamente, y esta desaparición tiene causas relacionadas entre sí: la erradicación de las culturas y poblaciones indígenas, y el perfil relativamente bajo del conocimiento indígena y local frente al llamado conocimiento científico, la influencia cada vez menor de los ancianos en las comunidades indígenas y locales, entre otras. Por lo tanto, son necesarias políticas que revaloricen el conocimiento de las comunidades indígenas y locales, dentro y fuera de ellas, y que realicen la importancia del uso práctico y de la divulgación de ese conocimiento (antes e independientemente de la cuestión de quién podría disfrutar de los beneficios que puedan surgir del uso de ese conocimiento).

A.4 Conservación de la biodiversidad

Otra razón ampliamente considerada para la promoción, protección y conservación del conocimiento indígena y local en materia de recursos

biológicos es su importancia para la seguridad ambiental y alimentaria globales. Esta posición se basa en que las poblaciones que viven cerca de ecosistemas locales y que dependen de ellos para su supervivencia, utilizan los recursos naturales de maneras que aseguran su conservación (y en el caso de los recursos genéticos, en formas que promueven la diversidad genética y la variación al interior de las especies). Por lo tanto, la conservación, promoción y protección del conocimiento de los pueblos indígenas y locales en materia de recursos biológicos es de interés general.

Durante los últimos años se ha producido una cantidad considerable de estudios y datos científicos reforzando el tema según el cual la gestión y las prácticas administrativas de muchas culturas indígenas y locales sobre los recursos naturales son más sustentables desde la perspectiva ambiental que las de las culturas predominantes. Sin embargo, hay excepciones a esta regla y muchos no están del todo convencidos sobre la exactitud histórica o el valor del paradigma indígena/ambiental. Algunos podrían argüir que es demasiado simplista el punto de vista de que a lo largo de la historia, y en todo el planeta, los pueblos indígenas y las comunidades locales han sido ambientalistas, y por consiguiente poseen, más que nadie, una cultura y un conocimiento respetuoso de la sustentabilidad de los recursos biológicos. Estas críticas alegan que el movimiento para proteger el conocimiento indígena y local tiene más que ver con la política que con las consecuencias lógicas de las preocupaciones ambientales universales.

B. Fuentes legales de la obligación de dar un trato especial al conocimiento indígena y local

B.1 Legislación internacional

La obligación legal de colocar como eje de las políticas y los esfuerzos legislativos nacionales el conocimiento indígena y local tiene muchas fuentes. Por ejemplo, en la legislación ambiental internacional, el Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB) exige a los signatarios "respetar, preservar y mantener el conocimiento ... de pueblos indígenas y locales". En conformidad con ese acuerdo, la Cuarta Conferencia de las Partes del Convenio sobre Diversidad Biológica (COP-CDB) decidió, en mayo de 1998, crear un grupo de trabajo *ad hoc* abierto para aconsejar a las Partes con respecto al "desarrollo de formas legales y otras formas apropiadas de protección del conocimiento ... de comunidades indígenas y locales". En mayo de 2000, la Quinta Conferencia de las Partes extendió el mandato de este grupo de trabajo y ordenó tomar medidas conducentes al desarrollo de parámetros para esos regímenes legales. La Convención de las Naciones

Unidas de Lucha contra la Desertificación (CCD) urge a los países a "proteger, promover y utilizar ... tecnología, conocimiento y prácticas tradicionales y locales ...". Asimismo, numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos abordan el tema del conocimiento indígena y local. El Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas (que aún no es Instrumento Internacional, pero que representa la más alta expresión de las aspiraciones indígenas en un foro intergubernamental) establece que los pueblos indígenas "tienen el derecho al reconocimiento de la propiedad, el control y la protección totales de su propiedad cultural e intelectual. Tienen el derecho a medidas especiales de control, desarrollo y protección de sus ciencias, tecnologías y manifestaciones culturales, incluyendo recursos genéticos humanos y de otro tipo, semillas, medicinas, conocimiento sobre las propiedades de la fauna y la flora, tradiciones orales, literaturas, diseños y artes visuales e interpretativas". La proyectada Declaración Interamericana de los Derechos de los Pueblos Indígenas incluye obligaciones similares sobre el derecho de los pueblos indígenas "a medidas especiales de control, desarrollo y protección, y a la compensación total por el uso de sus ciencias y tecnologías".

Otras fuentes legales internacionales, aunque no mencionan en forma explícita el conocimiento indígena y local, indudablemente se muestran de acuerdo con la idea de que los países tienen la obligación de introducir políticas en materia de conocimiento indígena y local. Por ejemplo, el Convenio Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESR, su sigla en inglés) incluye el derecho al desarrollo y la difusión de la ciencia y la cultura. En armonía con esta convención, los estados están obligados a fijar medidas para el disfrute de la herencia cultural de los pueblos indígenas. El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT 169), en su Artículo 2, urge a los signatarios a promover "el desarrollo total de los derechos sociales, económicos y culturales de [los pueblos indígenas y tribales] en lo que respecta a su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones". Dados los riesgos de extinción cultural descritos en el primer tomo⁸ de *Siembra de Soluciones* y la importancia de la protección del conocimiento indígena y local para la preservación de la diversidad cultural, la norma internacional de derechos humanos que establece el respeto de la integridad cultural está siendo violada por la actual falta total de protección en este sentido. En julio de 2000, el ECOSOC aprobó la Resolución 2000/87 de su Comisión de Derechos Humanos que crea un Foro Permanente de Temas Indígenas. Este cuerpo de la ONU coordinará y contribuirá a unificar los esfuerzos de los pueblos indígenas en el ámbito del foro mundial para abordar diversos asuntos, entre ellos los derechos culturales, económicos, ambientales y el desarrollo de los pueblos indígenas. Sin lugar a dudas, las ventajas de este nuevo organismo serán

utilizadas para incidir en el desarrollo de normas de protección del conocimiento indígena.

B.2 Legislación nacional

Hay leyes nacionales que promueven la protección del conocimiento indígena, local o tradicional. Por ejemplo, la Ley de Gestión y Coordinación Ambiental de Kenia, de 1999, llama a la integración entre el conocimiento tradicional y el conocimiento científico predominante en la gestión de los recursos naturales. La Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas de Filipinas, en una sección titulada 'Derecho a Sistemas y Prácticas del Conocimiento Indígena y a Desarrollar Ciencias y Tecnologías', establece: "[Las comunidades culturales indígenas y los pueblos indígenas] tienen derecho al total reconocimiento de la propiedad y al control y la protección de sus derechos culturales e intelectuales. Tienen derecho a medidas especiales para controlar, desarrollar y proteger sus ciencias, tecnologías y manifestaciones culturales, incluyendo los recursos genéticos humanos y de otro tipo, semillas, los derivados de estos recursos, las medicinas tradicionales, las plantas medicinales vitales, animales y minerales, los sistemas y prácticas de conocimiento, sobre las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, la literatura, los diseños y las artes visuales e interpretativas". (Ninguna de estas leyes proporciona cláusulas legales técnicas que instituyan los medios para que ese conocimiento sea realmente protegido). El proyecto de ley sobre protección de variedades vegetales de Tailandia extendería la protección de la propiedad intelectual a las variedades vegetales de cultivo de los agricultores locales (lo que constituye una manifestación muy específica del conocimiento local).

Varios países tienen o están desarrollando legislación nacional de acceso que obliga a las partes solicitantes de acceso a obtener el consentimiento informado previo (CIP) de las comunidades indígenas y locales, antes de que puedan obtener recursos o conocimiento asociado a esos recursos ubicados en sus tierras. Aunque estas leyes no crean *per se* protecciones de propiedad intelectual para el conocimiento indígena y local, constituyen esfuerzos legales para conferir derechos de control a las comunidades indígenas y locales. Existe muy poca distancia conceptual o justificativa entre la creación de leyes de acceso que incluyan disposiciones sobre CIP para comunidades indígenas y locales y la creación de normas protectoras sobre la propiedad intelectual en su beneficio.

Finalmente, hay ejemplos de leyes nacionales que admiten en forma implícita el valor del conocimiento indígena y local. La Ley de Evaluación Ambiental de Canadá reconoce el valor de tener en consideración el conocimiento tradicional al efectuar evaluaciones ambientales. La Unión Europea está desarrollando políticas para preservar formas particulares de cultivos tradicionales. Es relativamente predecible y justificable que se pase

del reconocimiento del valor del conocimiento al reconocimiento de la necesidad de protegerlo.

B.3 Leyes consuetudinarias internacionales

Los pueblos indígenas y locales presentan periódicamente reclamos de protección de su conocimiento en los foros políticos internacionales. Las Declaraciones de Pueblos como la Declaración Mataatua sobre Derechos Culturales y de Propiedad Intelectual de los Pueblos Indígenas, la Declaración Kari-Oca y la Carta de la Tierra de los Pueblos Indígenas exhortan a elaborar leyes nacionales que 'controlen' el conocimiento indígena y local y 'lo protejan de la explotación', y que reconozcan la 'propiedad' colectiva comunitaria del conocimiento indígena. Aunque sea discutible, estas declaraciones, junto a las conferencias de la ONU, los tratados internacionales y las tendencias en la redacción de legislaciones locales, conforman una obligación legal consuetudinaria internacional de protección del conocimiento indígena y local.

B.4 Imprecisiones legales

Las obligaciones o demandas de estas diversas fuentes no siempre son las mismas. Las palabras *respetar*, *preservar*, *mantener*, *proteger*, *controlar*, *utilizar* y *poseer*, tienen todos significados diferentes. Ninguno de estos términos se define en el CDB ni en la CCD, y tampoco en alguna de las declaraciones relevantes de los pueblos indígenas. Muchas personas que trabajan en este campo adoptaron el término *proteger* como una palabra representativa de esta "bolsa" en que se acumulan términos diversos. Sin embargo, cuando se las presiona para que definan el significado de *proteger*, generalmente caen en los otros términos disponibles: *promover*, *respetar*, *utilizar*, *poseer*, *conservar*, y demás.

Tampoco hay una definición aceptada de 'conocimiento indígena y local'. Una de las dificultades al intentar definir el conocimiento indígena y local es que constituye un blanco móvil. Como conocimiento que está en permanente cambio, elude la fácil captura por medios legales. El conocimiento indígena y local no es un 'cuerpo de conocimiento' *per se*. No existe como un conjunto coherente y unificado de información, creencias y prácticas que se distribuye de forma pareja y general entre todos los pueblos indígenas y locales del mundo. En cambio, está muy fragmentado y desigualmente distribuido entre los pueblos en diferentes continentes, diferentes comunidades y grupos diferentes dentro de las comunidades (p.ej., concentrado en las mujeres, sociedades secretas y sanadores).

A menudo, el conocimiento está sujeto a situaciones competitivas dentro de las comunidades y entre ellas, con el resultado de que el más alto ypreciado conocimiento es el que se desarrolla por, o está en manos de, los miembros más poderosos de esas comunidades. El ritmo de adquisición y

transmisión del conocimiento es altamente variable y sufre la influencia de numerosos factores. Por ejemplo, los miembros de una comunidad que viajan con frecuencia participan en forma diferente a los sistemas de conocimiento que los que permanecen en ella. En algunas comunidades, los hombres pastorean el ganado a cincuenta kilómetros de distancia, mientras las mujeres se quedan en el centro geográfico de su comunidad. De modo similar, los adolescentes pueden dejar la comunidad para hacer trabajo asalariado y regresar con ideas diferentes.

Algunas de las políticas que estudiamos aquí demandan una definición más precisa de conocimiento indígena y local. Por ejemplo, las leyes de propiedad intelectual del conocimiento indígena y local probablemente requieran el más alto grado de precisión en la definición. Este requisito es uno de los mayores desafíos en el intento de crear leyes de protección de la propiedad intelectual de este tipo de conocimiento. En muchas de las situaciones —y muchos dirían que en casi todas—, la forma, el contenido y los patrones de uso del conocimiento indígena no pueden dividirse en el tipo de piezas aculturales y de tamaño reducido para las que fueron diseñadas las leyes de propiedad intelectual. Los lectores verán que el Grupo *Crucible* lucha constantemente en medio de este debate para hacer frente al hecho de que los términos 'conocimiento indígena y local' se refieren a una serie potencialmente ilimitada de creencias, habilidades, información, prácticas y tradiciones de diversos contenidos y formas, dentro de comunidades, pueblos y coaliciones de pueblos. Un enfoque legal único no puede abarcar y proteger todas las variedades de formas de conocimiento y sabiduría que pueden ser descritas como indígenas y locales. Es necesario prestar cuidadosa atención a cada situación para determinar cuál es la acepción más adecuada a las diversas manifestaciones del conocimiento de pueblos diversos en situaciones diversas.

C. La tarea principal del Grupo Crucible: analizar las opciones para leyes y políticas nacionales

La mayor parte del trabajo del Grupo *Crucible* con relación al conocimiento indígena y local se dedica, a partir de este punto, a identificar y analizar leyes y políticas que los legisladores podrían implementar para avanzar en estas metas. Presentamos nuestro trabajo en dos secciones. La primera consiste en una revisión en la que identificamos un amplio espectro de opciones y ofrecemos una breve descripción de cada una. La segunda sección tiene como eje una de esas opciones, la protección *sui generis* de la propiedad intelectual.

¿Por qué tratamos especialmente la propiedad intelectual entre todas las opciones de la revisión? Los motivos son variados y se combinan entre sí. Primero, las protecciones de propiedad intelectual del conocimiento indígena y local son fruto de grandes discusiones. A partir de 1992 y las crecientes

interpretaciones centradas en la propiedad intelectual del Artículo 8(j) del CDB, la propiedad intelectual ha llenado las agendas de los foros comunitarios, nacionales e internacionales. En segundo lugar, aunque mucho se ha escrito sobre el tema en los últimos diez años, hay muy poco análisis técnico legal. Tercero, muchas cuestiones que surgen en el proceso de elaboración de leyes *sui generis* de propiedad intelectual sobre el conocimiento indígena y local se superponen con temas planteados al elaborar otras leyes de propiedad intelectual que los países en desarrollo debían aplicar antes de 2000, o hasta esa fecha, en cumplimiento del Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Resulta trascendente, entonces, abordar todos estos temas simultáneamente.

No pretendemos sugerir que las leyes de propiedad intelectual sean el medio más efectivo para promover, respetar y conservar el conocimiento indígena y local frente a cualquiera de las otras opciones identificadas en la revisión de la Sección 2. En efecto, las opiniones de los miembros del Grupo *Crucible* están divididas acerca de la importancia de que los gobiernos y las comunidades inviertan recursos finitos en la elaboración de leyes *sui generis* de propiedad intelectual para el conocimiento indígena y local cuando otras políticas pueden ser más efectivas y menos complicadas. A pesar de estos puntos de vista encontrados, todos los miembros del grupo coincidieron en que sería un ejercicio útil intentar desarrollar opciones para legislaciones *sui generis* de propiedad intelectual sobre ese conocimiento. Esperamos que el resultado de este ejercicio sea un conjunto de normas legales mejor definidas, que amplíen las opciones hasta ahora disponibles para los legisladores y otros actores involucrados en el tratamiento del conocimiento indígena y local. El deseo de contribuir a la transparencia en el proceso de creación de normas ha sido la motivación del Grupo *Crucible*.

Recomendaciones

- 1 A la luz de los argumentos que justifican el énfasis en el conocimiento indígena y local, los gobiernos deberían reconocer que una opción legal única no será suficiente para tratar con amplitud la protección, promoción y conservación de ese conocimiento.
- 2 Los gobiernos deberían desarrollar un conjunto integrado de opciones para políticas, basado en los principios de consulta, representación y coordinación. En particular, deberían:
 - a) examinar las políticas existentes y los organismos reguladores que afectan a los tenedores del conocimiento indígena y local;
 - b) examinar las costumbres y prácticas existentes de las comunidades indígenas y locales que influyan sobre su conocimiento; y
 - c) considerar la intercomunicación de los organismos reguladores para crear una red reguladora del conocimiento indígena y local, y la creación de un organismo centralizador que facilite esta labor.

Sección 2

Revisión de las opciones para políticas nacionales de tratamiento del conocimiento indígena y local en materia de recursos biológicos

Índice

Introducción	45
Primera Parte: Términos	45
Segunda Parte: Políticas	47

Sección 2

Revisión de las opciones para políticas nacionales de tratamiento del conocimiento indígena y local en materia de recursos biológicos

Introducción

En esta sección, el Grupo *Crucible* ofrece un panorama general de las políticas que los gobiernos nacionales podrían utilizar (y en algunos casos ya utilizan) para promover, preservar, fortalecer, proteger y usar el conocimiento indígena y local. Aunque nos concentramos en la legislación nacional, destacamos aquellas instancias en que una acción internacional coordinada podría hacer más efectivas esas opciones nacionales.

Primera Parte: Términos

Indígena vs. local

Muchos pueblos indígenas señalan que el constante uso del término compuesto 'indígena y local' no reconoce el hecho de que los pueblos indígenas tienen derechos (o al menos derechos potenciales) mejor definidos que las comunidades locales en muchos convenios internacionales y leyes nacionales. Por ejemplo, a excepción de la ambigua referencia a 'local' en el Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), en la frase 'conocimiento indígena y local', los pueblos y comunidades 'locales' no han sido sujetos de tratados

internacionales. El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT 169) habla de pueblos 'tribales', además de referirse a pueblos indígenas. Los pueblos tribales pueden ser locales o pueden no serlo. El punto es que, existe un menor reconocimiento de los derechos y la existencia legal de las comunidades locales, comparado con los pueblos indígenas. Esto queda ilustrado por los últimos 17 años de actividad de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU (CDH) en torno a la creación del Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, y por la actividad de la Organización de Estados Americanos para la formulación de la Declaración Interamericana de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Además, el cuerpo de análisis académicos sobre las comunidades locales como sujetos de la ley internacional, es relativamente pequeño comparado con los estudios sobre los pueblos indígenas.

La falta de atención del derecho hacia las poblaciones 'locales' se debe en parte a que es complejo saber quién puede ser definido como tal. Una explicación común para la aparición de la palabra 'local' en el CDB y la Convención de Lucha contra la Desertificación (CCD) es que la palabra 'indígena' no sirve mucho en la historia de África y Asia para distinguir entre diferentes segmentos de una sociedad. Por lo tanto, la idea es usar la palabra 'local' para nombrar a sectores que comparten muchas de las mismas características sociales y relaciones con los órdenes socialmente dominantes de su país, tal como sucede con pueblos indígenas de Nueva Zelandia, Australia y América, pero que no necesariamente se adaptan al significado del término tal como se lo entiende en esos países. Pero también hay otras interpretaciones más generales, según las cuales una comunidad local puede ser toda comunidad que se identifique con una característica que sus miembros consideran importante. En el límite de esta perspectiva, todos y cada uno pueden ser considerados miembros de una comunidad local.

Los pueblos indígenas se preocupan por la yuxtaposición de 'indígena' y 'local' porque puede socavar y desdibujar sus derechos en el ámbito nacional y mundial. Los pueblos indígenas han luchado durante más de tres décadas para que gobiernos y organismos internacionales reconozcan sus derechos. Un elemento esencial de esta lucha es el derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación, que es consagrado por la legislación internacional.

El argumento contrario es que los pueblos indígenas no perderían nada si los legisladores sumaran los intereses de las comunidades locales a los intereses de los pueblos indígenas, ya que las consecuencias concretas dependerán por entero de la definición de 'local' que elija un estado. Una definición relativamente estrecha tendría escaso o nulo impacto sobre los derechos de las comunidades indígenas, mientras una definición amplia excluiría la posibilidad de un tratamiento preferencial.

Al menos en estos dos tomos, el Grupo *Crucible* se abstiene de emitir juicios sobre el tema. Por lo tanto, no consideraremos diferentes políticas para pueblos indígenas y comunidades locales basadas en este tipo de análisis. Es

verdad que la legislación internacional está más desarrollada en lo concerniente a los pueblos indígenas, pero esto no significa que los legisladores nacionales no debieran también tener en cuenta estas opciones para las comunidades 'locales', o al menos hacer un serio esfuerzo por estudiar varias definiciones de lo 'local'.

Conocimiento indígena y local: distintos niveles de especificidad requeridos en los diversos enfoques sobre 'protección'

En la próxima sección, en el conjunto de opciones sobre leyes *sui generis* de propiedad intelectual, gran parte del trabajo gira en torno a la capacidad de definir con precisión subconjuntos concretos de conocimiento indígena y local. Esto es necesario en el contexto de la propiedad intelectual porque, en la mayoría de los casos de leyes de propiedad intelectual (con la excepción, por ejemplo, de leyes comerciales secretas), los derechos se confieren al propietario sobre partes identificables de conocimiento y porque esos derechos pueden ser universalmente afirmados, y son oponibles, ante cualquiera y ante todos dentro de la jurisdicción. No sucede lo mismo en varias de las otras opciones presentadas en esta sección, que requieren sólo una idea general del significado del término.

Segunda Parte: Políticas

1. Políticas para asegurar la supervivencia cultural: La supervivencia de las culturas indígenas y locales es un prerrequisito para la promoción, protección, uso y conservación del conocimiento indígena y local. Esto es tan evidente que *la mayor amenaza al conocimiento indígena y local es la desaparición de los pueblos indígenas, las comunidades locales y sus culturas*⁹. Los pueblos indígenas y las comunidades locales sostienen que su conocimiento es una parte integral de su herencia cultural y de su identidad, y afirman que no tiene sentido hablar sobre la protección de su conocimiento sin reconocer su derecho a practicar, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de su cultura. Por lo tanto, la estrategia más importante que los gobiernos nacionales podrían adoptar para proteger el conocimiento indígena y local sería trabajar para eliminar las condiciones que amenazan la supervivencia de estas poblaciones dentro de sus fronteras, y establecer medidas de apoyo a su preservación cultural.

Este análisis exige que los responsables de las políticas comprendan que el conocimiento indígena y local de las comunidades es un aspecto intrínseco de la cultura, y no un fenómeno aislado y asocial.

El conocimiento y la cultura están íntimamente relacionados. La naturaleza dinámica y cambiante del conocimiento indígena y local depende

de la naturaleza dinámica y cambiante de las culturas indígenas y locales, y lo mismo sucede si invertimos los factores: el dinamismo de la cultura depende del dinamismo del conocimiento. Este es el motivo por el que las estrategias de protección del conocimiento deben orientarse al fomento de la supervivencia de las culturas indígenas y locales.

Un enfoque alternativo sería aceptar el hecho de la desaparición de los pueblos y culturas indígenas y locales y desarrollar estrategias para la conservación de su conocimiento antes de que culturas enteras o los tenedores únicos del conocimiento (p.ej., ancianos) desaparezcan. En síntesis, este enfoque privilegia la preservación *ex situ* del conocimiento, sin preocuparse por la continuidad de las comunidades que desarrollaron y nutrieron ese saber. Muchos pueblos, en particular poblaciones indígenas y locales, se sienten ofendidos por este tipo de 'etnología de salvamento' como enfoque de las políticas sobre conocimiento indígena y local. El Grupo *Crucible* las rechaza por completo.

Los miembros del Grupo observan que no todas las culturas indígenas y locales sufren el mismo tipo de presión, y que en los últimos años muchos países han adoptado políticas que estimulan la supervivencia cultural indígena. No obstante, la realidad indica que continúan desapareciendo culturas indígenas y pueblos indígenas en todo el planeta.

En repetidas ocasiones, los pueblos indígenas han señalado que para sobrevivir culturalmente dentro de las fronteras de los estados existentes, necesitan: (a) la tenencia segura de la tierra¹⁰, (b) la jurisdicción para gobernar una porción suficiente de sus propias vidas culturales colectivas, de modo de mantener su distintiva identidad cultural, y (c) acceso al crédito y servicios sociales. No compete ni corresponde al Grupo *Crucible* entrar en el análisis de cuánta tierra, qué potestades de autogobierno y qué niveles de servicios requieren las comunidades indígenas y locales para mantener sus propias culturas. Tampoco nos compete analizar los variados factores dentro de cada país y/o en el ámbito internacional que contribuyen a la desaparición de las culturas indígenas y locales. Por lo tanto, debemos contentarnos con destacar un punto simple: la supervivencia cultural de las comunidades indígenas y locales es fundamental para la promoción, protección, uso y conservación de sus sistemas de conocimiento. Niveles mínimos de seguridad en la tenencia de la tierra, de autogobierno y de respaldo social son prerequisites para su supervivencia cultural.

2. Políticas para incluir a los tenedores del conocimiento indígena y local en la gestión de los recursos biológicos: La promoción, mantenimiento, protección y respeto del conocimiento indígena y local sobre los recursos biológicos (o cualquier asunto, para ese propósito) depende de que ese conocimiento se utilice en la actualidad. Si no es así, el conocimiento es ignorado, subvalorado y marginado. Por lo tanto, es importante incluir a los tenedores del conocimiento indígena y local en las decisiones sobre el uso de

los recursos. Este tratamiento del conocimiento generará respeto por el mismo y creará incentivos para que los pueblos indígenas y locales lo continúen desarrollando y utilizando.

Ofrecemos una lista breve de cinco posibles políticas nacionales para promover ese uso. Aunque no es exhaustiva, esta lista ofrece un marco de análisis para ayudar a los legisladores a pensar sobre el tema. En el ámbito de las leyes nacionales, las opciones incluyen una gama de políticas de menor a mayor grado de inclusión y participación.

- a) Los gobiernos no otorgarían derechos adicionales a los pueblos indígenas y locales, para que participen en los mecanismos de decisión sobre la gestión ambiental y de recursos, si éstos superan los derechos garantizados a todos los individuos. Limitar de esta forma los derechos de los pueblos indígenas y de las comunidades locales —sin reconocerlos como titulares de derechos de gestión colectiva como comunidades o pueblos— les negaría la expresión participativa de su existencia colectiva en la esfera política. (Además, podría violar normas internacionales de derechos humanos.).

Muchos países tienen programas (o instancias dentro de la estructura del Estado) que, hasta cierto punto, reconocen los derechos de gestión colectiva de los pueblos indígenas y/o locales sobre ciertos territorios. Por lo tanto, esta opción está por debajo de las ya existentes.

- b) Los gobiernos podrían incluir a los tenedores del conocimiento indígena y local en un determinado porcentaje de proyectos de investigación de financiación pública relativos a la gestión de los recursos naturales. Los pueblos indígenas y locales podrían ser incluidos como investigadores, investigadores asociados, sujetos de estudio y otros. (Por ejemplo, la agricultura sustentable es uno de los temas clave de investigación del Programa de Calidad de Vida y Gestión de los Recursos Vivos de la Comisión Europea bajo el V Programa Marco. Dentro de este programa, los investigadores europeos pueden tener socios de países en desarrollo. Sería un logro modesto, pero útil, expandir los términos de referencia del programa e incluir la relevancia del conocimiento indígena y local para la agricultura sustentable).
- c) Los gobiernos podrían estipular la inclusión de los tenedores de conocimiento indígena y local en las comisiones de cogestión reguladoras de prácticas y servicios en tierras o comunidades designadas. Estas comunidades podrían tomar decisiones sobre recursos biológicos, medio ambiente, recursos naturales, planificación del uso de la tierra, pesca y océanos, agricultura, salud o cualquier otro sector. Existen buenos y malos ejemplos de esquemas de cogestión entre pueblos indígenas y comunidades locales que viven en áreas protegidas y organismos del gobierno. Aunque está fuera del alcance de este tomo adentrarse en este tipo de análisis, valdría la pena examinar los patrones de uso y proliferación del conocimiento indígena en esos programas.

d) Los gobiernos podrían establecer que los tenedores del conocimiento indígena y local tienen derecho a participar en las agendas de formulación de políticas y de investigación que repercuten sobre los recursos biológicos, el medio ambiente, los recursos naturales, la planificación del uso de la tierra, la pesca y los océanos, la agricultura, la salud u otras actividades del país. Su participación en estos procesos adoptaría varias formas, desde simples presentaciones, hasta la votación para la adopción de políticas en los foros pertinentes.

Este tipo de política amplía el derecho establecido en la opción inmediatamente precedente. Aquí los pueblos indígenas y locales podrían tener el derecho de participar en las decisiones y confección de políticas nacionales, sobre un espectro de tierras y recursos más amplio que las tierras específicas a las que se vinculan los intereses de sus comunidades. Por ejemplo, los representantes indígenas y locales podrían tener posiciones permanentes en comisiones y juntas de ministerios gubernamentales, y en instituciones académicas de los que surgen las políticas. Se les puede otorgar posiciones de representancia en comités de gobierno *ad hoc* y permanentes.

e) Los gobiernos, cuando se trata de recursos naturales, podrían transferir a los pueblos indígenas y locales el poder político para gobernar sus propios asuntos con respecto a todos o cualquier combinación de los sectores enumerados más arriba.

En estas cinco opciones, el énfasis no está en tratar a los pueblos indígenas y locales de la misma manera que al resto de la población nacional; la idea es tratarlos en forma diferente —para reconocer la especial naturaleza colectiva de su cultura y su conocimiento—, y garantizarles derechos colectivos especiales de participación, como una expresión de ese reconocimiento. Todas estas opciones podrían implementarse de diversas maneras.

3. Políticas de investigación: Los gobiernos podrían adoptar políticas para estimular la investigación sobre el conocimiento indígena y local. Esta investigación incluiría estudios sobre el contenido y la forma del conocimiento indígena y local en materia de recursos biológicos, las condiciones de su generación y desaparición, el estado de las tecnologías comunitarias, el papel de la gestión consuetudinaria del conocimiento en la vida y las relaciones comunitarias, la forma como las comunidades abordan la interacción y la posible sinergia entre el conocimiento consuetudinario y el conocimiento alternativo 'externo', y las formas en que los conocimientos —el indígena, el local y el 'externo'— pueden ser mejorados o adaptados a las necesidades tanto de las comunidades locales como del resto del mundo.

Esta investigación podría ser dirigida por comunidades indígenas y locales o en asociación con otros sectores dedicados a la investigación (p.ej., en los sectores privado y público). Ejemplos de esta investigación conjunta serían la

participación en la mejora de plantas y los acuerdos entre universidades y el sector privado para estudios conjuntos sobre el uso medicinal de plantas y la atención de la salud. En las investigaciones conjuntas existe el peligro de que los pueblos indígenas y locales sean llamados a participar cuando las condiciones de la investigación ya estén fijadas. Una posible estrategia de largo plazo para enfrentar este fenómeno sería que el gobierno identificara esta posibilidad dentro de una agenda más amplia para la investigación y ofreciera asistencia financiera con ese fin, a la vez que estableciera como condición que los miembros de las comunidades indígenas y locales estuvieran al frente en la investigación conjunta auspiciada por ese programa de financiación. En todos los casos, las políticas de investigación deberían incluir oportunidades para que las comunidades obtengan el crédito, el respaldo tecnológico y la capacidad necesarios para emprender la investigación. Las actividades conjuntas de investigación deben involucrar a la comunidad local tanto como sea posible. Una alternativa a la inversión directa en la investigación sería eximir del pago de impuestos a las instituciones investigadoras que colaboren con miembros de comunidades indígenas y locales.

Las políticas de investigación de los gobiernos siempre deben reflejar una cierta valoración por la naturaleza *in situ* de la investigación local e indígena. Por ejemplo, los ciclos de producción de alimentos y la mejora de plantas de agricultores indígenas y locales ocurren en forma simultánea y están íntimamente ligados en un proceso dinámico de siembra, cosecha, selección de semillas para la siembra siguiente, y demás. Las pruebas hechas en los campos de cultivo para las semillas mejoradas del año pasado también son las fuentes del alimento de este año. Análogamente, los usos que las comunidades indígenas y locales hacen de las plantas no cultivadas con fines medicinales están ligados a la forma en que se conservan y protegen esas plantas. Con este propósito, los responsables de las políticas deberían respetar la integridad de los ecosistemas consuetudinarios locales y la necesidad de que los pueblos indígenas y locales realicen sus propias investigaciones en ese contexto.

4. Políticas para estimular transferencias de tecnología a las comunidades indígenas y locales: Los gobiernos deberían incentivar la transferencia de tecnologías a las comunidades indígenas y locales, si esta transferencia tuviera un efecto positivo sobre la forma en que su conocimiento fuera utilizado y preservado. Estas tecnologías pueden ser usadas para: (a) mejorar el sustento dentro de la comunidad (p.ej., semillas mejoradas que los agricultores locales o indígenas pueden reutilizar y con las que pueden experimentar en sus tierras para el consumo de la comunidad), o (b) desarrollar productos para consumidores externos locales o internacionales (p.ej., estudiando la forma de agregar valor a materiales biológicos suministrados a solicitantes de acceso externos). Es importante romper la dependencia de los ciclos de ganancia mínima, en los que las comunidades locales ofrecen en su forma más rústica los recursos materiales asociados con

su conocimiento. Las tecnologías que facilitan el desarrollo de los recursos biológicos dentro de las comunidades podrían incluir constructivamente el conocimiento indígena y local, y crear oportunidades para la expansión de ese conocimiento.

No obstante, toda política relacionada con el estímulo de la transferencia de tecnología debe seguirse con mucha atención. Quién decide qué tecnología será transferida y en qué términos, son temas que deben ser examinados con cuidado tanto desde el punto de vista del proveedor como del receptor de la tecnología.

5. Políticas para dar a las comunidades el control sobre su conocimiento:

Las comunidades pueden controlar el acceso de otras partes a sus recursos biológicos y a su conocimiento mediante una variedad de medios.

- a) **tenencia de la tierra:** Si las comunidades indígenas y locales se consideran como los detentores u ocupantes legales de las tierras en que se encuentran las plantas, animales y microbios, en ejercicio de ese derecho pueden prohibir el paso para mantener a salvo sus recursos. Pero obviamente esto no da resultados cuando los mismos recursos o el conocimiento sobre ellos están disponibles en otro sitio.
- b) **leyes de propiedad:** Si la legislación nacional reconoce a las comunidades indígenas y locales como propietarias de plantas y animales domesticados en su territorio, pueden utilizar la ley de propiedad contra el robo para proteger sus intereses en esas plantas y animales, tal como haría cualquier persona para evitar que alguien le robara el bolso o el automóvil.
- c) **leyes de propiedad intelectual¹¹:** Si las comunidades indígenas y locales son reconocidas como propietarias de conocimiento protegido en virtud de leyes de propiedad intelectual (dependiendo de los derechos conferidos en conformidad con esas leyes), tendrían la posibilidad de excluir a terceras partes de diversos usos del conocimiento. Por ejemplo, el Programa de Agricultura Indígena de Ontario solicitó recientemente Derechos de los Fitomejoradores para nuevas variedades de maíz obtenidas del cruce con variedades locales en asociación con Agriculture Canada. Si se los otorgan, podrán impedir a otros que exploten comercialmente esa variedad sin su permiso. Uno de los problemas ampliamente discutidos sobre la propiedad intelectual es que no se adapta a la naturaleza especial del conocimiento indígena y local. En la sección siguiente (Tema 2, Sección 3), exploramos opciones para leyes de propiedad intelectual que podrían proteger mejor el conocimiento indígena y local.
- d) **reconocimiento de las leyes consuetudinarias de comunidades indígenas y locales:** Algunos gobiernos reconocen, dentro del marco legal nacional, algunas leyes consuetudinarias (p.ej., adopción consuetudinaria, herencia matrimonial y leyes de propiedad comunitaria). El reconocimiento de la ley consuetudinaria sobre el control del

conocimiento, y los recursos asociados a éste, sería otro medio de conferir (o, en este caso, volver a conferir) a las comunidades indígenas y locales el control sobre la divulgación de su conocimiento.

- e) **legislación de acceso nacional, provincial y municipal:** Las leyes de acceso, como pudo verse en el Tema 1, regulan el proceso y los términos contractuales de acuerdos entre los prospectores de recursos y los abastecedores. Un mecanismo importante para otorgar el control a las comunidades indígenas y locales es exigir el consentimiento informado previo (CIP) de estas comunidades antes de que los prospectores puedan obtener recursos (sean recursos biológicos o conocimiento relativo a ellos) ubicados en sus tierras.

Los gobiernos deberían trabajar con las comunidades indígenas y locales para aclarar las bases legales sobre las que esas comunidades pueden ejercer este tipo de controles. En los casos en que estas leyes aún no existan, los gobiernos deberían trabajar con las comunidades indígenas y locales para crearlas.

6. Códigos de conducta para los bioprospectores: Se han vuelto cada vez más difundidos los códigos de conducta voluntarios para investigadores de la industria y académicos. Una crítica contra esos códigos es que el interés de las compañías y los académicos se opone al cumplimiento de normas estrictas. Otro cuestionamiento sostiene que si los códigos de conducta se generalizan en el ámbito gubernamental, se generará una tremenda inercia que impedirá el desarrollo de derechos y de mecanismos para garantizarlos, por lo cual las comunidades indígenas y locales seguirán siendo vulnerables, mientras otros tenedores de conocimiento no lo son.

En el contexto actual, donde a menudo faltan normas mínimas, estos códigos pueden brindar un punto de apoyo inicial para la eventual creación de regulaciones más sustanciosas. Una norma mínima daría a un grupo indígena o local y a una compañía un punto de partida común para las negociaciones (del mismo modo en que lo haría un protocolo comunitario). También daría a esas comunidades una base a partir de la cual poder criticar a los recolectores.

Si ampliamente adoptados, los códigos de conducta podrían, en última instancia, utilizarse como base para la legislación nacional (por ejemplo, Tema 1, Sección 2, Artículo 7, 'Solicitud del permiso de acceso', tiene una fuerte inspiración en el Código de Conducta de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO-COC).

Los códigos de conducta son típicamente voluntarios. Algunas personas los defienden porque son más flexibles que las leyes de acceso y pueden ser rápidamente modificados cuando resulte conveniente. Sin embargo, los códigos voluntarios pueden no ser apropiados en todos los casos. Por ejemplo, cuando no existe confianza, o los prospectores no respetan la confianza depositada en ellos, puede ser necesario otorgar a los códigos la fuerza de la ley.

7. Políticas iniciadas por la comunidad: En la ausencia de, o de manera adicional al, seguimiento por los gobiernos e industrias locales de las opciones presentadas aquí, las comunidades pueden iniciar políticas y prácticas para mejorar su capacidad de proteger, promover y conservar el conocimiento indígena y local relacionado con los recursos biológicos. Revisaremos ahora tres de esas iniciativas: los protocolos comunitarios de acceso, los registros de conocimiento comunitario y los intercambios intercomunitarios.

a) **protocolos de acceso comunitario:** Mediante la creación de sus propios protocolos de acceso, las comunidades indígenas y locales pueden trabajar juntas para definir las condiciones bajo las cuales están dispuestas a permitir que terceros foráneos emprendan investigaciones con otras partes, o a convertirse ellos mismos en sujetos de investigación. Después de llegar a un acuerdo sobre las condiciones que serán impuestas, el protocolo se reduciría a la redacción y algún organismo comunitario podría responsabilizarse de asegurar que sea respetado cuando una parte externa requiera información de los miembros de la comunidad o asociarse con ellos para investigar.

Varias comunidades indígenas y locales ya han desarrollado protocolos de investigación¹².

Los gobiernos podrían dar respaldo financiero y técnico para la creación de estos protocolos siempre y cuando las comunidades lo soliciten. Los gobiernos también podrían dar el significativo paso de reconocer en la ley los protocolos que las comunidades desarrollen por sí mismas.

b) **registros de conocimiento comunitario:** La idea de crear registros del conocimiento comunitario ha recibido mucha atención. Los registros pueden ser usados como parte de programas que tendrían varios propósitos:

- i) elevar la conciencia comunitaria sobre el contenido y el valor del conocimiento indígena y local;
- ii) trabajar con miras a la conservación y promoción del conocimiento y los recursos naturales en el largo plazo;
- iii) interactuar con partes externas dispuestas a pagar para obtener la información organizada y centralizada en el registro;
- iv) proteger contra la 'biopiratería' (las legislaciones nacionales sobre propiedad intelectual podrían ser modificadas para plantear el registro como medio de publicación del arte previo, y derribar pretensiones de innovación de terceras partes con relación a ese conocimiento)¹³; y
- v) formar parte de una sistema jurídico que haga valer los derechos de propiedad intelectual sobre el conocimiento. Este último uso de los registros se analiza en la Cuarta Parte de la próxima sección.

En lo que tiene que ver con la concientización y la conservación, el registro ayudaría a divulgar información dentro de la comunidad sobre los recursos comunitarios comunes, cómo usarlos y dónde encontrarlos. También sería de utilidad para identificar áreas en las que el conocimiento

comunitario está desapareciendo, o siendo socavado o subutilizado. De este modo, la información obtenida a través del proceso de registro podría emplearse como una base para solicitar asistencia al desarrollo con la que reconstruir áreas en que el conocimiento se va perdiendo, integrar de manera más significativa a los tenedores del conocimiento en los procesos de toma de decisiones, revitalizar la cultura, definir prioridades en la investigación, determinar qué plantas necesita adquirir la comunidad a través del intercambio de semillas con otras comunidades, y otros.

Como interacción entre la comunidad y los bioprospectores, los registros pueden agregar valor al conocimiento, reuniéndolo en un sitio bajo la autoridad de un número limitado de agentes designados.

Para maximizar este beneficio, las comunidades con registros podrían considerar la creación de una organización central, para coordinar la administración de varios registros comunitarios. Esta organización rectora podría asistir en las negociaciones entre las comunidades con registros y los bioprospectores. Cuanto mayor sea el número de registros coordinados de esta manera, menores serán los costos para los bioprospectores que buscan acceder al conocimiento registrado, y para las comunidades indígenas y locales que crearon los registros. Las comunidades indígenas y locales de un país podrían coordinar sus esfuerzos para crear un registro nacional.

El potencial comercial de la centralización del conocimiento registrado sería optimizado con la creación de una Sociedad Global Bio-Recolectora (SGB), un metarregistro en que las comunidades podrían colocar sus registros¹⁴. Esto reduciría a uno el número de fuentes que los bioprospectores tendrían que inspeccionar, al menos para identificar qué comunidades de qué sitios están registrando qué tipo de información. Un enfoque como éste no requeriría la existencia de un acuerdo legal intergubernamental en vigor. Simplemente sería una creación del mercado. Las comunidades tendrían la libertad de sumarse o de retirarse, según su libre voluntad. La SGB no tendría ninguna potestad coercitiva por encima de la acordada por las partes (p.ej., si ambas partes acuerdan por contrato someterse a la decisión de un árbitro designado conjuntamente).

Al crear un registro comunitario, ya sea aislado o en armonía con otros registros, se debe establecer un conjunto de reglas de cumplimiento obligatorio, para controlar quién puede obtener acceso al conocimiento registrado y bajo qué circunstancias. ¿Será considerado confidencial y tratado como un secreto comercial o publicado y las partes confiarán en las leyes de propiedad intelectual para proteger los derechos de los tenedores del conocimiento? (En la siguiente sección sobre opciones de propiedad intelectual *sui generis* reflexionaremos sobre estas dos alternativas para el conocimiento indígena y local, Tema 2, Sección 3). O, el conocimiento ¿estaría disponible sin restricciones para cualquier

interesado? (En este último caso, el fin general del registro no será crear protecciones de la propiedad intelectual, sino respaldar otras prioridades, como la formación de conciencia comunitaria). Las prioridades de las comunidades sobre estos temas podrían expresarse en protocolos comunitarios, como se mencionó anteriormente.

En el mundo algunas comunidades aún conservan registros comunitarios. El respaldo gubernamental a los registros comunitarios sería considerado parte del cumplimiento de sus responsabilidades de protección del conocimiento hacia los pueblos indígenas y locales. Obviamente, las comunidades no deberían ser forzadas a llevar registros, si creen que no vale la pena o si aún no han resuelto quién podrá acceder al registro.

Una variante más formal y reglamentada de registros podría ser integrada en una ley nacional *sui generis* de propiedad intelectual para resguardar el conocimiento indígena y local. En la siguiente sección estudiamos el requerimiento de la inscripción del conocimiento indígena y local en un registro centralizado como precondition para obtener la protección (véase Tema 2, Sección 3, Artículo 13).

La forma del registro dependería, en gran medida, del fin para el que fue creado. En materia de recursos biológicos, los registros podrían adoptar la forma de almacenes de semillas, sembradíos comunitarios, o bancos de datos escritos o grabados en cintas de audio o vídeo. Los controles sobre el material registrado podrían ser relativamente estrictos (p.ej., se permitiría el registro únicamente de materiales que satisfagan las condiciones de la protección en un sistema *sui generis* de propiedad intelectual), o el registro aceptaría toda clase de conocimiento que los miembros de la comunidad acordaran. (En este último caso, una vez más, el uso del registro no estaría tan asociado a la protección de la propiedad intelectual).

- c) **intercambios entre comunidades:** Las comunidades locales pueden y deben continuar intercambiando semillas como forma de protección y divulgación del conocimiento. Los primeros diez mil años de progreso en la historia de la diversidad biológica de los cultivos dependieron exclusivamente de las habilidades desarrolladas por los agricultores para intercambiar, sembrar, seleccionar y sembrar nuevamente semillas. Los intercambios de semillas continúan siendo la piedra angular de la agrobiodiversidad y la seguridad alimentaria.

En América del Sur, África y Asia, los pueblos indígenas y las comunidades locales tradicionalmente han realizado 'ferias de semillas', en las que se reúnen cruzando fronteras para intercambiar sus semillas. Este intercambio involucra la transferencia de conocimiento indígena y local, al igual que las semillas llevan incorporada la experiencia de los agricultores en la mejora de plantas, y en general va acompañado de información sobre el mejor método de siembra, cuidado y cosecha. Esta

práctica puede ser imitada y respaldada por los gobiernos y las organizaciones de la sociedad civil (OSC) en otras partes del mundo.

Por supuesto, puede haber restricciones derivadas de los Derechos de los Agricultores al intercambio de semillas patentadas o protegidas en cumplimiento de leyes sobre Derechos de los Fitomejoradores de varios países. Estas restricciones se examinan en el contexto de las 'excepciones para los agricultores' en el Tema 3, Sección 2, Artículo 16 y Tema 3, Sección 3, Artículo 23.

8. Políticas de comercialización:

- a) **etiquetado:** Algunas estrategias de comercialización podrían contribuir a la distribución, promoción y uso del conocimiento indígena y local. La más obvia sería quizás un programa de etiquetado para señalar la diversidad genética de productos alimenticios que contienen ingredientes producidos por comunidades indígenas y locales. Existen ya varios antecedentes de etiquetado ecológico y en pro de la justicia social. Las etiquetas de 'comercio justo', por ejemplo, indican que los productos han sido comprados a comunidades productoras a un porcentaje específico más alto que el valor de mercado, con la garantía de no bajar de un precio mínimo, independientemente de la posible depreciación de ese producto en el mercado.

Los gobiernos podrían respaldar este tipo de iniciativas, prestando asistencia técnica y financiera a las comunidades indígenas y locales que producen esos bienes y, en algunos casos, a los distribuidores finales, aunque no sean indígenas ni locales. En algunos casos, el gobierno puede asumir un papel activo en la creación de un ambiente político de apoyo. Por ejemplo, las etiquetas que indican que no hubo modificaciones genéticas en la generación del producto han sido rechazadas en algunas jurisdicciones; y los gobiernos podrían trabajar para conseguir que se utilicen.

- b) **certificación de semillas:** Muchos países tienen criterios estrictos sobre la comercialización de las semillas. Los gobiernos deberían modificar las leyes de certificación de semillas que resulten demasiado estrictas y, por consiguiente, limiten la venta y el intercambio comercial de variedades vegetales indígenas y genéticamente heterogéneas.

9. Un ombudsman* del conocimiento indígena y local: Podría crearse un organismo nacional para recibir quejas de pueblos indígenas y locales con respecto a políticas y leyes que afectan negativamente su capacidad de preservar, integrar, mantener y proteger su conocimiento. El éxito o el fracaso de este organismo dependerá en gran medida del alcance de sus potestades. Bastaría con que tuviera la facultad de asegurar el cumplimiento de leyes vigentes e informar al cuerpo legislativo. A la vez, sería de utilidad para las comunidades indígenas y locales crear por iniciativa propia ese tipo de

* Ombudsman - Defensor del pueblo (expresión del sueco).

organismos, que alcanzarían los mismos objetivos a través de acciones y peticiones civiles.

En el siguiente conjunto de opciones para leyes de propiedad intelectual *sui generis*, el Grupo *Crucible* recomienda que los países que estudian la adopción de normas protectoras sobre los derechos de propiedad intelectual del conocimiento indígena y local, creen un *ombudsman* del conocimiento indígena y local para garantizar el respeto de esos derechos. La ejecución apropiada y eficiente de las normas planteadas en esta sección también requiere la supervisión calificada de una autoridad competente, preferentemente comprendida por una comisión rotativa que incluya a representantes del gobierno y de las comunidades locales e indígenas.

Por el momento, no existe en el ámbito internacional un organismo adecuado para asumir esta tarea. En el Tomo 1 de *Siembra de Soluciones*, el Grupo *Crucible* recomienda la creación de una oficina especial del *ombudsman* en la Organización Mundial de Comercio (OMC), en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y en la ONU, para tratar los temas planteados por los pueblos indígenas y locales, en el contexto de las competencias de estas organizaciones¹⁵.

Recomendaciones

- 1 Los gobiernos deben reconocer que la desaparición de las culturas indígenas y locales constituye la mayor amenaza a la protección de los sistemas de conocimiento indígena y local. Por lo tanto, deberían realizar evaluaciones formales para identificar las políticas y prácticas que socavan la supervivencia cultural colectiva de los pueblos indígenas y locales dentro de sus fronteras.
- 2 Los gobiernos deben obtener la aprobación de las comunidades indígenas y locales antes de crear políticas cuya meta sea promover, proteger, conservar y mantener el conocimiento indígena y local.
- 3 Los gobiernos nacionales deberían crear comisiones asesoras integradas por representantes indígenas, locales y del gobierno con el mandato de revisar las políticas gubernamentales y hacer recomendaciones sobre la forma en que esas políticas deben ser modificadas para promover, proteger, utilizar y conservar el conocimiento indígena y local.
- 4 Los gobiernos nacionales deberían apoyar la elaboración de un acuerdo internacional para la instalación de un fondo multilateral para el respaldo de la promoción, protección, mantenimiento y respeto del conocimiento indígena y local en materia de recursos biológicos. Además, la comunidad internacional debería hacer una declaración más específica, en el sentido de que los fondos existentes deberían otorgar prioridad a los proyectos relacionados con las comunidades indígenas y locales. Estos fondos podrían ser administrados en armonía con el fondo actualmente propuesto en el Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (CI sobre RFAA) para respaldar la conservación *in situ* de los RFAA. Sin embargo, el fondo debería extenderse a otro tipo de recursos biológicos, además de cubrir los recursos para la alimentación y la agricultura (i.e., productos forestales no madereros, plantas medicinales, etc.).

Los gobiernos nacionales deberían apoyar la institución del Foro Permanente sobre Temas Indígenas, respaldado durante la Sesión Sustantiva del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) de julio de 2000. Este organismo debería ser estimulado para crear grupos de trabajo que desarrollen políticas y normativas relacionadas con la promoción, protección, utilización y conservación del conocimiento indígena y local.

Sección 3

Opciones para leyes *sui generis* de propiedad intelectual sobre el conocimiento indígena y local en materia de recursos biológicos

Índice

Introducción	61
Primera Parte: Fines y Alcance	66
Artículo 1: Fines	66
Artículo 2: Alcance	71
Segunda Parte: Definiciones	72
Artículo 3: ‘Indígena’ y ‘local’	72
Artículo 4: Conocimiento indígena y local	78
Artículo 5: Recursos biológicos	79
Tercera Parte: Condiciones para la concesión de derechos	79
Artículo 6: Requisitos generales	81
Artículo 7: Subcategorías del conocimiento indígena y local relativas a los recursos biológicos	81

Artículo 8: Confidencialidad	83
Artículo 9: Forma: materialización del conocimiento sujeto a protección	86
Artículo 10: Novedad	88
Artículo 11: Originalidad	92
Artículo 12: Productos consuetudinarios	94
Cuarta Parte: Derechos conferidos	96
Artículo 13: Capacidad de ejercer los derechos	96
Artículo 14: Los derechos conferidos	103
Artículo 15: Excepciones de los derechos conferidos	110
Artículo 16: Duración de los derechos conferidos	112
Artículo 17: Licencias obligatorias	117
Artículo 18: Prácticas anticompetitivas	118
Quinta Parte: Cuestiones administrativas y de procedimiento	118
Artículo 19: Acuerdos sobre licencias	118
Artículo 20: Oficina del <i>Ombudsman</i>	123
Artículo 21: Autoridad competente	125
Sexta Parte: Correctivos	125
Artículo 22: Ofensas	125
Artículo 23: Defensas	126
Séptima Parte: Relación con otras leyes	126
Artículo 24: Leyes de protección de variedades vegetales y de patentes	126

Sección 3

Opciones para leyes *sui generis* de propiedad intelectual sobre el conocimiento indígena y local en materia de recursos biológicos

Introducción

En esta sección, todas las opciones se centran en la creación de derechos de propiedad intelectual sobre el conocimiento indígena y local. Por derechos de propiedad intelectual nos referimos a la creación de derechos de control basados en el reconocimiento de alguna conexión entre los 'titulares de los derechos' y el conocimiento en sí mismo. Estos derechos tienen una diferencia fundamental con los derechos creados a través de un contrato, porque establecen dentro de la jurisdicción una relación obligatoria entre el titular de los derechos y cualquier otra persona con respecto al conocimiento protegido. Los derechos contractuales, por su parte, crean derechos obligatorios sólo entre las partes del contrato (aunque obviamente pueden afectar el tipo de actividades en las que los contratantes se involucren con otras partes).

Los derechos de propiedad intelectual corresponden a los titulares de derechos. (Sería posible utilizar la palabra 'poseedores' si estuviera claro que alude a la posesión de un derecho en oposición a la cosa en sí misma. Para evitar esas dificultades conceptuales, en este tomo utilizaremos el término 'tenencia').

Los derechos de propiedad intelectual no siempre deben ser los mismos en cuanto a su carácter. Por ejemplo, la ley puede otorgar a los titulares de derechos poderes exclusivos, para impedir que partes no indígenas y no locales puedan emprender actividades con diversos usos (p.ej., uso

comercial, académico u otros). O también puede crear derechos no exclusivos, como el derecho a recibir regalías o la atribución como generadores del conocimiento cuando otras partes eligen utilizar conocimiento protegido.

El Grupo *Crucible* se ha limitado a explorar opciones de leyes de propiedad intelectual aplicables al conocimiento indígena y local sobre recursos biológicos. Más específicamente, el conocimiento en el que nos concentramos es: (1) aquél en que las comunidades indígenas y locales conocen las propiedades y usos de los recursos biológicos, y (2) innovaciones basadas en esos recursos. Por recursos biológicos entendemos todo aquello que vive, incluyendo plantas, animales, microbios y los ecosistemas de los que forman parte.

Podría argumentarse que el empleo del término 'conocimiento' crea confusión sobre el tema, dado que las personas tienen muchas cosas en mente cuando piensan en él. Por este motivo, sería preferible un término más preciso como 'innovaciones'. (Éste es el término utilizado en el modelo de Ley de Derechos Intelectuales Comunitarios de la Red del Tercer Mundo). Sin embargo, en este momento el Grupo *Crucible* no está en condiciones de adoptar este término. Hacerlo equivaldría a anular el tipo de análisis que queremos promover a través de nuestro trabajo. Por ejemplo, en la Tercera Parte, 'Condiciones para la protección', enumeramos una serie de condiciones de la protección sobre las cuales los legisladores pueden apoyarse. Algunas de estas opciones tienen un alcance amplio, superan la interpretación más común del término 'innovaciones', y al final del proceso pudiera ser que se escogieran esas opciones que podrían describirse como innovaciones. En estos casos, sería apropiado que establecieran que el alcance de sus leyes comprende 'las innovaciones indígenas y locales sobre los usos de los recursos biológicos'. Podrían eliminar toda referencia al término 'conocimiento'. Mientras tanto, como nos hemos impuesto la tarea de presentar un abanico de opciones que vaya más allá de 'innovaciones' o cualquier término más preciso, continuaremos utilizando el término 'conocimiento'.

No examinamos las potenciales aplicaciones de las leyes de propiedad intelectual en ámbitos en que el conocimiento comunitario indígena y local no tiene una mínima relación con los recursos biológicos. No tenemos en cuenta la protección de canciones, danzas, diseños o información cultural (incluyendo información histórica, religiosa o antropológica) que no estuvieren directamente relacionados con los recursos biológicos. Ni tratamos *todos* los medios posibles con los que la ley de propiedad intelectual podría ser ampliada para tratar los intereses de los pueblos indígenas y las comunidades locales en los recursos biológicos. No examinamos, por ejemplo, elementos de leyes *sui generis* de propiedad intelectual que potencialmente tendrían el poder de otorgar a las comunidades indígenas y locales el derecho a controlar el uso de sus nombres o imágenes en la comercialización de productos derivados de recursos biológicos. Tampoco entramos en el tema de los potenciales intereses de las comunidades indígenas y locales sobre la propiedad intelectual de los componentes

químicos y el material genético activos que integran los cuerpos de los miembros de sus comunidades.

Aunque estos temas son ciertamente importantes, no los abordamos en este tomo por tres motivos básicos. En primer lugar, el mandato del Grupo *Crucible* se limita a analizar temas relacionados con los recursos biológicos. Segundo, el Grupo *Crucible* tomó como punto de partida una interpretación relativamente literal del término 'conocimiento', es decir, "el hecho de conocer una cosa, estado, persona, etc.; conciencia; familiaridad ganada con la experiencia"¹⁶. Aunque sería correcto alegar que una representación gráfica de la imagen de una comunidad o la información genética sobre el cuerpo de uno de sus miembros deberían estar sujetas a derechos y leyes de propiedad intelectual, llamar 'conocimiento' *per se* a esas imágenes o genes estaría fuera de lugar. Tercero, ninguna ley de propiedad intelectual puede proteger todos los tipos de intereses de propiedad intelectual que las comunidades indígenas y locales podrían tener en los recursos biológicos. Dada la variada naturaleza del tema en cuestión, se necesitarían diferentes tipos de mecanismos legales para definirlos en la ley y conferir a las comunidades el control sobre su uso. Los elementos legales considerados aquí para proteger el conocimiento de las comunidades posiblemente no sean del todo apropiados para proteger los intereses de las comunidades en la propiedad intelectual de sus imágenes o del material genético extraído de sus cuerpos. Esta es una tarea importante y alentamos a otros a asumirla. Por ahora, sin embargo, el Grupo *Crucible* se abstiene de analizar los elementos legales que podrían ser utilizados con la meta de establecer derechos de propiedad intelectual sobre este tipo de asuntos.

Por lo demás, vale la pena señalar que muchas de las opciones que aquí exploramos con relación al conocimiento en materia de recursos biológicos podrían ser extensibles, al menos por analogía, a algunos fenómenos culturales creativos como canciones, danzas y relatos.

Desde un punto de vista legal y técnico, es imposible conferir derechos generales de propiedad intelectual *sui generis* a todo el conocimiento indígena y local sobre recursos biológicos *en masa*, como un cuerpo único y unificado de conocimiento. Es un tipo de conocimiento demasiado amplio, con demasiados detentores del conocimiento como para tratarlo de esa manera, que no existe en realidad como un cuerpo unificado de conocimiento, y en consecuencia, uno de los mayores desafíos es pensar cómo definir, con precisión legal, qué aspectos del conocimiento indígena y local relativos a los recursos biológicos pueden ser sujeto de leyes de propiedad intelectual, y en qué circunstancias.

La Segunda y Tercera Parte de esta colección, por lo tanto, están dedicadas a definir el abanico de aspectos que podrían ser incluidos dentro del significado del conocimiento indígena y local sobre recursos biológicos. En la Segunda Parte, 'Definiciones', examinamos un espectro de posibles significados distintos para los términos 'conocimiento indígena y local' y 'recursos biológicos'. En la Tercera Parte, 'Condiciones para la concesión de derechos', analizamos una variedad de condiciones bajo las cuales el

conocimiento indígena y local sobre recursos biológicos podría estar habilitado para recibir la protección. Tales condiciones nos ayudan en la definición y distinción de discretas “unidades” o “instancias” (por falta de términos más apropiados) de conocimiento que podrían estar habilitadas para recibir la protección. Los legisladores deberán decidir qué condiciones desean incluir en sus propias leyes. Algunas de las preguntas que los legisladores deben hacerse a sí mismos son las siguientes:

- a) La gama de conocimientos protegidos por la ley, ¿debe limitarse a áreas particulares de contenidos relacionados con los recursos biológicos? Por ejemplo, ¿debe aplicarse al conocimiento con importancia espiritual sobre plantas o animales en prácticas religiosas, a la ubicación de los recursos biológicos o al funcionamiento e interdependencia de ecosistemas enteros? ¿O debe quedar confinada a categorías más estrechas de contenido, como los usos médicos prácticos de plantas o la mejora de cultivos a través de generaciones de selección y siembra de plantas?
- b) ¿Qué otras condiciones de protección serían apropiadas para discriminar entre reclamos de protección del conocimiento dentro de esos subtemas? La ley ¿debería exigir que el conocimiento sea novedoso, original o confidencial (o alguna combinación de estas condiciones) para poder ser protegido?

La variedad de opciones que presentamos en la Tercera Parte no es exhaustiva, pero crea un marco de análisis útil para que los legisladores piensen qué condiciones de protección del conocimiento indígena y local serían más apropiadas para sus leyes nacionales.

Habiendo definido las condiciones de protección del conocimiento indígena y local en materia de recursos biológicos, pasamos a considerar opciones para los derechos que podrían ser conferidos a tenedores de conocimiento con respecto a ese conocimiento. En este ámbito, consideramos cuatro clases de derechos: (1) derechos de uso exclusivo, (2) derechos de uso no exclusivo (i.e. rentas obligatorias, regalías para uso de terceras partes), (3) derechos de atribución (i.e., el derecho a ser reconocido como el generador del conocimiento), y (4) todo tipo de derechos consuetudinarios que hayan sido conferidos a los tenedores del conocimiento según la ley consuetudinaria de la comunidad tenedora del conocimiento. Los sistemas consuetudinarios pueden incluir todos los elementos de las clases 1 a 3. También consideramos si alguno o todos estos derechos debieran ser transferidos a terceras partes, y por cuánto tiempo deberían prolongarse esos derechos. En la Cuarta Parte, 'Derechos conferidos', brindamos algunas opciones y fórmulas diferentes con respecto a la duración de estos derechos.

Luego nos dirigimos hacia las opciones sobre los requisitos administrativos para lograr la protección en un sistema *sui generis* de derechos de propiedad intelectual. En este contexto, uno de los temas más polémicos quizás sea si los tenedores del conocimiento debieran registrar su conocimiento como una condición previa para la protección. Incluimos en un recuadro de opinión los detalles de las discrepancias de los miembros del Grupo *Crucible* sobre el

registro. También brindamos opciones sobre el grado apropiado de participación gubernamental cuando los tenedores del conocimiento están negociando permisos para el uso de su conocimiento protegido.

En la Sexta Parte, alertamos a los lectores sobre el hecho de que una legislación comprehensiva debería incluir definiciones de causales de demandas civiles y/o delitos penales para dar elementos de fuerza a las leyes. No tenemos suficiente tiempo ni espacio para brindar aquí un análisis detallado, y puede ser prematuro hacerlo de todas maneras. El contenido de esas disposiciones estaría sujeto al alcance de la ley, las condiciones para otorgar la protección, los derechos conferidos y la estructura administrativa creada para supervisar la aplicación de la ley. Todos ellos deben ser definidos con antelación.

Por último, consideramos la relación de las disposiciones de propiedad intelectual *sui generis* incluidas en este conjunto de opciones con otras leyes que podrían superponerse o entrar en conflicto con aquéllas. Por ejemplo, es posible que una ley *sui generis* de propiedad intelectual que incluya alguna de estas opciones se superponga en alcance con las leyes que rigen la protección de variedades vegetales o incluso con leyes que protegen innovaciones biotecnológicas, p.ej., farmacéuticas. Analizamos opciones para tratar esas superposiciones en la Séptima y última parte de este conjunto. La primera de esas opciones consiste en requerir a los solicitantes de patentes y protección de variedades vegetales que revelen el origen de los materiales biológicos en que se basaron para desarrollar sus invenciones o variedades vegetales. La segunda es requerir a los solicitantes que comprueben haber tenido el consentimiento informado previo (CIP) de los tenedores del conocimiento para el utilizzo del conocimiento en que se basaron para realizar sus invenciones o variedades vegetales. Para ser operativos, estos elementos deberían ser incluidos en leyes nacionales de patentes y protección de variedades de plantas. Los incluimos en nuestro conjunto de opciones sobre protecciones de propiedad intelectual para variedades vegetales e innovaciones biológicas en el Tema 3¹⁷.

Antes de proceder con las opciones, debemos aclarar el uso que hacemos en esta sección del término *sui generis*. Literalmente, *sui generis* se refiere a algo único o 'de su propia clase'. Esto incluye un universo de aplicaciones posibles. Esta sección se centra en la legislación sobre propiedad intelectual y la posibilidad de crear nuevas leyes (o enmendar las existentes) para extender la protección de la propiedad intelectual al conocimiento de los pueblos indígenas y comunidades locales. Reconocemos que el término *sui generis* también es utilizado por algunas personas para referirse a leyes y políticas de protección del conocimiento indígena y local que no incluyen la protección de la propiedad intelectual. Promovemos la exploración de estas opciones, motivo por el cual brindamos ejemplos de ese tipo de leyes y políticas en el Tema 2, Sección 2 de este tomo. No obstante, queremos aclarar que en esta sección nuestro uso del término *sui generis* describe leyes de

propiedad intelectual especialmente diseñadas para abarcar el conocimiento indígena y local.

Como señalamos, los miembros del Grupo *Crucible* están divididos con respecto a la creación de derechos de propiedad intelectual sobre el conocimiento indígena y local. Sin embargo, todos coincidieron en que sería una contribución al debate general trabajar conjuntamente sobre una serie de opciones para derechos *sui generis* de propiedad intelectual. Al hacerlo, algunos pensaron que quedaría demostrada la imposibilidad técnica de hacer funcionar tal sistema y que el análisis se orientaría hacia enfoques más útiles, no basados en la propiedad intelectual como los presentados en el relevamiento de opciones del Tema 2, Sección 2. Otros miembros creyeron que podrían comprobar que esas leyes son útiles para que los pueblos indígenas y locales ganen cierto control sobre la divulgación de su conocimiento.

Ningún miembro de *Crucible* concibe la creación de derechos de propiedad intelectual del conocimiento indígena y local como una panacea de la conservación de la biodiversidad y la supervivencia de las culturas indígenas y locales. Incluso los defensores más optimistas de las leyes de propiedad intelectual *sui generis* las ven únicamente como un avance más en pro de: (a) la conservación, promoción y protección del conocimiento comunitario indígena y local relacionado con la diversidad biológica, y (b) la conservación general de la diversidad biológica. Como grupo, en conjunto, no recomendamos la adopción de ninguna de las opciones incluidas aquí. Tampoco recomendamos descartarlas de plano. En última instancia, corresponde a los responsables y promotores de las políticas nacionales decidir el camino a seguir. Esperamos que estas opciones los ayuden a tomar sus decisiones.

Primera Parte: Fines y Alcance

Artículo 1: Fines

Estas disposiciones, que crean derechos de propiedad intelectual *sui generis* sobre aspectos e instancias del conocimiento indígena y local, tienen como fines:

Elemento 1

otorgar los derechos de propiedad del conocimiento indígena y local a los tenedores de ese conocimiento

Elemento 2

brindar a las comunidades indígenas y locales medios para detener la reproducción y diseminación no deseada de conocimiento sensible y sagrado

Elemento 3

distribuir equitativamente los beneficios derivados del uso del conocimiento indígena y local en investigación y desarrollo académico y comercial

Elemento 4

evitar la pérdida de conocimiento indígena y local

Elemento 5

contribuir a la autodeterminación de pueblos indígenas y comunidades locales

Elemento 6

conservar la diversidad biológica

Elemento 7

contribuir a la seguridad alimentaria y sanitaria

Comentario

A menudo las legislaciones nacionales no incluyen precisiones sobre los fines que persiguen. Cuando una ley las incluye, pueden ser utilizadas para interpretar el significado de otras disposiciones en la misma legislación, cuando ese significado está poco claro o es sujeto de debate. Esta lista de posibles fines tiene el propósito de centrar la atención de los responsables de políticas en los objetivos primordiales que buscan promover a través de leyes *sui generis* de propiedad intelectual sobre el conocimiento indígena y local. Dado que ninguno de los fines enumerados excluye a otro, los denominamos 'elementos'.

El primer fin de la lista —otorgar derechos de propiedad privada a los detentores del conocimiento— es el de mayor orientación técnica y menos ambicioso. Los fines de los Elementos 2 a 7 son más amplios en su alcance y más ambiciosos.

Los miembros del Grupo *Crucible* discrepan sobre el grado en que las leyes *sui generis* de propiedad intelectual podrían alcanzar cualquiera de estos fines. Estos desacuerdos pueden dividirse en dos categorías. La primera se refiere a la viabilidad mínima, desde el punto de vista técnico, de las leyes *sui generis* de propiedad intelectual sobre el conocimiento indígena y local. La viabilidad depende de variables como: (1) el alcance del conocimiento que la ley espera cubrir, (2) las condiciones para la protección incluidas en la ley, (3) los derechos conferidos, y (4) si la ley será retroactiva o no. Todos estos factores deben ser tenidos en cuenta al intentar determinar si la ley crea un conjunto de derechos y obligaciones cuyo cumplimiento pueda ser ejecutable con relación a un subconjunto de conocimiento. Si es así, la ley es técnicamente viable. Si no lo es, las leyes no funcionarán. Esta sección consiste en una exploración de los elementos técnicos que podrían ser incluidos en leyes *sui generis* de propiedad intelectual para proteger el conocimiento indígena y local. Después de recorrer esta sección, la tarea de sacar conclusiones sobre la viabilidad técnica se la dejamos a los lectores.

La segunda categoría de desacuerdos se refiere a si las leyes *sui generis* de propiedad intelectual pueden realmente avanzar en los fines considerados

Recuadro de opinión 4: Asumiendo que las leyes *sui generis* de propiedad intelectual para la protección del conocimiento indígena y local en materia de recursos biológicos son técnicamente viables, ¿constituirán un aporte a fines útiles?

Sí.

La esencia de las leyes de propiedad intelectual es otorgar derechos de propiedad privada a 'propietarios' de intangibles. Si fueran técnicamente viables, las leyes *sui generis* para el conocimiento indígena y local harían exactamente eso. Que esto resulte o no de utilidad es otra cuestión.

No.

Conferir derechos de propiedad sobre el conocimiento a las comunidades

Una ley de propiedad intelectual podría dar a una comunidad la posibilidad de prohibir la reproducción de conocimiento sensible si: (a) el conocimiento en cuestión cae dentro del ámbito de la ley y satisface las condiciones de protección de la ley, y (b) la ley confiere derechos exclusivos de control sobre ese conocimiento. Este poder de control duraría tanto como especificara la ley.

El alcance de estas disposiciones se limita a cuestiones que los pueblos indígenas y locales conocen sobre los recursos biológicos. Gran parte del conocimiento sensible y sagrado probablemente no quedaría incluido en el alcance de estas disposiciones. Sería posible amparar ese conocimiento con otras leyes *sui generis* de propiedad intelectual, con un alcance más amplio o diferente.

Detener la reproducción o divulgación del conocimiento sensible

Muchas leyes de propiedad intelectual incluyen la información pública sobre el material sujeto a protección como una de las condiciones para otorgar la protección (p.ej., descripciones escritas o depósitos de material biológico). Estas leyes crean una distinción entre el conocimiento de terceras partes y la existencia de una invención o variedad de planta y su capacidad de utilizarla para actividades previstas. Si una ley *sui generis* de propiedad intelectual sobre el conocimiento indígena y local funcionara de esta manera, los tenedores del conocimiento tendrían que alegrarse porque otros tienen la posibilidad de aprender sobre la existencia y contenidos del conocimiento, pero no podrían utilizarlo en forma prohibida por la ley. Esto puede no satisfacer el interés de las comunidades en restringir la divulgación de conocimiento sensible.

Por lo demás, la ley de secreto comercial (que abordamos en el modo *sui generis* en el Artículo 7, más abajo) tiene la capacidad de disuadir la

divulgación pública de información. Por cierto, para ser habilitado para la protección, en primer lugar, el conocimiento debe tener la cualidad de la confianza.

Asegurar el reparto de beneficios del uso comercial del conocimiento

La capacidad de las leyes *sui generis* de propiedad intelectual de asegurar el reparto de beneficios depende del alcance y las condiciones fijadas por la ley para otorgar la protección de los derechos conferidos a los tenedores del conocimiento y de la duración de esos derechos. Asumiendo la viabilidad técnica, no hay motivos para que estas leyes no se usen para exigir a las partes que compensen a los tenedores del conocimiento cuando utilizan el conocimiento protegido por la ley.

Hay situaciones en que las partes intentaron utilizar, con éxito, las leyes de propiedad existentes para impedir que terceras partes se apropiaran del conocimiento indígena y local. (Sobre una discusión de las fortalezas y debilidades de las leyes de propiedad intelectual, como protectoras del conocimiento indígena y local, en los casos del arroz basmati, la ayahuasca y la quinua, y la cúrcuma, véase *Siembra de Soluciones*, Tomo 1, págs. 25-7 y 93-4).

Evitar la pérdida de conocimiento

Otorgar la propiedad legal reconocida del conocimiento a comunidades a través de derechos *sui generis* de propiedad intelectual, dará más valor al conocimiento y le ganará más respeto, tanto dentro como fuera de las comunidades depositarias del conocimiento. A su vez, esto hará más atractivo para los jóvenes de esas comunidades el aprendizaje y el uso de ese conocimiento, perpetuando su existencia.

La posibilidad de retribución económica por el uso del conocimiento protegido por terceras partes actúa como un incentivo adicional para que los miembros de la comunidad respeten su conocimiento y continúen participando en prácticas que lo incluyen y lo generan.

Los detentores del conocimiento indígena y local estarán más deseosos de revelar el conocimiento secreto al saber que leyes *sui generis*

Una ley que convierte en propiedad algo que hasta ese momento fue de dominio público (de acuerdo a la legislación nacional) no lo salva de imprevisto, ni lo conserva o hace que la gente lo respete o desee utilizarlo. Uno de los problemas fundamentales que enfrentan los detentores del conocimiento indígena y local es que, para empezar, la mayor parte del mundo aún niega el valor de ese conocimiento. Aislar su conocimiento no impide que sea erosionado, socavado, ignorado o corra peligro de extinción.

Para proteger el conocimiento, las leyes de propiedad intelectual deben dividirlo en piezas pequeñas y apropiables. Los intentos reiterados para que el conocimiento 'encaje' en los criterios de las leyes de propiedad intelectual conducirán a la larga a la alteración de la naturaleza del conocimiento que generarían las comunidades, lo cual contribuirá a su pérdida.

pueden darles el control sobre la forma como se usa su conocimiento. De este modo, las leyes de propiedad intelectual estimulan la divulgación, el uso y la proliferación de conocimiento, que de otra forma se perdería.

La mayoría de (casi todas) las formas de propiedad intelectual no puede proteger el conocimiento mientras cambia. La duración de la protección se termina cuando el conocimiento cambia y deja de ser lo que era en el momento en que fue protegido. Una nueva protección puede obtenerse para el conocimiento renovado, pero la protección no se mantiene con el conocimiento en proceso de cambio. De esta forma, las leyes de propiedad intelectual 'congelan' el conocimiento, socavando su dinamismo y relevancia cultural.

Los motivos por los que los tenedores del conocimiento comunitario indígena y local mantienen en secreto su conocimiento raramente tienen que ver con la preocupación por su mal uso con fines comerciales. La renuencia a compartirlo está basada sobre todo en el supuesto de que deba ser restringido a un número relativamente pequeño de personas privilegiadas. El tipo de controles del que disponen los derechos de propiedad intelectual no actuará como un incentivo para hacer público este tipo de conocimiento.

Promover la autodeterminación

Una ley *sui generis* de propiedad intelectual promoverá la autodeterminación en la medida que esté estructurada para reafirmar (a) las leyes consuetudinarias sobre el uso y divulgación del conocimiento y/o (b) los derechos de las comunidades a decidir qué conocimiento debe ser protegido y cómo.

En la medida en que una ley *sui generis* de propiedad intelectual pueda emplearse para impedir que otros usen el conocimiento que las comunidades preferirían conservar, brinda a esas comunidades medidas de control en las relaciones con el resto de la comunidad nacional. Este control es un elemento de autodeterminación y de soberanía cultural colectiva.

La Declaración Mataatua sobre Derechos Culturales y de Propiedad Intelectual de los Pueblos Indígenas y el Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas incluyen, ambos, el reconocimiento legal de los derechos de propiedad intelectual de las comunidades indígenas como elementos de la autodeterminación de los pueblos indígenas.

Es extremadamente difícil, si no imposible, estructurar una ley nacional *sui generis* de propiedad intelectual de forma que incorpore las leyes consuetudinarias y las prácticas de pueblos indígenas y de las comunidades locales con relación al conocimiento. Hacerlo implicaría la imposición de normas legales distintas por cada comunidad.

Una alternativa son las transferencias de jurisdicción a comunidades indígenas y locales para que decidan por sí mismas cómo gobernarán los asuntos relativos a la protección del conocimiento dentro de sus propias comunidades (y con el resto de la comunidad nacional). Sin embargo, no es algo que pueda ser alcanzado a través de la legislación sobre la propiedad intelectual. Más bien es una cuestión de divisiones constitucionales de poder.

Conservar la diversidad biológica

Dado que las comunidades indígenas y locales dependen de los ecosistemas locales y viven cerca de ellos, interactúan con el medio ambiente para mejorar la diversidad de las especies y la variación entre especies. Las leyes *sui generis* de propiedad intelectual pueden tener mecanismos para hacer cumplir la distribución de los beneficios cuando los investigadores utilicen el conocimiento indígena y local sobre recursos biológicos en sus ensayos y proyectos. En consecuencia, estas leyes brindarán un incentivo a esas comunidades para que continúen involucradas en actividades relacionadas con la propagación de la diversidad biológica.

A nueve años de la firma del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), ya nadie cree en la fantasía generada por el mercado según la cual la remuneración por el uso del conocimiento indígena y local será suficiente para que las comunidades vivan en forma sustentable en su tierra (y continúen produciendo innovaciones sostenibles para el medio ambiente). De hecho es igualmente posible que ese tipo de leyes cree incentivos a la sobreexplotación de recursos biológicos asociados con el conocimiento protegido (p.ej., plantas con propiedades medicinales).

Muchas comunidades indígenas y locales ya no viven cerca de los ecosistemas locales. Con relación a aquellas que sí lo hacen, hay evidencias de que una gran dependencia de los ecosistemas locales a veces conduce a un agotamiento total de los recursos. Esto ocurre cuando la demanda de un recurso local específico se vuelve mayor que la fuente local de ese recurso y no hay posibilidad de introducir un sustituto foráneo.

en el Artículo 1 (asumiendo que fueran técnicamente viables). Los puntos más candentes de esta discrepancia aparecen en el siguiente recuadro de opinión.

Artículo 2: Alcance

Estas disposiciones se aplican al conocimiento indígena y local en materia de recursos biológicos.

Comentario

Este artículo está diseñado para identificar la gama de materias que puede cubrir una ley *sui generis* de propiedad intelectual. El alcance de las siguientes opciones se limita al conocimiento *en materia de recursos biológicos*. Como dijimos en la introducción de esta sección, hemos tomado decisiones prácticas sobre qué temas podríamos intentar abarcar en este ejercicio. En principio, no hay motivos por los que una ley de propiedad intelectual no pueda abordar un espectro más amplio de temas.

Sería posible utilizar palabras distintas a 'conocimiento indígena y local' para describir el conocimiento protegido en estas disposiciones. Aunque son los términos que emplea el CDB, éste no requiere su uso a los países que lo

aplican. Por ejemplo, las mismas disposiciones podrían aplicarse a conocimiento 'tribal', 'consuetudinario', 'tradicional' o 'comunitario'.

Análogamente, como dijimos, también sería posible utilizar otra palabra en lugar de 'conocimiento' (p.ej., 'innovaciones'). Desde un punto de vista técnico, el término atribuido al material sujeto a la protección de la ley no es de gran importancia dado que cualquiera de estos términos podría ser definido de muchas maneras. El Grupo *Crucible* utiliza 'indígena y local' porque son los más conocidos y 'conocimiento' porque es el más conocido y suficientemente amplio en su espectro como para incluir todas las opciones presentadas en la Tercera Parte, 'Condiciones para la concesión de derechos'. En última instancia, se trata de definir qué materias quedarán sujetas a la protección de la ley, bajo qué circunstancias y quién detendrá derechos de propiedad sobre ellas.

Hay razones políticas para identificar el conocimiento mediante el uso de distintos términos en diferentes países. Por ejemplo, Indonesia y China no reconocen la existencia de pueblos 'indígenas' dentro de sus fronteras, aunque sí pueden llegar a reconocer perfectamente que hay pueblos marginados y culturalmente diferenciados dentro de sus territorios, que deberían beneficiarse de la aplicación de leyes como éstas. En otras partes del mundo, como América del Norte y del Sur y Australia, tendría probablemente más sentido utilizar los términos 'indígena' o 'aborigen', puesto que la justificación de la protección del conocimiento será asociada con el estatuto social, político y legal de los pueblos indígenas o aborígenes en esas partes del mundo.

Segunda Parte: Definiciones

Artículo 3: 'Indígena' y 'local'

Para los fines de esta Ley, los términos 'indígena' y/o 'local' se referirán a comunidades y pueblos, y las culturas de las comunidades y pueblos que:

Párrafo 1: Autodefinición

Opción 0

ninguna disposición [i.e., la autodefinición no forma parte de la definición]

Opción 1

se autodefinen como indígenas y/o locales

Párrafo 2: Otros criterios (externos)

Opción 0

ninguna disposición [i.e., no hay otros elementos de definición aparte de la autodefinición]

Opción 1

y satisfacen los siguientes criterios:

Elemento 1

descienden de poblaciones que habitaron un estado o área dentro de un estado en los tiempos de la conquista, o de la colonización, o durante la creación de las actuales fronteras nacionales

Elemento 2

descienden de poblaciones que habitaron durante [un número] de generaciones un estado o un área dentro de un estado

Elemento 3

se adscriben a prácticas culturales y económicas específicas y a tradiciones integralmente vinculadas a su ocupación y los usos consuetudinarios de sus territorios

Elemento 4

son gobernados total o parcialmente por sus propias costumbres y tradiciones

Elemento 5

conforman sectores no dominantes, social y económicamente marginados de la sociedad

Elemento 6

son étnicamente distintos del resto de la población del país en el que residen

Elemento 7

viven dentro de una jurisdicción política distinta [p.ej., municipalidades, distritos, territorios controlados por bandas]

Párrafo 3: Grupos explícitamente incluidos

Para una mayor claridad, además de cualquier otra comunidad o pueblo descritos arriba, esta Legislación se aplicará a los siguientes grupos dentro de [el país que aplica la ley]:

Opción 0

ninguna disposición [i.e., no se incluye ninguna lista de nombres de pueblos en la ley]

Opción 1

[esta ley incluye una lista de nombres de grupos específicos y/o pueblos dentro del país]

Párrafo 4: Miembros de los grupos

Opción 1

Las decisiones sobre la inclusión o exclusión de personas particulares dentro de una comunidad local o pueblo indígena se harán con referencia a los siguientes aspectos: (a) las leyes y prácticas consuetudinarias sobre la pertenencia a la comunidad o pueblo en cuestión, y (b) leyes internacionales y nacionales de derechos humanos.

Comentario

En este artículo no intentamos brindar opciones para la creación de una definición universal y positivista de 'indígena' (o 'local', con ese fin). Comprobamos que los patrones históricos de asentamiento y el actual estatuto socioeconómico de las poblaciones constituyentes dentro de distintos estados hacen extraordinariamente problemática la aplicación de una definición de ese tipo. De estado a estado y de región a región, también observamos que varían las ventajas políticas de definir 'indígena' con precisión, para una gama relativamente estrecha de aplicaciones, o de hacerlo más ampliamente, para incluir un espectro mayor de pueblos. Aquí brindamos una lista de opciones que fijan un marco general de referencia para ser consultado durante el proceso legislativo. Aunque el Grupo *Crucible* recomienda el principio de autodefinición, no recomienda o rechaza como grupo la inclusión de alguno o una combinación de estos elementos en las leyes nacionales. Expresamente, dejamos esa decisión a las partes involucradas en las actividades legislativas (incluyendo, esperamos, a los propios pueblos indígenas), cualquiera sea el estado.

La diferencia más importante entre estas opciones se da entre un enfoque que prioriza la autodefinición del grupo (Párrafo 1) y otro que coloca el poder de definición fuera de esas comunidades, mediante referencias a criterios fijos sobre qué constituye 'indígena' o 'local' (Párrafo 2). No es sorprendente que la evolución de los esfuerzos por desarrollar una definición de indígena en los círculos legales internacionales haya sido animada por la tensión entre estos dos enfoques. Por ejemplo, la mayoría de las opciones planteadas aquí han sido tomadas de cuatro documentos primarios: (1) el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT 169); (2) el Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas; (3) un estudio del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) titulado "The Study of the Problem of Indigenous Populations", de Martínez Cobo, 1986; y (4) el proyecto de la Declaración Interamericana de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Cada uno de estos documentos se caracteriza por la existencia de una tensión no resuelta entre el principio de la autodeterminación y la dependencia de criterios 'externos' para decidir quién es indígena o local¹⁸.

Las definiciones de 'indígena' y 'local' tienen dos importantes funciones dentro de un sistema para crear derechos *sui generis* de propiedad intelectual sobre el conocimiento indígena y local. En primer lugar, ayudan en la descripción del conocimiento que supuestamente debe ser protegido por las leyes. Segundo, describen a los beneficiarios de esas protecciones (tratados en el Artículo 13, 'Capacidad para los derechos', más abajo).

Al tratar conjuntamente los términos indígena y local en este artículo, no sugerimos que los 'pueblos indígenas' y las 'comunidades locales' deban definirse idénticamente (aunque podrían hacerlo si eso reflejara la realidad de la situación en un país en particular). Hemos brindado opciones que podrían ser incluidas en ambos términos y que permitirán a los lectores seleccionar por sí mismos cuáles utilizar para elaborar una definición de cada término por separado, si eligen hacerlo. Por ejemplo, es posible crear una definición de 'indígena' que exija a un pueblo la capacidad de rastrear su ascendencia hasta un punto anterior a la llegada de los colonizadores (Párrafo 2, Opción 1, Elemento 1). Otra posibilidad sería, dentro de la definición de 'local' del mismo marco legal, no exigir el rastreo de la ascendencia hasta ese punto (Párrafo 2, Opción 1, Elemento 2). Por otro lado, se podría optar por rechazar el requisito de la conexión ancestral para indígena y local (Párrafo 2, Opción 0).

Como se dijo en la introducción, ningún acuerdo internacional ni tampoco las leyes nacionales definen 'conocimiento indígena y local' o 'local'. El Convenio 169 de la OIT define 'indígena', pero esta definición es polémica y no universalmente aceptada.

Párrafo 1 (Autodefinición): Esta disposición permitiría a las comunidades determinar por sí mismas cuáles características deberían ser la base de sus propias identidades colectivas indígenas o locales. Las comunidades indígenas y/o locales podrían autodefinirse a partir de un espectro variado de criterios compartidos, como agrupamientos socio políticos, límites políticos y/o territoriales, clanes, tribus, naciones, religión, lenguaje, y otros. Ante la ausencia de autodefinición, presumiblemente las leyes nacionales especificarían un conjunto fijo de criterios unificadores y, si la comunidad no se autodefiniera sobre la base de esos criterios, quedaría excluida.

Probablemente 'local' incluiría una gama más amplia de bases sobre las cuales un grupo encontraría su identidad, incluyendo aspectos como posesiones, bases para la supervivencia, (p.ej., pueblos pescadores), comunidades geográfica o políticamente definidas, y otros.

El énfasis histórico en el concepto de autodefinición surgió en el contexto de la lucha de las poblaciones indígenas por el derecho a definirse como 'pueblos'. Al considerar una opción en una ley nacional que extendería a las comunidades locales el derecho a la autodefinición, el Grupo *Crucible* no tiene la intención de diluir la importancia cultural que para los pueblos indígenas tiene el derecho a determinar sus propias identidades colectivas e independientes como pueblos.

Párrafo 2 (Otros criterios (externos)): Hay un riesgo en recurrir a criterios externos, en la medida en que transfieren algo, y potencialmente todo, el poder de autodefinición en manos del pueblo en cuestión y lo entregan al gobierno, transformado en el poder de 'definir al otro'.

Párrafo 2, Elementos 1 y 2: La continuidad de la ascendencia histórica puede ser menos importante para la definición de 'local' que de 'indígena'. Dependiendo de la historia cultural y política del país, tampoco sería relevante para la identificación de 'indígena'.

Párrafo 2, Elemento 3: Existe el peligro de 'congelar' el proceso de la cultura de un pueblo al definirlo por sus prácticas y creencias. Extrañamente, el Artículo 8(j) del CDB conduce a considerar las prácticas como criterios de evaluación. Especifica "comunidades indígenas y locales que practiquen estilos de vida tradicionales".

Párrafo 2, Elemento 4: El riesgo de considerar la forma de gobierno de una comunidad es que a menudo privará al pueblo del reconocimiento como indígena o local porque anteriormente fue privado de sus derechos de autogobierno por potencias coloniales. Éste sería un criterio injusto para negarles el derecho a ser definidos como indígenas o locales.

Párrafo 2, Elemento 5: La dificultad de incluir la pobreza como uno de los criterios es que crearía incentivos para que las comunidades parecieran lo suficientemente pobres o marginadas para encajar en el significado de 'indígena' o 'local'. Por otro lado, este criterio se corresponde directamente con la motivación de muchas personas para respaldar este tipo de ley, cual es la de mejorar la economía y la vida de la gente pobre. Otra ventaja de este elemento sería la capacidad de estar completamente libre de la identidad étnica, si se lo aísla de los otros elementos presentados. La concesión de beneficios sobre la base de la identidad racial o étnica puede estar llena de problemas éticos y prácticos.

Párrafo 2, Elemento 6: Como se indicó antes, la mezcla de identidad étnica con beneficios o responsabilidades legales es potencialmente problemática. Por otro lado, parece estar implícita en gran parte del debate sobre este tema. Los responsables y promotores de las políticas tendrán que dar a este elemento buena parte de su atención, esté o no incluido en la legislación nacional.

Párrafo 2, Elemento 7: Esta disposición es similar a la utilizada en la Orden Ejecutiva No. 247 de Filipinas y regulaciones afines para definir 'local'. Pero esta definición puede ser problemática cuando la 'unidad política básica' no coincide con los límites de la comunidad autodefinida, por ejemplo en una

situación en que un límite municipal divide en dos a una comunidad que se considera a sí misma como una unidad. Este problema quedaría exacerbado en el caso de comunidades nómadas y de pastores.

Párrafo 3 (Grupos explícitamente incluidos): Para lograr mayor claridad, la idea aquí es que las leyes nacionales puedan elaborar una lista de estos grupos como referente para identificar grupos dentro del país que deberían ser incluidos. Obviamente, el uso de esos términos dependerá del grado de comprensión general sobre el significado del término existente en un país. La máxima flexibilidad se obtendría dejando la lista abierta, dando la posibilidad de incorporar nuevos grupos en el futuro.

Párrafo 4 (Miembros de los grupos): La condición de miembros de los grupos es importante para la resolución de tensiones que pueden surgir entre personas y tenedores colectivos de conocimiento (i.e., grupos, comunidades, pueblos). En algunos casos, será relevante cuando una persona dice no formar parte de una comunidad y por lo tanto no estar obligado a respetar los intereses de la comunidad en un aspecto del conocimiento sobre el que reclama derechos independientes e individuales. En otros casos, las personas querrán establecer que son miembros de la comunidad para estar habilitados para compartir los beneficios derivados de la protección obtenida por la comunidad sobre algún aspecto de su conocimiento (La porción a compartir dependerá de la fórmula de distribución de beneficios adoptada por la comunidad en su conjunto).

Dependiendo de las leyes y prácticas de diferentes pueblos, es posible que personas no nacidas en esas comunidades puedan ser finalmente aceptadas como miembros, con el derecho de una participación completa en los beneficios, derechos y responsabilidades comunales.

Las legislaciones internacionales y nacionales sobre derechos humanos fijarían ciertos límites externos a las bases sobre las que un colectivo puede retirar a una persona la calidad de miembro. Por ejemplo, iría contra las leyes internacionales (y en algunos casos también las leyes nacionales)

Recomendación

Manteniendo el texto del Proyecto de Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas a consideración de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, recomendamos a los estados evitar la importación de definiciones genéricas del término 'indígena' de otros países. Los estados que estudian formas *sui generis* de proteger la propiedad intelectual del conocimiento indígena y local deberían trabajar con los pueblos existentes dentro de sus fronteras para determinar qué grupos se beneficiarán de la extensión de esas leyes. Al hacerlo, los estados deberían respetar el principio según el cual la autodefinición es fundamental para determinar qué pueblos son indígenas. La misma recomendación se aplica para determinar qué grupos son locales.

discriminar (i.e., quitar la calidad de miembro) a personas sobre la base del sexo, opinión política, creencias religiosas, estado civil, y demás. Equilibrar de este modo los derechos individuales y los colectivos es un ejercicio de fuerte contenido político. No pretendemos en este párrafo haber alcanzado ese equilibrio. Nuestros comentarios aquí sólo se proponen alertar a los lectores sobre el hecho de que el logro de tales equilibrios (o desequilibrios) es parte inevitable de la creación y gestión de una ley *sui generis* de propiedad intelectual sobre el conocimiento indígena y local que confiera derechos a las comunidades.

Artículo 4: Conocimiento indígena y local

Opción 1

El conocimiento indígena y local es aquél detentado y/o producido por comunidades indígenas y locales dentro de contextos culturales que pueden ser identificados como indígenas y locales.

El conocimiento indígena y local puede ser desarrollado y aumentado durante generaciones por un gran número de personas, incluyendo comunidades o grupos de comunidades.

Comentario

Los términos 'indígena' y 'local' en el término combinado 'conocimiento indígena y local' pueden interpretarse como: (1) la identidad de los creadores / perfeccionadores / tenedores del conocimiento, y (2) el ambiente cultural en el que fue producido el conocimiento. La mayor parte de los comentarios sobre este tema (así como el texto del CDB, Artículo 8(j)) parecen asumir que se refieren a ambos. Los generadores del conocimiento deben ser indígenas o locales. El ambiente o contexto cultural en el que se produce el conocimiento debe ser identificable como indígena o local.

Dada la definición de conocimiento indígena y local que manejamos aquí, sería posible impugnar su protección sobre la base de que no fue desarrollado como parte de una práctica suficientemente imbuida de las culturas indígenas y/o locales. Esto podría convertirse rápidamente en un lamentable debate judicial sobre qué es o qué no es parte de las culturas indígenas o locales. Una forma de evitar este posible escenario sería definir el conocimiento indígena y local como aquél que detentan o desarrollan miembros de comunidades indígenas y locales, sin referencia alguna al contexto cultural en el que se genera. Este enfoque evitaría posibles declaraciones sobre la autenticidad cultural, pero también drenaría el contenido justificativo de la definición. Parte de los motivos por los que vale la pena proteger el conocimiento indígena y local es que se genera en asociación con el *ethos* cultural de los pueblos indígenas y comunidades

locales y es, a su vez, expresión de éste. Poner el énfasis en la identidad cultural de los tenedores del conocimiento, al extremo de excluir toda consideración sobre el contexto cultural en que se genera el conocimiento, resulta inapropiado para algunos miembros del Grupo *Crucible*.

Este tipo de atribución cultural, resulte cómodo o no, es un aspecto inevitable de un esfuerzo legal justificado al menos en parte por una conexión normativa entre el contexto cultural y los derechos y potestades positivos. Una forma de minimizar las dificultades asociadas con este aspecto sería estructurar la ley para que permitiera a las comunidades indígenas y locales identificar los aspectos relevantes de sus propias culturas.

No estamos proponiendo que todo aquello que encaje en esta definición sea protegido mediante la legislación *sui generis* de propiedad intelectual, o al menos el tipo de ley *sui generis* que consideramos aquí. La definición brinda un esquema general sobre el tipo de conocimiento que podría quedar sujeto a esas leyes. En la Tercera Parte, 'Condiciones para la concesión de derechos', estudiamos varias opciones que los legisladores pueden usar para identificar con precisión el conocimiento indígena y local que podría ser habilitado para la protección.

Artículo 5: Recursos biológicos

Los recursos biológicos incluyen recursos genéticos, organismos o partes de los mismos, poblaciones o cualquier otro componente biótico de ecosistemas.

Comentario

La definición proviene del CDB, Artículo 2.

Tercera Parte: Condiciones para la concesión de derechos

Introducción

Como se anotó anteriormente, el éxito de este esfuerzo depende de la capacidad de la ley para identificar claramente subunidades, o partes, del conocimiento de los pueblos indígenas y locales. Durante el trabajo para establecer una serie de criterios dirigidos a identificar estas partes del conocimiento indígena y local, planteamos las siguientes preguntas:

¿La protección debe limitarse a ciertos subconjuntos de conocimiento relativos a los recursos biológicos?

¿Cuáles son los criterios cualitativos, si los hay, que deban ser usados para discriminar solicitudes de protección del conocimiento dentro de las diversas áreas definidas como sujeto de protección? ¿Deberá estar resguardada por la

cualidad de la confidencia? ¿Deberá estar materializada de alguna manera? ¿Deberá ser novedosa? ¿Original? ¿Protegida consuetudinariamente? ¿Deberá satisfacer algún otro criterio?

En cada uno de los artículos de esta parte, seguimos un esquema básico similar. Empezamos con una opción (Opción 0) que rechaza la 'condición para la protección' que es sujeto del artículo. Luego brindamos una opción (Opción 1) para adoptar alguna versión de esa misma condición de protección. En términos generales, nuestras 'Opciones 1' se asemejan, en todo lo posible, a la forma como las leyes de propiedad intelectual existentes emplean una condición para otorgar la protección, pero con modificaciones, si son necesarias, para adaptar esas condiciones a la protección de conocimiento indígena y local. Así, por ejemplo, en el Artículo 10, 'Novedad', nuestra Opción 1 no es una simple reproducción de la novedad como se la entiende en la legislación existente sobre patentes, porque como grupo sentimos que un criterio de novedad no modificado simplemente no daría resultado en el contexto de las leyes de propiedad intelectual para conocimiento indígena y local. En consecuencia, nuestra Opción 1 para 'novedad' introduce una modificación significativa de la forma como la novedad aparece en la legislación de patentes (i.e., nos referimos a novedades *fuera de la comunidad*).

Si sentimos que una condición para la protección, tomada 'tal como está' en las leyes de propiedad intelectual existentes, no es útil o aplicable al conocimiento indígena y local, no la incluimos. Por ejemplo, no incluimos la condición de no-obviedad, derivada de las leyes de patentes. En éstas, la no-obviedad significa 'no obvio para alguien capacitado en el área de especialidad a la que se refiere la invención, en el momento en que la invención fue hecha'. Esta disposición tiene su principal razón de ser en la necesidad de evitar la concesión de patentes a novedades que se producirían espontáneamente (y restringir así el derecho del público a usarlas). Exigir una instancia demostrativa de la no-obviedad del conocimiento indígena y local antes de otorgarle la protección equivaldría a ignorar que gran parte del conocimiento indígena y local ha sido desarrollado e incrementado durante generaciones por muchas personas. Aunque fuera posible¹⁹, no habría necesidad de someter al conocimiento indígena y local a una prueba de obviedad. Posiblemente (por motivos discutidos en la introducción a esta sección), hay razones independientes para crear protecciones de la propiedad intelectual *sui generis* para el conocimiento indígena y local. Quizás la motivación primaria para crear este tipo de protecciones es no fomentar entre los pueblos indígenas y locales la necesidad de hacer agregados no obvios a su conocimiento cuando no lo habrían hecho en otras condiciones. Estamos interesados en proteger su conocimiento y sus culturas de un modo que respete la forma como se están produciendo.

Luego de identificar las dos posiciones extremas sobre la condición para la protección en las Opciones 0 y 1, examinamos formas de crear un ámbito

intermedio entre ambas. En muchos de los artículos, nuestro enfoque al crear este ámbito intermedio ha sido ahondar en la definición y modificar aquellos términos adoptados en la Opción 1 para adaptarlos mejor a la naturaleza única del conocimiento indígena y local. (En estos casos, brindamos definiciones alternativas en un segundo párrafo de definiciones, en el mismo artículo.) En otros artículos hemos optado por crear una opción completamente nueva, que supera las distinciones entre las Opciones 0 y 1. (En estas instancias, presentamos las opciones intermedias como Opciones 2, 3 y siguientes).

No siempre se tendrá la libertad de elegir la Opción 0 en cada caso. No es posible superar el problema de tener un sistema que se parece demasiado a las leyes de propiedad intelectual existentes mediante el simple rechazo de cada condición para la protección utilizada actualmente por esas leyes (p.ej., novedades en las leyes de patentes, originalidad en los derechos de autor, etc.). Es necesario tener algunos criterios eficaces para identificar el conocimiento que será sujeto de los derechos establecidos por una ley *sui generis* de propiedad intelectual. Por lo tanto, si han de rechazarse esos criterios, es necesario tener algo para sustituirlos. De lo contrario, el sistema no funcionará y caerá por su propio peso, porque no habrá una base sobre la cual adjudicar las solicitudes que compiten entre sí por lo que debería y no debería ser protegido en armonía con la ley.

Por otra parte, al leer esta parte debe recordarse que sólo abordamos el tema de las posibles condiciones para la protección y no los derechos conferidos a poseedores de la propiedad intelectual a los que se otorga esa protección. Separamos estos dos temas a propósito, para subrayar el potencial de flexibilidad existente al relacionar las condiciones para la protección con distintos derechos.

Artículo 6: Requisitos generales

La protección se otorgará al conocimiento indígena y local que cumpla los requisitos estipulados a continuación.

Artículo 7: Subcategorías del conocimiento indígena y local relativas a los recursos biológicos

Opción 0

ninguna disposición [i.e., no hay otras restricciones sobre el contenido del conocimiento que podría protegerse que las inherentes a las opciones sobre la definición de 'conocimiento indígena y local' y 'recursos biológicos' en los Artículos 3 y 4, más arriba]

Opción 1

Por medio de estas disposiciones se protegerá el conocimiento indígena y local sobre los recursos biológicos:

Elemento 1

puede incluir información sobre el significado y el papel de varias especies de flora y fauna en las prácticas espirituales

Elemento 2

puede incluir información sobre la ubicación de los recursos biológicos en los territorios de comunidades indígenas y locales

Elemento 3

puede incluir información sobre la relación entre los elementos constitutivos de ecosistemas locales y el uso de la tierra o de los recursos naturales

Elemento 4

debe estar relacionado con la conservación y el uso sustentable de la diversidad biológica

Elemento 5

debe estar asociado con los usos prácticos o las aplicaciones o las propiedades de materiales biológicos

Elemento 6

debe estar asociado con las mejoras o alteraciones de los recursos biológicos

Comentario

Podría decirse que un amplio espectro del conocimiento indígena y local está relacionado con los recursos biológicos. Por ejemplo, las canciones folklóricas, las creencias espirituales y las aplicaciones prácticas. La Opción 1, Elementos 1 a 6, brinda categorías de conocimiento sucesivamente más estrechas.

Opción 0: Evita la subcategorización del conocimiento y, por lo tanto, extiende las disposiciones a todo el conocimiento relacionado con los recursos biológicos, incluyendo todas las categorías de las Opciones 2-6.

Opción 1, Elementos 1-3: Se explican por sí mismos.

Opción 1, Elemento 4: Fue tomado del Artículo 8(j) del CDB. No obstante, posee una extrema vaguedad; es difícil imaginar qué tipo de conocimiento entraría en esta descripción. La inclusión de este tipo de lenguaje en una ley nacional podría plantear enormes dificultades.

Opción 1, Elemento 5: Se inspiró en el modelo de Ley de Derechos Intelectuales Comunitarios de la Red del Tercer Mundo, que protege "el conocimiento acumulativo sobre tecnología de uso, propiedades, valores y procesos de cualquier variedad de planta, o cualquier planta o parte obtenida de la misma, cualquiera sea su uso o valor o éstos se hayan incrementado". Una vez más, acotar de este modo el alcance del conocimiento protegido tiene sentido cuando la intención es proteger el conocimiento indígena y local en el contexto de los temas relacionados con recursos genéticos, diversidad biológica, seguridad alimentaria y optimización de innovaciones importantes. La interpretación de esta opción podría incluir información biológica relacionada con la aplicación médica de plantas silvestres.

Opción 1, Elemento 6: Es la opción más acotada. Protegería únicamente el conocimiento incorporado en un recurso biológico mejorado, como una nueva variedad vegetal o una vaca obtenida por distintos cruces genéticos. No incluiría las aplicaciones útiles de los recursos biológicos existentes, tales como los usos medicinales de plantas silvestres.

En este contexto, un tema difícil de abordar es si la protección se extendería o no a los genes responsables de expresiones fenotípicas novedosas en plantas mejoradas por comunidades indígenas y locales (con independencia de que los mejoradores indígenas o locales probablemente no sean capaces de identificar los genes causantes de las manifestaciones fenotípicas). Es importante tener en cuenta lo que esta situación implica. Tiene poco sentido imputar a pueblos indígenas y locales conocimiento del que carecen (en este caso, sobre estructura genética, mecanismos bioquímicos y temas por el estilo). No obstante, el conocimiento que sí tienen, sobre las propiedades de ciertas plantas, puede conducir al aislamiento y posterior uso de los factores genéticos causantes de esas propiedades. Este aislamiento y uso consiguiente pueden ser rutinarios, en algunos casos, o altamente inventivos, en otros, pero en todos ellos el proceso dependerá directamente de la observación original, quizás combinada con la conservación del recurso vegetal. No se trata de otorgar derechos a los que conservaron las plantas o a los técnicos que extraen los genes sino, según la situación, de reconocer las contribuciones de ambos.

Artículo 8: Confidencialidad

Párrafo 1: El requisito de confidencialidad

Opción 0

ninguna disposición [i.e., la confidencialidad no es condición para la protección de la ley]

Opción 1

Para ser objeto de la protección que otorga esta Ley, el conocimiento debe tener la cualidad de la confidencialidad.

Párrafo 2: Definición de confidencialidad

Para los fines de esta Ley, el conocimiento será considerado confidencial cuando:

Elemento 1

es secreto, es decir que no es conocido en el ámbito general o de fácil acceso a las personas, fuera del grupo que solicita la protección, que normalmente trata con el tipo de conocimiento en cuestión

Elemento 2

ha sido sujeto a medidas razonables para proteger el secreto por la parte que solicita la protección

Elemento 3

la parte que obtiene la información debe saber, o haber sabido, que la información debía ser mantenida en secreto o en carácter confidencial

Párrafo 3: Confidencialidad y terceras partes

Elemento 1

Las partes que en el futuro obtengan el conocimiento de buena fe, y sin saber que fue obtenido mediante una violación de la confidencia, serán consideradas partes de la relación confidencial.

Comentario

Según se entiende en los secretos comerciales, la confidencialidad, o mejor dicho su violación, depende de la existencia de una relación confidencial entre la parte detentora del conocimiento y la parte que presuntamente obtuvo el conocimiento de modo incorrecto. Por lo tanto, para que el conocimiento sea protegido por la confidencialidad, debe haber sido revelado a la parte infractora de modo tal que se obligara a no transmitirlo a nadie más. En consecuencia, si un tercero, sin saberlo, obtiene conocimiento de una segunda parte que ha violado la confidencialidad, el tenedor del conocimiento no podrá iniciar una acción legal contra este tercero. De esta manera, la confidencialidad se diferencia de las otras condiciones de protección incluidas en esta Tercera Parte. Todas las demás condiciones de protección se aplican a cualquier persona dentro de la jurisdicción, independientemente de su relación con la parte que reclama el derecho de propiedad intelectual.

Por supuesto, la definición de confidencialidad no está escrita de manera perenne y uno de nuestros objetivos es explorar posibles adaptaciones de las doctrinas existentes sobre propiedad intelectual, para ver si pueden acomodarse a la naturaleza especial del conocimiento indígena y local. Los legisladores podrían considerar la aprobación de una ley que podría evitar

que terceras partes honestas usen un conocimiento obtenido de segundas partes mediante la violación de la confidencialidad. (Ésta es la opción brindada en el Párrafo 3, Elemento 1.) En algunos países, las leyes de propiedad privada funcionan exactamente de este modo. Por ejemplo, si una tercera parte honesta y confiada compra un automóvil robado, el título de propiedad del coche sigue siendo del propietario original, a quien le fue robado el vehículo y, por consiguiente, el automóvil será devuelto al primer propietario. Esto no significa que la tercera parte no disponga de recursos, ya que podría presentar una demanda contra el ladrón por el dinero perdido.

Pero más importante es que la parte que posee el conocimiento original podría prohibir a terceros la transmisión de la información confidencial a partes subsiguientes.

No obstante, la aplicación de la presunción de confidencialidad propuesta en el Párrafo 3, Elemento 1, presenta inconvenientes que deben ser tenidos en cuenta. El conocimiento es distinto de un objeto como un automóvil, ya que un automóvil pertenece a alguien. El conocimiento no. ¿Es correcto que, al publicar o comunicar el conocimiento, una persona corra el riesgo de ser acusada de violar una obligación de confidencialidad sobre la que nada sabía? El intercambio de conocimiento es bueno en sí mismo y, en la medida de lo posible, no debería ser obtaculizado. También hay una dificultad puramente práctica: ¿en qué etapa cesa la presunción de confidencialidad, si es que cesa? Si el conocimiento originalmente confidencial se difunde ampliamente con el tiempo, ¿será de alguna utilidad decretar ilegales los nuevos usos del conocimiento o su divulgación?

El beneficio de la legislación de secreto comercial, desde el punto de vista de los legisladores que elaboran las leyes *sui generis* de propiedad intelectual para proteger el conocimiento indígena y local, consiste en que su alcance es relativamente ilimitado. Existiendo legislación sobre secretos comerciales, ésta se puede aplicar a planes empresariales, listas de clientes, fórmulas, etc.

De esta manera, es mucho más flexible que la legislación de patentes, limitada en alcance a las invenciones; que las leyes de derechos de autor (copyright), limitadas a las 'obras' (una categoría bastante amplia); que las leyes de protección de las variedades vegetales, limitadas a las variedades de plantas; y así por el estilo. En parte, la importancia de esta característica depende de las otras condiciones para la protección que los formuladores de las políticas podrían utilizar simultáneamente en su ley *sui generis*. Por ejemplo, si no se eligen otras condiciones, la confidencialidad podría, por sí sola, abarcar una gama potencialmente más amplia de conocimiento indígena y local en materia de recursos biológicos de lo que las otras condiciones, por sí solas o combinadas, podrían permitir.

Es importante comprender las diferencias entre confidencialidad, novedad y originalidad. El conocimiento sobre una tecnología que una comunidad o empresa puedan estar desarrollando podría seguir siendo confidencial, aunque no fuera novedoso. Asimismo, si una empresa posee

una fórmula —aunque no la haya creado o inventado—, el hecho podría ser aún confidencial, aunque no original. De estas formas, la confidencialidad puede distinguirse tanto de la novedad como de la originalidad.

Existen aún casos en que las leyes de secreto comercial han sido utilizadas para proteger el conocimiento indígena. Hay un caso australiano en que la violación de la confidencialidad fue invocada para impedir que un antropólogo publicara información que había obtenido en calidad de confidencia de miembros de una comunidad aborígen²⁰.

Lógicamente, hay otros aspectos interesantes y relevantes de la legislación de secreto comercial, como los derechos conferidos a los titulares de secretos comerciales (p.ej., en general, aunque no siempre, son no exclusivos), la duración de esos derechos (en principio, sin límite de tiempo), etc. Pero parte de la naturaleza de este ejercicio, como se dijo antes, es desagregar las leyes de propiedad intelectual existentes y estudiar esos elementos separados, junto con otros elementos nuevos, para poder avanzar hacia la creación de un sistema *sui generis* alternativo. Por este motivo, prescindiremos del examen de los derechos conferidos hasta la Cuarta Parte.

Artículo 9: Forma: materialización del conocimiento sujeto a protección

Opción 0

ninguna disposición [i.e., el conocimiento no debe estar materializado de ningún modo, aunque podría estarlo]

Opción 1

Para ser considerado objeto de protección de conformidad con esta Ley, el conocimiento indígena y local debe estar, al menos temporalmente, fijado o manifestado en una forma corpórea o materializada [i.e., aplicación física, reacción, escritura, grabación en cinta de sonido, planta, microbio, animal, reacción química, etc.].

Opción 2

Para ser considerado objeto de protección de conformidad con esta Ley, el conocimiento indígena y local debe ser demostrable.

El conocimiento indígena y local es demostrable si incluye cualquier forma de almacenamiento, costumbres, métodos o prácticas en los que se manifiesta el conocimiento indígena y local.

Comentario

El propósito de este artículo es que los legisladores tomen conciencia de que deben definir qué aspectos del conocimiento indígena y local serán

protegidos. Para alcanzar la protección, el conocimiento ¿debe estar materializado de alguna forma?, ¿puede ser enteramente intangible, sin ninguna manifestación física? o ¿la ley puede obviar esta distinción?

Para empezar a abordar este tema, los responsables políticos deben plantearse a sí mismos algunas preguntas. ¿A cuál conocimiento se refieren las personas cuando hablan sobre la protección del conocimiento indígena y local? ¿Están hablando de conocimiento materializado en cosas (p.ej., papas adaptadas a condiciones locales) y en relaciones entre cosas (p.ej., ingerir cierta planta para aliviar la diabetes; la coincidencia observada entre el aumento de la salinidad del océano y la disminución de la natalidad de las focas)? ¿O están hablando sobre conocimiento sin aplicación técnica, como ideas, lenguaje, argumentos o información general sobre sus propias culturas?

Recuadro de Opinión 5: ¿El conocimiento debe estar 'materializado' para ser protegido?

Sí. Sólo la propiedad materializada debería estar protegida.

La idea de restringir el asunto sujeto a protección a aquello materializado está llena de complicaciones, ya que en muchos casos la línea de distinción no es clara. Por ejemplo, las leyes de patentes *per se* no protegen los teoremas científicos y tampoco lo hacen las leyes de derechos de autor. Pero las leyes de patentes protegerán las aplicaciones técnicas del teorema. Si el teorema sólo puede ser aplicado de una manera, entonces la ley de patentes lo protege en todos sus fines prácticos. Al limitar lo protegido insistiendo en su fijación o su aplicación física, la variedad del material a ser protegido quedará limitada a lo prácticamente razonable. Es cierto que la 'materialización' descalificará una buena parte del conocimiento indígena y local que de otro modo podría ser protegido. Pero ésta es una restricción razonable para producir un sistema práctico, con derechos limitados, definibles y de cumplimiento obligatorio. Por otra parte, al menos en lo que respecta a los recursos biológicos y genéticos, gran parte de ese conocimiento quedará materializado.

No. El conocimiento 'no materializado' también puede ser protegido.

La protección *sui generis* para el conocimiento indígena y local es necesaria porque las categorías preexistentes de propiedad intelectual protegida creadas por varios sectores de leyes de propiedad intelectual (i.e., derechos de autor, patentes y legislación de protección de variedades vegetales) desde un principio no fueron adecuadas. Al crear nuevas protecciones no deberíamos sentirnos temerosos cuando tengamos que deshacernos de viejas doctrinas. Gran parte del conocimiento indígena y local está materializado (digamos, en la forma de un uso particular de una planta medicinal), pero su mayor parte no lo está. En términos generales, el conocimiento indígena y local se transmite oralmente y no se encuentra 'fijado', en el sentido que la legislación de derechos de autor de Estados Unidos da a esa palabra. De modo similar, gran parte del conocimiento indígena (p.ej., conocimiento cultural, espiritual, histórico y legal) no se encuentra corporeizado en alguna aplicación práctica. Extender la protección de la propiedad intelectual al conocimiento no materializado tiene el efecto de aislar conocimiento que no quedaría protegido si se exigiera la materialización o fijación. En los casos en que esto pudiera tener consecuencias serias sobre el libre flujo de la información, podría alegarse que el conocimiento indígena y local debería estar sujeto a un tratamiento excepcional por las siguientes razones: (1) en su forma, el conocimiento indígena y local difiere de otros conocimientos, y por lo tanto requiere el beneficio de criterios amplios; y (2) los pueblos indígenas y locales han sido desposeídos de tierras y poder económico y cultural durante tanto tiempo que son necesarias medidas legislativas adicionales para promover sus intereses. Un sistema práctico debe requerir demostrabilidad, pero la materialización no es esencial para ello.

Se dice que las leyes de propiedad intelectual protegen la propiedad intangible, pero para que la propiedad intangible sea objeto de la protección, muchas leyes de propiedad intelectual exigen algún nexo entre la propiedad intangible y su expresión física en invenciones, variedades de plantas, trabajos documentados, desempeño físico y otros. Por ejemplo, las leyes de patentes protegen 'invenciones' o 'innovaciones'. Aunque la definición de 'invención' varía de un país a otro, siempre incluye alguno de los siguientes elementos: elaboración o composición artística procesada o mecánica de la materia, que sea nueva y útil o constituya una mejoría nueva y útil²¹. Por otra parte, sólo aquellas invenciones 'útiles' pueden ser protegidas. En general, en la legislación de patentes, por 'utilidad' se entiende que la invención podría funcionar físicamente, aun cuando no estuviera construida físicamente en el momento de la solicitud. La legislación de protección de variedades vegetales protege sólo a aquellas variedades de plantas que existen realmente y no a plantas teóricas o hipotéticas. No sucede lo mismo con los secretos comerciales, ya que no deben estar materializados en ninguna forma en particular. Tampoco es aplicable a los derechos de publicidad, derechos de la personalidad o una variedad de derechos 'de vecindad' en gestación.

Esta discusión no pretende sugerir que las leyes *sui generis* de propiedad intelectual para el conocimiento indígena y local sólo deben proteger el conocimiento siguiendo uno u otro argumento. De hecho, no hay motivos por los que no puedan ser moldeadas y extendidas al conocimiento desde ambas concepciones, y éste es un tema que definitivamente debe ser considerado. En las discusiones sobre protección de propiedad intelectual para el conocimiento indígena y local surge una gran confusión cuando no se analiza en forma apropiada este tema fundamental.

Una formulación (y habría muchas) que atraviesa la línea divisoria entre materializado o no materializado es la de la demostrabilidad, que podría definirse utilizando una forma exclusiva de definición que mantenga su cualidad original. Por ejemplo, podría incluirse el conocimiento que ha sido reducido a escritos o símbolos y, también, el que sea demostrable a través de prácticas rituales o de nominación.

Artículo 10: Novedad

Párrafo 1: Requisito de novedad

Opción 0

ninguna disposición [i.e., sin requisito de novedad]

Opción 1

Para ser protegido por estas disposiciones, el conocimiento debe ser novedoso fuera del grupo o comunidad que reclama el derecho de propiedad intelectual.

Párrafo 2: Medios de divulgación pública

El conocimiento se considerará novedoso si no ha sido revelado al público por nadie fuera de la comunidad o comunidades detentoras del conocimiento:

Elemento 1

por ningún medio [i.e., no es conocido fuera de la comunidad]

Elemento 2

por vía de la publicación a través de un medio fijo (p.ej., televisión, radio, artículos en revistas, publicaciones académicas, etc.) fuera de las comunidades pertinentes [i.e., cualquier otra forma de divulgación que no fuera la publicación formal no lo descalificaría como novedad. Por ejemplo, si se conociera oralmente, aún sería novedoso]

Elemento 3

por medio de transacción comercial fuera de la comunidad o comunidades que solicitan el derecho de propiedad intelectual [i.e., cualquier otra forma de divulgación no descalificaría el conocimiento como novedoso; por ejemplo, podría ser impreso en un boletín académico y aún ser novedoso, siempre y cuando no haya sido sujeto a transacción comercial]

Párrafo 3: Período de gracia

El conocimiento se considerará novedoso si no ha sido divulgado por los medios descritos en el Párrafo 2 por un tiempo mayor a:

Opción 1

[número] años.

Opción 2

[períodos de tiempo más largos o más cortos] para [tipos de conocimiento especificados].

Comentario

Párrafo 1 (Requisito de novedad): Podría ser más apropiado no incluir un requisito de novedad, ya que éste requiere que el conocimiento protegido no exista en ninguna otra parte (en las formas estipuladas por la legislación). La novedad, en el contexto de las leyes de patentes, es una forma por la cual se constituye el monopolio de la patente. En la legislación de patentes, una invención que es esencialmente igual que una invención anterior —aunque haya sido creada independientemente de la segunda—, no da derecho al último inventor a obtener una patente. Una de las razones es que ya no es novedosa. Las leyes de derechos de autor contrastan con esto porque dan

lugar a la posibilidad de un origen doble, i.e., el hecho de que dos obras sean sustancialmente la misma no impide que el autor de cada una de ellas solicite derechos de autor, con la condición de que las obras hayan sido generadas independientemente una de la otra.

La imposición del requisito de novedad tiene sentido si se cree que el beneficio de un monopolio fuerte es necesario como incentivo para llevar al dominio público ciertos tipos de conocimiento, ya que éste requiere ayuda a constituir una buena recompensa y, por lo tanto, un incentivo. Sin embargo, en el caso de la propiedad intelectual *sui generis* indígena o local, no intentamos usar los derechos de monopolio para paliar el fracaso en el mercado generado por las características públicas y positivas propias del conocimiento. En cambio, intentamos proteger un sistema de innovación indígena y local que ya existe, funciona y no está sujeto a los usuales problemas de fracaso en el mercado.

El requisito de novedad es contrario a la protección del conocimiento que ha sido generado por un gran número de personas o comunidades durante un largo período. Los límites de las comunidades son porosos. A diferencia de las innovaciones de la alta tecnología, desarrolladas en el ámbito de un laboratorio del sector formal durante un período relativamente corto, no existen muchos mecanismos para evitar que el conocimiento mantenido dentro de una comunidad se disemine fuera de ella. El problema se agudiza por el hecho de que una gran parte del conocimiento indígena y local ha permanecido en las comunidades durante mucho tiempo (y ha llevado largo tiempo desarrollarlo), teniendo por lo tanto más tiempo para filtrarse al resto del mundo.

Además, sin el requisito de novedad, más de una comunidad podría exigir un derecho de propiedad intelectual con relación al conocimiento igual o muy similar, por ejemplo la combinación y uso de medicinas basadas en plantas.

De todas maneras, si se decide incluir un requisito de novedad, podría definírselo para que pudiera adaptarse un poco más de lo que se define en las leyes de patentes a la naturaleza especial del conocimiento indígena y local. Por ejemplo, en la Opción 1 el requisito de novedad rige *fuera del grupo de personas o comunidad que reclama el derecho de propiedad intelectual*. El conocimiento puede haber existido dentro de la comunidad por un largo tiempo y aún ser novedoso si no fue distribuido, comercializado, sujeto a transacciones o publicado fuera de la comunidad.

Concebir la novedad de esta manera sirve a dos propósitos. Primero, respeta el hecho de que el conocimiento indígena y local pueda acumularse lentamente, durante generaciones, y existir dentro de una comunidad durante un largo período antes de que esa comunidad decida someter ese conocimiento a leyes *sui generis* de propiedad intelectual. Segundo, respeta el hecho de que toda la comunidad pueda participar en el desarrollo acumulativo de ese conocimiento, y como toda la comunidad puede ser el 'autor' del conocimiento, tiene sentido que el requisito apropiado sea la novedad fuera de la comunidad o del autor colectivo.

Párrafo 2 (Medios de divulgación pública): Además, la 'novedad fuera de la comunidad' puede ser definida de modo que sea más o menos manejable para el conocimiento indígena y local. El párrafo 2 presenta elementos sucesivamente menos restringidos en términos de lo que puede reconocerse como novedad.

Párrafo 2, Elemento 1: Es el más restringido y estipula que el conocimiento no es novedoso si alguna vez ha sido divulgado fuera de la comunidad, con independencia de si alcanzó amplio conocimiento público o no.

Párrafo 2, Elemento 2: Es menos restringido, excluyendo de la novedad a todo conocimiento que haya sido sujeto de publicación en un medio fijo.

Por último, por el **Párrafo 2, Elemento 3**, todo conocimiento sería novedoso excepto el que ha sido sujeto de una transacción comercial antes de la fecha de la solicitud de propiedad intelectual. Esta opción deja abierta la posibilidad de que gran parte del conocimiento indígena y local, no obstante estar difundido en el mundo, pueda ser calificado como novedoso. (El principio de la novedad comercial está incluido en los sistemas de información sobre patentes de algunos países, así como en el Artículo 38.2 del Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), dentro del contexto de determinar cuándo debe comenzar la protección de diseños).

La definición de publicación debe ser considerada a la luz de la gama total de tecnologías digitales y comunicaciones electrónicas. ¿Se consideraría no publicado un conocimiento comunicado en Internet porque no es un medio fijo? Esto tendría un resultado disímil, dado que la colocación en Internet alcanzaría un público potencialmente mucho más amplio que un artículo en un boletín o un periódico. ¿Y cuál sería el caso de las noticias enviadas regularmente a un grupo, de acceso limitado, o de las redes electrónicas locales de grupos indígenas o locales, de acceso restringido? La publicación, en el sentido de los derechos de autor, significa la distribución de copias al público, y muchas formas de comunicación digital, aunque no incluyan un 'medio fijo', implican la distribución de copias al público. La existencia de una copia en la memoria de acceso de una computadora, por ejemplo, ha sido considerada una copia al menos por una corte judicial. Por otra parte, no todas las emisiones televisivas implican fijación y muchas emisiones son fijadas simultáneamente en el momento de la difusión.

Podría ser de gran beneficio para los pueblos indígenas y locales incluir una advertencia jurídica para que, si el conocimiento fue publicado sin el CIP de la comunidad, esa publicación no constituya impedimento para alegar la novedad. La gran pregunta con esa advertencia es si debiese ser retroactiva. Habría menos objeciones a esta disposición si sólo se aplicara a publicaciones futuras (a menos que haya consentimiento). Después de

todo, hay una gran cantidad de investigaciones etnobotánicas y antropológicas con altas probabilidades de ser consideradas 'de dominio público', aunque las condiciones en las que fueron hechas (contextos coloniales, incluyendo a personas con una comprensión limitada del mundo académico, con traducciones dudosas, etc.) no constituirían un CIP en los términos actuales.

Párrafo 3 (Período de Gracia): Este párrafo permite que el conocimiento indígena y local continúe siendo novedoso aunque haya sido divulgado en alguna de las formas previstas en el Párrafo 2. Cuanto más largo sea el período de gracia, más posibilidades tendrá la ley de contemplar el conocimiento indígena y local que ha sido divulgado fuera de la comunidad por cualquiera de los medios indicados en el Párrafo 2. Estos períodos de gracia están incluidos en las leyes de patentes de Estados Unidos y Canadá para: (a) dar a los inventores un cierto tiempo para poner a prueba sus invenciones en el mercado antes de iniciar el trabajoso proceso de obtención de una patente; y (b) proteger a los inventores cuyo trabajo se 'filtra' al público mientras se preparan para solicitar la protección de una patente. Se ha sugerido que podrían obviarse las dificultades planteadas por un requisito de novedad con un período de gracia indefinido.

Fracaso de la novedad por violación de la confidencialidad

El carácter novedoso del conocimiento se desvirtúa cuando se lo difunde y, por lo tanto, pierde la característica que lo hace objeto de la protección (si la ley incluye la novedad como precondition de la protección). Pero los detentores del conocimiento aún pueden tener algún recurso legal, si el conocimiento fue diseminado fuera de la comunidad mediante una violación de la confidencialidad. Por supuesto, esto dependería de la inclusión de la confidencialidad como condición para la protección: (1) con arreglo a la misma ley, como una condición alternativa o paralela de la protección; (2) en la ley común, como ya se hace en muchos países; o (3) en otro acto legislativo. Para más detalles sobre la confidencialidad, véase el Artículo 8, más arriba.

Artículo 11: Originalidad

Párrafo 1: Requisito de originalidad

Opción 0

ninguna disposición [i.e., la originalidad no se incluye en la ley como condición de la protección]

Opción 1

De acuerdo con esta ley, la protección recae sobre el conocimiento original.

Párrafo 2: Definición de originalidad

Para los fines de esta ley, el conocimiento será considerado original cuando:

Opción 1

se desarrolla colectivamente por el grupo, clan o comunidad que solicita el derecho.

Opción 2

ha existido en una comunidad desde tiempos inmemoriales.

Comentario

Muchas, o quizás la mayoría de las comunidades, coinciden en que el conocimiento indígena y local, para ser protegido, debe haber sido realmente desarrollado por comunidades que ejercieron derechos de control sobre él. A la inversa, muy pocos asegurarían que una comunidad debe tener el derecho de control del conocimiento que ha aprendido o tomado prestado de otra comunidad o fuente. Si bien en ninguno de los modelos de proyecto de ley que circulan en la actualidad se explicita el requisito de originalidad, en muchos está implícito.

Párrafo 2 (Definición de originalidad), Opción 1: Según este párrafo, el conocimiento es original si alguien o algún grupo o comunidad desarrolló el conocimiento por sí mismo. Por consiguiente, si la propiedad de ese conocimiento fuera impugnada, la comunidad que la reclama tendría que demostrar que desarrolló el conocimiento por sí misma. Sin embargo, una característica destacada de buena parte del conocimiento indígena y local, es que ha sido poseído por una comunidad durante tanto tiempo que no puede decirse cuándo o cómo fue desarrollado en principio. Los miembros de la comunidad sólo pueden decir que tienen el conocimiento desde que ellos (o alguien más) tienen memoria, lo cual equivale a decir desde tiempos inmemoriales. En estos casos, sería imposible para una comunidad probar que realmente desarrolló el conocimiento por sí misma. Es este el motivo por el cual introducimos una definición alternativa de 'original', que respeta el hecho de que el conocimiento tradicional ha sido mantenido desde tiempos inmemoriales. Por supuesto, esta definición alternativa planteó sus propios problemas en materia probatoria. Por ejemplo, ¿cómo hace un grupo para probar que siempre ha sabido algo? ¿Cómo puede una parte que impugna esa afirmación probar lo contrario?

A diferencia de la novedad, la originalidad no impediría que más de una comunidad reclamara derechos de propiedad intelectual sobre el mismo conocimiento indígena y local, siempre que todos los reclamantes hayan desarrollado el conocimiento en forma independiente (Párrafo 2, Opción 1), o lo hayan mantenido desde tiempos inmemoriales (Párrafo 2, Opción 2).

Artículo 12: Productos consuetudinarios

Párrafo 1: Requisito de productos consuetudinarios

Opción 0

ninguna disposición

Opción 1

Para ser protegido en conformidad con esta Ley, el conocimiento indígena y local en materia de recursos biológicos debe estar materializado en productos hechos o desarrollados siguiendo métodos y utilizando materiales consuetudinarios.

Párrafo 2: Productos consuetudinarios definidos

Opción 1

Para los fines de esta Ley, productos consuetudinarios son aquéllos que:

Elemento 1

fueron hechos o desarrollados mediante el uso de materiales y tecnologías tradicionalmente empleadas por el pueblo indígena y local que solicita los derechos

Elemento 2

fueron hechos en [ubicación geográfica específica]

Comentario

Párrafo 1 (Requisito de productos consuetudinarios), Opción 1: Acota estrictamente el abanico de criterios de materialización considerado en el Artículo 9, Opción 1. Según este artículo, el conocimiento no sólo debe estar materializado, sino que debe estarlo de una forma en particular: en productos hechos o desarrollados con materiales tradicionales, de modos tradicionales, dentro de territorios tradicionales. Una cuestión legal derivada sería, ¿cómo se define 'tradicional'? Si se interpreta muy estrictamente, este tipo de opción reflejaría un enfoque de 'cultura congelada' y 'derechos congelados' sobre la protección del conocimiento. Para evitar esto, la disposición tendría que ser implementada con un significado muy abierto sobre qué constituye 'tradicional'. De lo contrario, iría contra el principio reconocido en el proceso del CDB, y en otras partes, según el cual las culturas indígenas y locales son dinámicas, innovadoras y adaptables. El efecto podría ser negar la protección a formas nuevas e innovadoras, 'no tradicionales' de uso del conocimiento indígena y local que buscan alcanzar metas de conservación de la biodiversidad. Una forma de

Recuadro de opinión 6: ¿Es posible crear nuevas condiciones, o adaptar las existentes, para la protección (i.e., novedad, originalidad, productos tradicionales, etc.), con el fin de configurar unidades de conocimiento para la definición de la propiedad intelectual?

No dará resultado.

Los criterios de evaluación que definen qué conocimiento será protegido por leyes de patentes, derechos de autor, protección de variedades vegetales y diseños excluyen a casi todo el conocimiento, excepto una pequeña parte del mismo. De este modo, preservan un equilibrio necesario y útil entre las áreas restringidas de conocimiento protegido y el dominio público caracterizado por la libre manipulación. Inclinar la balanza a favor de la extensión de la propiedad intelectual a una mayor proporción del conocimiento congelaría el flujo general del conocimiento. Los criterios basados en las costumbres que 'atraparían' el conocimiento indígena y local —que de otro modo 'se filtraría en las grietas' dejadas por las leyes de patentes, derechos de autor y protección de variedades vegetales— tendrían que ser considerados con tanta amplitud que acabarían con el equilibrio. Todo tendría que ser protegido y el flujo de información quedaría detenido. Además, esos criterios serían tan amplios que sería imposible garantizar su cumplimiento.

No dará resultado (otro argumento).

Una vez que se descartan las categorías de propiedad intelectual establecidas en los derechos de autor, patentes y leyes de protección de variedades vegetales, hay que empezar de cero con nuevas categorías. Es poco probable que exista un conjunto de criterios de evaluación capaz de aplicarse a todas las áreas del conocimiento indígena y local que las comunidades indígenas y locales quisieran proteger. En cambio, habría que desarrollar áreas especiales de leyes de propiedad intelectual para distintas áreas de conocimiento indígena y local. Pero cada comunidad tiene prioridades diferentes, y esto significaría todo un nuevo conjunto de leyes para cada una de ellas. En cierta medida, se vuelve casi imposible atender las particularidades culturales de cada grupo diferente que genera conocimiento en un país.

No debería hacerse.

Proteger el conocimiento indígena y local con la propiedad intelectual implica desagregar el conocimiento indígena y local en piezas pequeñas para que pueda ser empaquetado para la evaluación y el consumo comercial y la aplicación de la ley. Una vez que se haya hecho sobre el conocimiento indígena y local todo lo necesario para encajarlo en el molde de la propiedad intelectual, ya no sería reconocible como conocimiento indígena y local. Perdería su lugar en la red interconectada de las culturas holísticas indígenas y locales. A pesar de las mejores intenciones de las personas que defienden su uso, la propiedad intelectual en última instancia 'coloniza' al conocimiento indígena y local.

Funcionará (al menos, démosle una oportunidad).

Aunque quizás nunca exista una panacea en materia de leyes de propiedad intelectual del conocimiento indígena y local, hay instancias en las que, utilizando criterios de evaluación novedosos, resulta posible extender protecciones valiosas para el conocimiento indígena y local. Además, esos criterios se elaborarían de tal manera que incluyeran aspectos de las leyes y prácticas indígenas y locales consuetudinarias. De este modo, la protección ofrecida por las leyes *sui generis* de propiedad intelectual puede contribuir a la reafirmación de las culturas y prácticas indígenas y locales. Aunque en un principio la aplicación legal de algunos criterios de protección pueda parecer escasa, en muchos países hay importantes precedentes sobre el tratamiento de temas similares.

evitar las aplicaciones más paralizantes de esta disposición sería permitir a los pueblos indígenas o comunidades locales determinar, por sí mismos, cuándo están haciendo productos o procesos que incluyan información de sus tradiciones indígenas y locales. Esta discusión reitera los comentarios al Artículo 3 sobre el límite de procedimiento entre dar a los pueblos indígenas y comunidades locales el poder de definirse a sí mismos, y a las características más sobresalientes de sus culturas, y conferir esa autoridad a partes 'externas' para que tomen decisiones basadas en criterios objetivos y fijos.

Otra pregunta sería: ¿qué constituye un producto? Esto quedaría a discreción de los responsables de las políticas. En el contexto de los recursos biológicos, la definición de 'productos' podría incluir variedades de cultivo y medicinas. En un contexto más amplio, los 'productos' serían obras de arte, canciones, diseños de vestimenta, narraciones, etc.

Párrafo 2 (Productos consuetudinarios definidos), Elemento 2: Se inspira en la ley de orígenes geográficos. Esta forma de protección está más comúnmente asociada al uso de nombres de lugares de origen de vinos franceses (p.ej., Champagne o Bordeaux). Ciertas normas legales mínimas sobre la protección de *noms d'origine* u orígenes geográficos son descritas en ADPIC, Sección 3, 'Orígenes geográficos'.

Cuarta Parte: Derechos conferidos

Artículo 13: Capacidad de ejercer los derechos

Párrafo 1: Titulares individuales/colectivos de derechos

Opción 1

Los derechos acá dispuestos, en asociación con el conocimiento que satisface las condiciones de la Tercera Parte, pueden conferirse a:

Elemento 1

personas indígenas y locales

Elemento 2

colectivos indígenas y locales, comunidades o grupos de comunidades

Elemento 3

los miembros de grupos o comunidades a los que las propias costumbres comunitarias identificarían como los titulares más apropiados de los derechos sobre el conocimiento en cuestión

Elemento 4

terceras partes a las que anteriores detentores de derechos confirieron [o con las que compartieron] derechos sobre el conocimiento

Párrafo 2: Titulares plurales de derechos sobre el mismo conocimiento

Si dos o más [personas indígenas o locales] [pueblos o comunidades] tienen derecho a obtener la protección sobre el mismo conocimiento en conformidad con esta Ley, esas partes serán consideradas como sujetos de estos derechos:

Opción 1

conjuntamente.

Opción 2

con independencia una de la otra.

Párrafo 3: Registro del conocimiento

Opción 0

ninguna disposición [i.e., no existe el requisito de registrar el conocimiento como precondition de la protección; los derechos se confieren automáticamente]

Opción 1

Además de cumplir las condiciones para la protección definidas en la Tercera Parte, el conocimiento debe ser registrado para ser objeto de derechos.

La autoridad competente tramitará la solicitud de protección legal y, si el conocimiento reclamado satisface los criterios de la Cuarta Parte de esta Ley, la autoridad competente inscribirá el conocimiento en el registro de conocimiento indígena y local y extenderá al solicitante un certificado reconociendo los derechos que le son conferidos.

Opción 2

Los tenedores del conocimiento pueden elegir registrar el conocimiento que satisface las condiciones de protección de la Cuarta Parte.

El registro no es un prerrequisito de la protección. Sin embargo, crea la presunción impugnabile de que la parte registrada es titular de buena fe.

Comentario

Este artículo toca tres temas que afectan la capacidad de los tenedores de conocimiento para disfrutar de los derechos conferidos de conformidad con una ley *sui generis*: (1) si las comunidades pueden ser reconocidas como

titulares; (2) las responsabilidades comunes de los titulares, en el caso que la ley acepte más de un titular de derechos al mismo tiempo; y (3) el registro como prerrequisito de la posesión.

Este artículo presume que una parte debe ser indígena y local para poder ser depositaria de un derecho *sui generis* de propiedad intelectual sobre el conocimiento indígena y local. Esta presunción se desprende lógicamente de la definición de conocimiento indígena y local [dada en la Primera Parte], según la cual una característica central de ese conocimiento es ser desarrollado por pueblos indígenas y locales.

Párrafo 1 (Titulares individuales/colectivos de derechos): Una de las características fundamentales del conocimiento indígena y local es que se desarrolla y mantiene colectivamente. Sin embargo, la mayoría de las leyes de propiedad intelectual existentes adoptan la ficción legal de que las personas constituyen el centro primario de la actividad innovadora socialmente útil, y en consecuencia confieren derechos de protección a las personas individuales (naturales y jurídicas). Los pueblos indígenas y locales podrían adoptar la postura de las corporaciones en la forma cómo superan este problema relativo a las leyes de propiedad intelectual.

Según la legislación de patentes de Estados Unidos, las patentes no pueden otorgarse a las corporaciones; en primer lugar deben ser otorgadas a los inventores. Muchos inventores especialistas en patentes trabajan en los departamentos de patentes y desarrollo de grandes corporaciones. Los patronos de las corporaciones quieren poseer la propiedad intelectual creada por sus empleados - investigadores, y esto se justifica, en principio, alegando que los empleados ya están compensados por su trabajo innovador a través de su contrato de trabajo. Con este fin, las corporaciones hacen contratos con sus empleados en los que éstos transfieren de inmediato sus derechos sobre la propiedad intelectual que crearon 'en el trabajo' para la compañía. De esta forma, la corporación —una especie de colectivo con (a veces) miles de empleados, gerentes, ejecutivos, accionistas, etc.— se vuelve titular colectiva de la propiedad intelectual. En otros países, las leyes de propiedad intelectual contienen la presunción de que las obras desarrolladas en el curso del trabajo pertenecen al empleador y que, en el momento en que se presenta la solicitud, los derechos ya han sido conferidos a la corporación. En Canadá, las solicitudes de derechos de patentes y marcas registradas casi siempre se hacen en nombre de la corporación, como indica una hojeada al periódico canadiense sobre patentes *Canadian Patent Reporter*. Éste es más o menos el escenario previsto en el Párrafo 1, Elemento 2.

En muchos países, las comunidades indígenas y locales están autorizadas a crear corporaciones con varios fines, y de hecho lo hacen. Si la ley *sui generis* permitiera que los derechos fueran conferidos sólo a personas, estas corporaciones podrían ser usadas como depositarios colectivos de derechos de propiedad intelectual *sui generis*. Podrían hacer esto en una de dos formas.

Primero, las comunidades podrían acordar que sus miembros individuales solicitaran derechos de propiedad intelectual a su propio nombre y luego transfirieran esos derechos a la corporación controlada por la comunidad. Los Elementos 1 y 4 involucran este tipo de manejo. El Elemento 1 confiere los derechos a individuos. El elemento 4 permite que esos derechos sean transferidos a terceras partes.

Algunos comentaristas sugirieron que sería beneficioso, en este escenario, caracterizar legalmente a la corporación como depositaria 'en fideicomiso' de la comunidad.

Otra posibilidad con un resultado bastante similar (en la medida en que tiene el efecto de transferir propiedad beneficiosa a la comunidad) sería que el depositario inicial de un derecho de propiedad intelectual voluntariamente lo mantuviera en fideicomiso para la comunidad.

Párrafo 1, Elemento 2: En cambio, este elemento permite que los derechos de protección sean adjudicados directamente a la comunidad, o a grupos de comunidades. Por motivos prácticos, sería conveniente entregar los derechos a algún organismo representativo de la comunidad, o al menos tenerlo designado, para representar ante terceros los intereses de las comunidades sobre el conocimiento.

Una posibilidad es que la ley requiera (o permita) que las comunidades se registren a sí mismas como comunidades para tener derecho a 'poseer' derechos colectivos sobre el conocimiento indígena y local. La idea de registrar comunidades aparece en el Modelo de Ley de Derechos Intelectuales Comunitarios de la Red del Tercer Mundo, Sección 4, 'Registro de la comunidad local'.

Párrafo 1, Elemento 3: Elude los elementos 1 y 2 delegando la decisión de quién debería ser el depositario de los derechos a las leyes consuetudinarias de la comunidad. Podría ser que las leyes consuetudinarias estipularan que un tipo de conocimiento fuera depositado colectivamente en la comunidad entera, o que sólo ciertas personas dentro de una comunidad detentaran el conocimiento. Por ejemplo, podría ser una práctica consuetudinaria dentro de la comunidad que el conocimiento especializado de cierto tipo fuera depositado en (y controlado por) una sociedad secreta, o sanadores, o mujeres, o cazadores, etc. Al delegar de este modo a las costumbres locales, los legisladores evitarían que nuevas leyes de propiedad trastornaran los patrones preexistentes de propiedad y distribución de la comunidad. En teoría, este trastorno quedaría minimizado al adaptar la distribución de nuevos derechos *sui generis* de propiedad intelectual al usual y preexistente en la comunidad respecto de las relaciones entre deberes y derechos. Desde luego, enfocar el tema de esta manera suscitará un buen número de problemas asociados. Muchas comunidades no tendrán la costumbre de regular directamente el intercambio de conocimiento con personas ajenas a la

comunidad, dado que para este conocimiento el 'mercado' es relativamente nuevo. Además, este enfoque requerirá en cada caso la consideración de la ley consuetudinaria de cada comunidad. Este último tema tiene el potencial de elevar los costos de transacción a niveles poco prácticos.

La misma ley podría incluir la posibilidad de conferir los derechos de protección tanto a personas como a comunidades, según fuera lo más apropiado en cada situación.

Párrafo 1, Elemento 4: Crea la posibilidad de que las comunidades que desarrollaron el conocimiento y originalmente obtuvieron derechos *sui generis* de propiedad intelectual sobre el mismo puedan transferir a terceros sus derechos. La mayoría de los comentarios sobre las leyes de protección del conocimiento indígena y local rechazan por completo esta posibilidad, alegando que viola la conexión integral entre las comunidades indígenas y locales y su conocimiento. Otros se oponen a esta objeción y sostienen que está basada en una visión romántica sobre los pueblos indígenas y locales, y que éstos deberían tener la libertad de enajenar su conocimiento a terceros cuando y si desean hacerlo.

Párrafo 2 (Detentores múltiples del mismo conocimiento): Que una ley *sui generis* reconozca o no más de una parte con derechos sobre determinado conocimiento dependerá de las condiciones estipuladas por la ley para otorgar la protección.

Por ejemplo, si la novedad fuera una condición para la protección, entonces sólo una parte estaría habilitada para la protección del conocimiento, y por lo tanto este artículo sería innecesario. Por otro lado, si la originalidad fuera requisito para la protección, entonces habría varios propietarios reconocidos, y en estos casos, sería necesario establecer cuáles serían las obligaciones de los propietarios entre sí. Ese es el propósito de este artículo.

Básicamente hay dos opciones:

- 1 Las partes pueden mantener conjuntamente sus derechos con respecto al conocimiento y, por lo tanto, están obligadas a solicitar el permiso de todos los copropietarios, antes de hacer tratos relacionados con ese conocimiento. Los beneficios derivados de los acuerdos tendrían que ser compartidos entre los copropietarios.
- 2 Las partes pueden mantener sus derechos por separado una de otra y no tienen obligaciones mutuas. La copropiedad es complicada porque puede haber varias comunidades con derecho a la protección de cierto conocimiento. Basta con que una comunidad se oponga a la propuesta de un acuerdo con relación al conocimiento, para que a todas las otras se les prohíba esa posibilidad. La propiedad independiente, por otro lado, está afectada por el hecho de que un propietario único podría socavar a los demás propietarios haciendo tratos sin su consentimiento.

Párrafo 3 (Registro del conocimiento), Opción 0: Confiere automáticamente derechos a los tenedores del conocimiento, tan pronto como se genere el conocimiento (y siempre que satisfaga los requisitos para obtener la protección establecidos en la Tercera Parte). Las leyes de derechos de autor funcionan de este modo en la mayoría de los países.

Párrafo 3, Opción 1: Exige a las partes que sometan su conocimiento al examen, aceptación e ingreso en un registro estatutario antes de poder recibir los derechos sobre ese conocimiento, y no nos referimos aquí a registros comunitarios no regulados. Para que un registro sea utilizado como mecanismo en una ley nacional *sui generis* de protección intelectual deberá ser creado por una norma e integrado totalmente en la administración centralizada del sistema de protección. La exigencia del registro del conocimiento no tendrá ningún efecto sobre: (a) los requisitos de protección establecidos en la Tercera Parte, o (b) el hecho de que haya o no más de un propietario (o copropietario) del mismo conocimiento. Estos dos temas son independientes del registro del conocimiento.

Párrafo 3, Opción 2: El registro no es un prerequisite de la protección, sin embargo, permite a los propietarios registrar su conocimiento para obtener las ventajas legales concedidas a quien se encuentre registrado en forma debida.

Recuadro de Opinión 7: Los tenedores de conocimiento, ¿deben registrar el conocimiento indígena y local como prerequisite de la protección?

Uno de los debates más largos con relación a las leyes *sui generis* de propiedad intelectual se refiere al uso de registros de conocimiento. Los registros pueden ser utilizados con varios propósitos:

- 1 como elemento incluido en las evaluaciones del uso de recursos locales, en los ejercicios de formación de conciencia comunitaria y otras prioridades locales, diferentes a la aceptación o anulación de reclamos de propiedad intelectual.
- 2 los registros pueden utilizarse como medio para 'publicar' la existencia del conocimiento, y de ese modo anular los reclamos sobre la propiedad intelectual hechos por terceros de las innovaciones, variedades vegetales, etc., sobre la base de que no son 'novedosos' ni 'distintos'.
- 3 pueden utilizarse como parte de las condiciones de un sistema para reconocer derechos de propiedad intelectual sobre conocimiento indígena y local. En esos casos, el uso de registros debería ser armonizado con otros aspectos de la legislación *sui generis* local para la protección del conocimiento indígena y local.

Por ejemplo, en el tipo de sistema *sui generis* considerado en esta sección, tendría sentido exigir a los solicitantes el cumplimiento de las 'Condiciones para la concesión de derechos' de la Tercera Parte como prerequisite del registro.

La siguiente discusión sobre 'pros y contras' se refiere al tercer uso de registros de la lista anterior: como medio de afirmar los derechos de propiedad intelectual sobre conocimiento indígena y local dentro de un sistema *sui generis* de propiedad intelectual para ese conocimiento.

Sí. El registro crearía un ambiente comercial previsible.

Desde el punto de vista de la industria, la mayor ventaja de un registro sobre el conocimiento es que crea un ambiente comercial previsible. Si algo figura en el registro se considera protegido, y el industrial sabe que podrá buscar un acuerdo con el propietario registrado para acceder al conocimiento o usarlo. Si el conocimiento no está registrado, se considera que no está protegido, y después de una búsqueda apropiada en el registro, el industrial podrá usar el conocimiento con la confianza de que no surgirá una demanda legal en medio de un proyecto en curso.

Sí. El registro facilitaría la protección del conocimiento.

Sería más sencillo para las comunidades presentar pruebas en un caso de violación si su conocimiento estuviera registrado. Una vez que se estableció que un agente externo se basó en el conocimiento indígena y local registrado, automáticamente habría una presunción legal de violación, y aquél tendría que probar lo contrario. No sería necesario establecer que la parte usuaria del conocimiento lo hizo conscientemente. La existencia del registro crearía sobre la parte usuaria la obligación de averiguar con antelación sobre la no-utilización de conocimiento registrado (de la misma manera que la responsabilidad recae en las personas que solicitan la protección de una marca comercial y deben confirmar que el nombre de la marca no esté siendo utilizado por otra parte).

La situación difiere mucho si no hay un registro en el caso de una presunta violación. En primer lugar, la comunidad tendría que probar que el conocimiento usado era conocimiento comunitario. Segundo, ante la ausencia de un registro, que desde el punto de vista del usuario es un sistema institucionalizado de búsqueda, podría no ser justo responsabilizar a un usuario que realmente desconocía que estaba utilizando conocimiento indígena o local. En consecuencia, la comunidad también podría tener que establecer que el usuario realmente tuvo acceso a su conocimiento y lo usó deshonestamente. (Esto es lo que los demandantes deben probar en los casos de supuestas violaciones de derechos de autor). Estos comentarios están basados en la idea de que el registro sería nacional y aprobado y respaldado por el gobierno.

No. Una comunidad nunca podría registrar y proteger todo su conocimiento.

Una gran desventaja del sistema de registro es que pone a las comunidades locales ante la responsabilidad de tener que registrar su conocimiento, lo cual podría crear problemas insuperables. En primer lugar, es muy difícil para una persona determinar y hacer una lista de lo que sabe, y mucho más aún para una comunidad que debe hacerlo colectivamente. (Inténtelo.) Segundo, potencialmente existe una gran brecha entre lo que una comunidad pueda considerar valioso como para registrar y los aspectos del conocimiento indígena y local que la industria comercial considera valiosos. Una comunidad podría darse cuenta de que debería haber registrado un aspecto de su conocimiento sólo después de ser usado por otra parte. Tercero, para que fuera eficaz, el registro requeriría una organización y movilización masiva de las comunidades. Es muy poco probable que muchas comunidades lleguen al nuevo sistema de registro, si éste no acompaña de una gran inyección de recursos financieros para respaldar la educación y movilización masiva de las comunidades.

Al final, la creación de un sistema de registro que las comunidades no utilizarían las pone en una posición más desfavorable que la ausencia total de registro. Si la industria puede utilizar lo que no está registrado, y las comunidades no logran registrar su conocimiento, los futuros usuarios contarán con una defensa perfecta para usar el conocimiento indígena y local sin ningún reconocimiento.

El registro podría ser público o confidencial.

Los tres comentarios precedentes parten del supuesto de que los registros de conocimiento indígena y local protegido serían mantenidos como bancos de datos abiertos y de acceso público. Otro enfoque sería mantener el registro cerrado o confidencial, y en este caso, el registro sería un medio de establecer, en armonía con el Artículo 8 'Confidencialidad', citado anteriormente, que la comunidad ya ha identificado aspectos de su conocimiento que quiere mantener con carácter confidencial y ha dado los pasos necesarios con ese propósito. De este modo, el registro serviría a un propósito probatorio.

Si hay registros, las comunidades indígenas y locales deben tener 'propiedad' en el proceso.

En una situación de sobornos y corrupción desenfrenadas, los registros falsos serían un lugar común, con el potencial de dividir a los pueblos indígenas entre ellos. Ésta fue la desafortunada experiencia vivida en Filipinas cuando se exigió a los pueblos indígenas que registraran sus reclamos de tierras ancestrales como parte de un sistema para crear derechos territoriales. Algunas personas, más empresariales y menos escrupulosas que otras, registraron falsamente como propias tierras ancestrales de otras. Para minimizar las posibilidades de fraude y actos ilegales y asegurar el respeto de la integridad del conocimiento y de las prácticas indígenas, se necesitarían recursos para una campaña masiva de concientización entre los pueblos indígenas y comunidades locales, y el registro debería ser una actividad de masa. Esto incluiría la discusión entre los miembros de pueblos indígenas y comunidades locales sobre qué debería ser registrado. La inclusión de los pueblos indígenas y locales en la administración del registro también es esencial, ya que la participación de la comunidad en el proceso de registro la haría apropiarse del proceso y vigilarlo más de cerca para salvaguardar sus derechos.

Artículo 14: Los derechos conferidos

Párrafo 1: Derechos de uso exclusivos y no exclusivos

Opción 1

De conformidad con estas disposiciones, los propietarios del conocimiento protegido tendrán el derecho de negar el permiso a terceras partes que divulguen, usen o vendan ese conocimiento.

Opción 2

Cuando terceros usen o vendan conocimiento indígena y local protegido de conformidad con estas disposiciones, los propietarios de ese conocimiento tendrán el derecho a una remuneración en una forma y cantidad fijada en la regulación [p.ej., tarifa general, regalías sobre ganancias o ventas brutas, etc.] o negociada entre las partes.

Párrafo 2: Integridad y derechos de atribución

Opción 1

Cuando terceros divulgan, usan o venden conocimiento indígena y local protegido por estas disposiciones, los propietarios de ese conocimiento tienen el derecho:

Elemento 1

a ser totalmente reconocidos como la fuente de ese conocimiento

Elemento 2

a la integridad de su conocimiento

Elemento 3

a no ser fraudulentamente presentados como los que desarrollaron el conocimiento y a que no se les incluya como parte que respalda la comercialización de un producto

Párrafo 3: Derechos consuetudinarios**Opción 0**

ninguna disposición [i.e., no hay derechos consuetudinarios]

Opción 1

De conformidad con estas disposiciones, los propietarios del conocimiento, tendrán los mismos derechos sobre su conocimiento con respecto a cualquier persona [en el país que aplica la ley], tal como los tienen dentro de sus propias comunidades y entre ellas, según sus propias leyes y prácticas consuetudinarias.

Párrafo 4: Derechos transferibles**Opción 0**

ninguna disposición [i.e., los derechos de los Párrafos 1-3 son inalienables y no pueden ser transferidos]

Opción 1

Los tenedores de conocimiento indígena y local pueden transferir a una tercera parte cualquier combinación de los derechos estipulados en los Párrafos 1-3.

Comentario

Este artículo brinda a los tenedores del conocimiento opciones sobre el conocimiento protegido por tales disposiciones. La ley puede ser estructurada de tal forma que algunos de estos derechos se apliquen a algunos tipos de conocimiento y a otros no. Por ejemplo, la ley podría ofrecer a una comunidad derechos exclusivos con relación al uso de una planta medicinal, pero sólo derechos generales con relación al uso de una variedad de la planta, o viceversa.

Este artículo prescribe sobre los derechos generales. En el Artículo 15, más abajo, confeccionamos una lista de excepciones de estas disposiciones generales. Por ejemplo, una opción confiere a los propietarios la potestad de prohibir el uso de conocimiento protegido. En el artículo siguiente damos opciones de excepciones a este derecho, por ejemplo, que las personas naturales pueden usar el conocimiento para sus propios fines privados no comerciales. Sin estas excepciones, los derechos previstos en este artículo serían más fuertes que los previstos en las leyes de patentes existentes.

Párrafo 1 (Derechos de uso exclusivos y/o no exclusivos), Opción 1: Confiere derechos exclusivos con relación al uso y reproducción del conocimiento protegido.

Párrafo 1, Opción 2: Los derechos no exclusivos no permiten que los titulares de derechos eviten realmente el uso de conocimiento protegido. En compensación, se crea una condición restrictiva, en favor del titular de derechos, de que cuando un tercero usa el conocimiento, debe conferir beneficios al titular de derechos.

Párrafo 2 (Integridad y derechos de atribución), Elemento 1: Otorga al creador o generador del conocimiento protegido el derecho a ser siempre nombrado como el creador de ese conocimiento.

Párrafo 2, Elemento 2: Otorga al titular original de los derechos el derecho a que su conocimiento no sea degradado (o, posiblemente, que no sea alterado en ninguna forma, dependiendo de la interpretación que se haga del derecho). Teóricamente, este derecho continuaría aunque el conocimiento fuera transferido a una tercera parte.

Párrafo 2, Elemento 3: Protege a los detentores de los derechos contra la explotación comercial de las comunidades indígenas y locales por parte de los profesionales de la comercialización que pudieran atribuir deshonestamente el origen de productos a pueblos indígenas y locales como forma de publicidad.

Párrafo 3 (Derechos consuetudinarios): La idea es extender la aplicación de leyes consuetudinarias relacionadas con el control y el uso de conocimiento en materia de recursos biológicos al interior de comunidades, y entre ellas, a todas las personas en los países en que se aprueba la ley. De este modo, las personas que buscan utilizar el conocimiento sujeto a las condiciones de protección dispuestas en la Tercera Parte tendrían que aceptar los procedimientos o restricciones que los detentores del conocimiento adopten según sus costumbres. Esta opción tiene la ventaja de incluir información, tanto como sea posible, acerca de las prioridades preexistentes en las comunidades indígenas y locales. Su desventaja es tener tantas fuentes legales (presumiblemente cada comunidad tiene sus propias reglas sobre qué conocimiento debe ser protegido y cómo) que podría llegar a ser impracticable.

La relación de las condiciones de protección de la Tercera Parte con los derechos conferidos en la Cuarta Parte

Ciertamente las condiciones de protección incluidas en una ley nacional *sui generis* tienen un impacto en los derechos que pueden o deben ser

conferidos, y viceversa. Por ejemplo, sería imposible conferir derechos contra todas las personas en la jurisdicción si el único criterio de protección fuera la confidencialidad. Como se dijo más arriba, la confidencialidad es una condición que crea una obligación sólo sobre el confidente (y, posiblemente, mediante una rectificación legal novedosa, respecto de partes futuras que reciban la información con violación de la obligación del confidente). Los derechos que el confesor tiene con relación al confidente, sin embargo, pueden ser exclusivos, no exclusivos y/o derechos de atribución e integridad.

Si la originalidad es la única condición para la protección, los legisladores podrían optar por considerar derechos no exclusivos y de integridad y atribución (en lugar de los derechos exclusivos). Esto es porque casi nada puede ser original, sin importar cuán banal u obvio pueda ser. Esto es parte de la lógica por la cual la protección de los derechos de autor se extiende sólo a la expresión de ideas y no a las ideas en sí mismas: siendo la originalidad tan fácil de lograr desde un punto de vista técnico y legal, las ideas del mundo ya estarían todas bajo control privado si la originalidad justificara esta protección. En cambio, los derechos de autor separan las ideas de las expresiones y protegen sólo a las últimas, dejando a las ideas en sí mismas en el dominio público. Sin embargo, no queremos dar a entender que las leyes *sui generis* de protección intelectual del conocimiento indígena y local deberían importar esta dicotomía idea / expresión. Resulta claro —al menos en el contexto del conocimiento en materia de recursos biológicos— que lo más importante para los pueblos indígenas y locales es la protección de sus ideas y conocimiento sustantivo, y no sólo la expresión de ese conocimiento. Por esto sugerimos derechos no exclusivos y de atribución para las ideas en sí mismas (para tomar el vocabulario de los derechos de autor), en lugar de derechos exclusivos para sólo una parte del conocimiento (i.e., la expresión del mismo). Desde luego, este enfoque no ofrece al conocimiento sagrado sensible un grado satisfactorio de protección. Para este conocimiento, los derechos exclusivos podrían ser la única forma de protección aceptable.

Cuando la novedad externa a la comunidad es incluida como condición para la protección, los legisladores podrían sentirse más a gusto considerando derechos exclusivos en asociación con ese conocimiento. El hecho de que algo sea novedoso fuera de la comunidad implicaría que miembros no comunitarios no se verían privados de actividades en las que, de otro modo, podrían participar. De esta forma, la novedad representa un escalón un poco más alto que la originalidad.

Es más difícil opinar sobre el conocimiento materializado en productos tradicionales o hechos por pueblos indígenas y locales en una cierta región. En un primer momento el requisito de métodos y materiales tradicionales de fabricación hace parecer que los productos serían tan peculiares para quienes reclamaran los derechos que el resto del mundo no sentiría como una imposición el hecho de conferir derechos exclusivos sobre su uso,

reproducción y venta. Por otro lado, algunos productos podrían ser simples y estar siendo fabricados por miembros no comunitarios que desarrollaron prácticas idénticas por su propia cuenta. No sería justo prohibirles esa actividad o exigirles que paguen una renta o regalías. Respetando este tipo de críticas, la legislación de nominaciones geográficas existente confiere derechos exclusivos sólo con relación al nombre de un producto, y no a su reproducción o venta real bajo otros nombres y por otras partes. ¿Sería suficiente la misma protección (del nombre de un producto únicamente) en el contexto de la propiedad intelectual *sui generis* para el conocimiento indígena y local? ¿O sería necesario que la protección se extendiera a todo el producto para ser de utilidad? Esto dependerá del producto en cuestión y de las metas que la ley pretenda alcanzar. Los legisladores también tendrían que considerar el grado en el que el producto ya había sido producido en forma independiente dentro de la jurisdicción.

Algunos comentaristas en este aspecto han dicho que los derechos en un sistema *sui generis* de protección intelectual del conocimiento indígena y local deberían ser no exclusivos (p.ej., la comunidad tendría el derecho a ser nombrada como la generadora de un ritual y una medicina, y a recibir regalías por la venta de un libro en que se incluya la descripción). Sin embargo, muchos grupos comunitarios indígenas y locales se mantienen inamovibles al afirmar que están menos interesados en recibir rentas por el uso de su conocimiento, que en tener la capacidad de prohibir 'quitas' enteras, que violan la integridad de su conocimiento y socavan su valor cultural.

Podría haber formas de salir de este atasco dentro de legislación nacional *sui generis* de propiedad intelectual. La ley puede conferir varios derechos sobre el conocimiento que satisfagan diversas condiciones de protección. Por ejemplo, si el conocimiento fuera original y materializado en un producto tradicional, quedaría sujeto a derechos no exclusivos y de atribución. Si, además, fuera novedoso fuera de la comunidad, o confidencial, podría ser objeto de alguna forma de derecho exclusivo.

Consideremos el siguiente ejemplo. Los miembros designados de la Comunidad A participan en un ritual que involucra la bendición y aplicación de una mezcla de plantas medicinales. El Investigador X quiere publicar una descripción del ritual y de la medicina. Asumamos que el ritual y la medicina se originaron en la comunidad y son materializaciones de métodos y productos tradicionales. Como tal, la comunidad disfrutaría de derechos no exclusivos con relación a ese conocimiento (i.e., la comunidad tendría que ser reconocida como la fuente del conocimiento y recibiría regalías sobre la venta del libro que contiene las descripciones). Esto podría ser satisfactorio. Pero asumamos, además, que el ritual y la mezcla medicinal son sagrados, y que el interés primordial de la comunidad es prohibir la reproducción (i.e., publicación). Si la comunidad puede determinar que el conocimiento es novedoso fuera de la comunidad, o si ha sido divulgado sólo como resultado

de una violación de la confidencialidad, entonces se puede conceder a la comunidad el derecho exclusivo de prohibir al Investigador X que haga la publicación (si la novedad o la confidencialidad son parte del esquema gradual de condiciones para la adjudicación de la protección dentro de la ley, o parte de una ley totalmente independiente). Un resultado similar podría obtenerse si la ley incluyera la posibilidad de una referencia *ad hoc* a las leyes consuetudinarias de la Comunidad A para determinar si la ley comunitaria prohibía la reproducción del conocimiento en cuestión.

Esta discusión no pretende definir recomendaciones sobre la relación entre las condiciones de la protección y los derechos conferidos. Su propósito sólo es ilustrar la gama de factores que los legisladores deben tener en cuenta.

Párrafo 4 (Derechos transferibles): Esta opción crea la posibilidad de que una comunidad pueda vender o entregar sus derechos *sui generis* de propiedad intelectual sobre el conocimiento protegido. Una comunidad también tendría la opción de alienar algunos derechos y retener otros asociados con el mismo conocimiento protegido. La mayoría de los comentarios sobre el tema asumen que los derechos de propiedad adjudicados a comunidades indígenas y locales sobre su conocimiento

Recuadro de opinión 8: ¿Cuál debe ser la fuerza de los controles sobre la propiedad intelectual y el conocimiento indígena y local protegidos?

La fuerza de los derechos debería ser inversamente proporcional al alcance de la cobertura.

La fuerza de los derechos conferidos en asociación con la protección de conocimiento indígena y local debería estar relacionada con la amplitud de las clases o partes de conocimiento a ser protegido. Si la ley se extendiera a todo el conocimiento indígena y local, tendría sentido limitar los derechos asociados, porque si todo el conocimiento indígena y local estuviera sujeto a derechos muy fuertes, la velocidad y el flujo de la transferencia de conocimiento quedarían drásticamente reducidos. En consecuencia, si todo el conocimiento indígena y local fuera protegido, podría optarse por aplicar sólo el derecho de atribución. Inversamente, para categorías más estrechas de conocimiento (p.ej., el conocimiento materializado en plantas específicas desarrolladas por comunidades indígenas y locales) podrían adjudicarse derechos más restrictivos, como el derecho a prohibir la reproducción con fines comerciales.

Los derechos son derechos, y no deberían ser desvirtuados por consideraciones utilitarias.

Los pueblos indígenas y locales tienen derecho a que su conocimiento sea protegido, no porque protegerlo cree incentivos para más innovaciones, sino porque es suyo. No importa que un posible resultado de la creación de derechos fuertes para un amplio espectro de conocimiento fuera obstruir el sistema (si las comunidades optan por negar su consentimiento). Ya hay evidencias de que los derechos de propiedad intelectual existentes están teniendo un efecto negativo sobre las transferencias de tecnología para investigación y desarrollo en las ciencias de la salud y la agricultura. ¿Por qué deberíamos confiar en los innovadores del sector formal con derechos fuertes y no en las comunidades indígenas y locales?

deberían ser inalienables. El caso contrario implicaría socavar el valor cultural de haber creado la protección en primer lugar.

Hasta donde sabemos, en las leyes de propiedad intelectual de todos los países, los derechos de patente y los Derechos de Fitomejoradores pueden ser transferidos de una parte a otra. Los inventores y fitomejoradores pueden vender sus derechos a quien quieran. O, a su muerte, sus derechos pueden transmitirse con la herencia. Después que esta transferencia ha tenido lugar, la segunda parte tiene todos los derechos del inventor original, que queda con ninguno. Le corresponde entonces al segundo propietario determinar si hará valer sus derechos sobre la propiedad intelectual y recibir las solicitudes de licencias para usar la invención o la variedad de planta protegida.

La única excepción a esta regla general de alienabilidad es un grupo variable de derechos conocidos como 'derechos morales', que aparecen en la legislación de derechos de autor de algunos países.

En general, las legislaciones nacionales de derechos de autor que comprenden derechos morales incluyen algún tipo de combinación de los siguientes: el derecho de atribución (a ser siempre reconocido como autor de la obra); el derecho a la integridad de la obra (i.e., incluso después de su venta, la obra no puede ser alterada en forma que dañaría la reputación del artista); y el derecho a que no haya obras falsamente atribuidas, estén o no las obras protegidas por derechos de autor. El Artículo 6 del Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas establece los dos primeros derechos.

En Francia, la ley no permite a un autor renunciar a estos derechos. En Canadá, la renuncia se permite a voluntad del autor. En Estados Unidos, estos derechos sólo existen con relación a un número limitado de obras en conformidad con la Ley de Artistas Visuales, cuyo carácter es *sui generis*.

En las leyes de derechos de autor, los derechos no denominados como morales son derechos económicos. Evitamos adoptar esa terminología en este tomo (i.e., 'derechos económicos'), a causa de la naturaleza distinta del conocimiento indígena y local. Un gobierno que crea leyes *sui generis* de propiedad intelectual para conocimiento indígena y local podría decidir tratar como derechos morales a todos los derechos adjudicados a los tenedores de conocimiento indígena y local. Ésta es la posición a la que exhorta el Modelo de Ley de Derechos Intelectuales Comunitarios de la Red del Tercer Mundo, la cual declara que todo el conocimiento indígena y local es inalienable. Después de todo, el reconocimiento del potencial comercial del conocimiento indígena y local es sólo una entre varias razones para crear leyes de promoción, protección y conservación de ese conocimiento.

La transferencia de derechos de propiedad no debe confundirse con la creación de acuerdos de licencias que permiten usar conocimiento protegido a quienes portan una licencia. En la entrega de licencias, los poseedores de propiedad intelectual continúan manteniendo sus derechos de propiedad fundamentales.

Artículo 15: Excepciones de los derechos conferidos

Párrafo 1: Uso privado

Opción 0

ninguna disposición [i.e., los usos privados no están exentos del espectro de usos que los titulares de los derechos pueden prohibir]

Opción 1

Los derechos conferidos en el Artículo 14 con relación al conocimiento indígena y local no son infringidos por los actos de personas físicas [i.e., no corporativas] que actúan privadamente y sin fines comerciales.

Párrafo 2: Investigación educativa

Opción 0

ninguna disposición [i.e., se prohíbe usar el conocimiento para investigación educativa y académica sin obtener antes un permiso]

Opción 1

Los derechos conferidos con relación al conocimiento indígena y local en el Artículo 14 no son infringidos por el uso del conocimiento en una institución educativa con fines de:

Elemento 1

enseñanza

Elemento 2

investigación [no vinculada a la explotación comercial de ese conocimiento]

Párrafo 3: Investigación comercial

Opción 0

ninguna disposición [i.e., se prohíbe el uso del conocimiento protegido para la investigación comercial sin obtener antes un permiso del titular de los derechos]

Opción 1

Los derechos conferidos en el Artículo 14 no son infringidos por el uso de conocimiento que puedan hacer investigadores comerciales con el fin de desarrollar:

Elemento 1

nuevas variedades de plantas

Elemento 2

otras innovaciones que podrían derivarse de conocimiento indígena y local protegido

Párrafo 4: Usos consuetudinarios

Opción 0

ninguna disposición [i.e., no hay excepciones, incluso para usos consuetudinarios del conocimiento por pueblos indígenas y comunidades locales]

Opción 1

No obstante los derechos conferidos en esta Ley, los pueblos indígenas y locales estarán autorizados a usar el conocimiento indígena y local, siempre y cuando ese uso se ajuste a las prácticas y usos consuetudinarios.

Comentario

Las opciones para los derechos conferidos con fines de protección del conocimiento indígena y local cubren una amplia gama de usos posibles. Este artículo incluye opciones que aliviarían las limitaciones de la protección. Un enfoque alternativo con el mismo resultado sería que, en primer lugar, los legisladores definieran con precisión los 'derechos conferidos'. Entonces las excepciones como ésta no serían necesarias. La forma como hemos presentado los derechos y las excepciones de esos derechos es común en la legislación sobre propiedad intelectual.

Párrafo 1 (Uso privado), Opción 1: Exime a personas físicas de tener que obtener el permiso de los detentores de conocimiento protegido siempre y cuando usen el conocimiento sólo con fines privados. No incluir esta excepción haría la ley más restringida que muchas leyes de patentes de varios países, que permiten excepciones para el uso privado. El artículo 27 de la Convención Europea de Patentes prevé esta excepción. La ley de patentes de Estados Unidos (35 USC 100) no lo hace.

Párrafo 2 (Investigación educativa), Opción 1: Exime el uso de conocimiento protegido en un contexto de investigación académica cuyos fines no sean comerciales. La ley de derechos de autor de Estados Unidos incluye excepciones de 'uso justo' con fines privados y educativos. Pero la mayoría de los países no tienen estas excepciones. Los acuerdos justos en Canadá y Gran Bretaña no eximen a todos los usos con fines privados y educativos, y de hecho las regalías están sujetas a colectivos que administran esos derechos para la mayoría de las reproducciones educativas con una tarifa fija establecida por el gobierno. Estas tarifas pueden ser más bajas para

instituciones sin fines de lucro, pero no están suspendidas. No hay motivos para que los pueblos indígenas y las comunidades locales no se beneficien también del régimen de licencias colectivas en estados en los que este régimen está previsto y simplemente fijen tarifas diferentes para varios tipos de usos en infracción.

Párrafo 3 (Investigación comercial), Opción 1, Elemento 1: Refleja la excepción a los mejoradores de la Unión Internacional para la Protección de Nuevas Obtenciones Vegetales (UPOV), la que permite a los fitomejoradores usar una variedad protegida para desarrollar otra variedad perfeccionada sin solicitar permiso. Sin embargo, sólo el desarrollo es libre, no así cualquier explotación comercial de la variedad desarrollada, que podría requerir el permiso del titular de los derechos.

Párrafo 3, Opción 1, Elemento 2: Fue agregado porque estas disposiciones se aplican a una gama mucho más amplia de conocimiento indígena y local que a las variedades vegetales. Una vez más, sólo el uso del conocimiento para el desarrollo y la innovación estaría libre de la necesidad de solicitar un permiso; la explotación comercial subsiguiente de la innovación requeriría el permiso del detentor de los derechos.

Párrafo 4 (Usos consuetudinarios), Opción 1: Tiene la ventaja de que no intenta forzar los usos consuetudinarios en ninguna de las excepciones de los Párrafos 1-3 o en una combinación de ellas. Podría suceder, por ejemplo, que un grupo indígena no se sintiera cómodo ni siquiera con un uso privado de su conocimiento si no fuera concordante con la práctica consuetudinaria. La reproducción de un diseño sagrado en una camiseta, aunque sólo fuera para el uso privado de alguien, podría no ser aceptable. Una excepción del uso consuetudinario —que permitiera la reproducción del diseño en un contexto más consuetudinario, independientemente de que fuera o no privado— podría ser más aceptable. Una desventaja obvia de este tipo de excepción es su incertidumbre. Cada comunidad tendrá costumbres diferentes. La ventaja de las otras excepciones es que se aplican a todo el conocimiento, en todas las situaciones.

Artículo 16: Duración de los derechos conferidos

Párrafo 1: Igual duración para todos los derechos

La duración de los derechos conferidos en el Artículo 14 será:

Opción 1

perpetua para todos los derechos otorgados.

Opción 2

por [cien años] [sesenta años] [veinte años] [otro período de tiempo] para todos los derechos otorgados.

Opción 3

por el tiempo durante el cual el titular de los derechos use activamente el conocimiento. Una vez transcurrido un lapso significativo en el uso consuetudinario, el conocimiento volverá al dominio público y todos los derechos expirarán.

Opción 4

[perpetua] [cierto número de años] para el titular original de los derechos. Si el titular original de los derechos los transfiere, los derechos sólo estarán vigentes por [menor número de] años calculados a partir de la fecha de la transferencia.

Párrafo 2: Distinta duración para distintos derechos**Opción 1**

La duración de los derechos conferidos en el Artículo 14 perdurará [por distintos períodos de tiempo dependiendo de la fuerza de los derechos otorgados]:

Elemento 1

a perpetuidad para derechos de integridad y atribución

Elemento 2

[a perpetuidad] [algún período más corto] años para derechos no exclusivos

Elemento 3

[a perpetuidad] [algún período más corto que el otorgado para derechos no exclusivos] años para derechos exclusivos

Párrafo 3: Distinta duración para distintas condiciones de protección**Opción 1**

Los derechos perdurarán:

Elemento 1

[perpetuamente] para el conocimiento mantenido confidencialmente dentro del grupo de titulares de los derechos

Elemento 2

[perpetuamente] [menos que en el Elemento 1] años cuando la novedad es una condición para la protección

Elemento 3

[perpetuamente] [menos que en los Elementos 1 y 2] [cualquier número] años cuando la originalidad es una condición para la protección

Comentario

No nos proponemos cubrir todas las posibilidades presentadas en el Párrafo 3, Elementos 1-3, citado arriba, diseñadas para ilustrar el tipo de consideraciones de las que deben ocuparse los legisladores.

La discusión sobre la duración apropiada de la protección de la propiedad intelectual del conocimiento indígena y local se transforma en un microcosmos de todos los temas planteados en este tomo. La duración apropiada depende de:

- 1 el propósito de la creación de una ley *sui generis* de propiedad intelectual para el conocimiento indígena y local en primer lugar (cuatro de estos propósitos se discuten en el Tema 2, Sección 1, A.1-A.4, más arriba);
- 2 el alcance del conocimiento protegido (que depende tanto de la definición de conocimiento indígena y local de la Segunda Parte, como de las condiciones para la protección de la Tercera Parte); y
- 3 la naturaleza de los derechos conferidos (p.ej., exclusivos *versus* no exclusivos), como aparece en la Cuarta Parte.

Por ejemplo, si uno de los fines de la apropiación del conocimiento indígena y local es que de alguna forma preservará el valor cultural de ese conocimiento para sus tenedores, la lógica sugiere que la protección nunca puede terminar sin algún costo para la comunidad de la que provino y, en consecuencia, los derechos conferidos deberían ser perpetuos. Por otro lado, un principio utilitario muy diferente subraya la adjudicación de derechos limitados en el tiempo en las leyes de propiedad intelectual existentes. Teóricamente, al menos, las leyes de propiedad intelectual existentes sostienen un equilibrio acultural y utilitario entre: (a) la necesidad de dar incentivos a la creatividad individual, y (b) el beneficio que recibe el público con la revelación de la naturaleza de esas creaciones (y finalmente con la posibilidad de copiarlas). La expiración de la protección es una parte importante —la que más tiene en cuenta al público— del equilibrio alcanzado por las leyes de propiedad intelectual. En este punto, el principio 'culturalmente integral' de protección infinita no puede conciliarse con el principio utilitario de los derechos limitados en el tiempo. Algún tipo de solución funcional es crucial para la creación exitosa de una legislación *sui generis* de propiedad intelectual. Los legisladores tendrán que decidir qué duración de los derechos expresa mejor los objetivos generales de la norma.

Al mismo tiempo, los legisladores deberán considerar la combinación de los siguientes factores: (a) la amplitud del tipo de conocimiento que quisieran proteger, y (b) la fuerza de esa protección. Si las condiciones para la protección fueran tales que gran parte del conocimiento indígena y local no muy especializado pudiera calificar para la protección, y los derechos conferidos en asociación con ese conocimiento fueran exclusivos, entonces tendría sentido fijar una duración más corta. Por otro lado, si los derechos conferidos con relación al conocimiento fueran relativamente débiles (p.ej., derechos no exclusivos y de integridad), la duración de esos derechos podría ser más larga.

Cualquier limitación de la duración de los derechos implica la necesidad de definir el momento en que comienza la protección. Este tema nos lleva al Artículo 13, Párrafo 3, donde el Grupo *Crucible* estudia opciones sobre las exigencias de los titulares de derechos para poder disfrutar los mismos. Si el registro es necesario, entonces el período de la duración de los derechos comenzará con el registro. Si el registro no es necesario, la protección debería empezar tan pronto como se cumplan las otras condiciones de la protección. Otra opción sería que la protección comenzara con el primer uso del conocimiento efectuado por un tercero.

De conformidad con la mayoría de las opciones legislativas incluidas en esta colección, el conocimiento protegido no puede cambiar una vez que ha calificado para la protección. Si bien es cierto que el conocimiento indígena y local es dinámico y cambiante, las unidades o instancias (por falta de términos mejores) de ese conocimiento, que puede ser protegido con arreglo a estas disposiciones, quedan congeladas en el momento de la protección. Después de haber sido sujeto de protección de la propiedad intelectual, cualquier cambio o incremento de ese conocimiento no sería protegido por la concesión original de un derecho de propiedad intelectual. Estos incrementos tendrían, en cambio, que quedar sujetos a posteriores solicitudes de protección (o a lo que las disposiciones estipulen).

Si no hay requisitos administrativos para otorgar la protección a una comunidad —como en el caso de las leyes de derechos de autor de muchos países, que automáticamente adjudican la autoría de una obra—, esta 're-solicitud' sería en gran parte ficticia, ya que cualquier evolución original en una obra calificaría automáticamente para la protección. Lo mismo podría decirse del conocimiento protegido sobre la base de que tiene la cualidad de la confidencialidad. (Más detalles sobre la confidencialidad en el Artículo 8, citado anteriormente).

Algunas personas han sostenido que la protección *sui generis* de la propiedad intelectual debe ser explícitamente construida para englobar el conocimiento que continúa cambiando y evolucionando. En el Recuadro de opinión 4, citado arriba, se alega que la inflexibilidad en la protección contribuye al 'congelamiento' y posterior erosión del conocimiento y de las culturas indígenas y locales.

Recuadro de opinión 9: ¿Cuánto tiempo deben durar los derechos de protección?

¡Siempre!

El conocimiento indígena y local es inalienable. Por lo tanto, los controles *sui generis* de la propiedad intelectual sobre ese conocimiento deben durar para siempre. Cualquier opción por debajo de ésta tiene resultados absurdos: veinte años de protección para un conocimiento que ha sido acumulado durante miles de años.

La duración debería estar sujeta a consideraciones utilitarias.

El conocimiento indígena y local es inalienable. Pero este principio no tiene incidencia sobre el período de protección de la propiedad intelectual excepto por medio de una pobre analogía. Después de la expiración del período de protección del uso exclusivo, nadie les va a quitar el conocimiento a las comunidades indígenas y locales. El principio de inalienabilidad aún podría ser respetado una vez expirada la protección. En consecuencia, la duración de las protecciones de propiedad intelectual para el conocimiento indígena y local también deben ser sujeto de consideraciones utilitarias. Por ejemplo, leyes nacionales de protección del conocimiento indígena y local deben también tener la meta de maximizar el flujo del conocimiento. Por lo tanto, la duración de la protección debe ser inversamente proporcional al alcance y fuerza de la protección.

Además, las comunidades no indígenas y no locales no existen en espacios vacíos culturales y espirituales. También ellas tienen conocimiento indispensable para su identidad. ¿Por qué, entonces, las comunidades indígenas y locales obtendrían protección ilimitada cuando otras no la tienen?

Los derechos deben perdurar mientras la comunidad utilice el conocimiento (un planteo intermedio).

Los derechos comunitarios de control sobre su conocimiento deberían durar mientras el uso comunitario del conocimiento es atractivo.

Párrafo 1 (Igual duración para todos los derechos): Incluye tres opciones, cada una para un período diferente. Lo que une a estas opciones es que todos los derechos potenciales que podrían ser incluidos en la legislación tendrían la misma duración, independientemente de la naturaleza del conocimiento protegido, de la fuerza de los derechos otorgados, etc.

Párrafo 2 (Distinta duración para distintos derechos): Incluye opciones en que la duración de los derechos variaría dependiendo de la fuerza de los derechos conferidos.

Párrafo 3 (Distinta duración para distintas condiciones de protección): Incluye opciones en las que la duración de los derechos conferidos variaría dependiendo de las condiciones de protección finalmente incluidas en la ley.

Artículo 17: Licencias obligatorias

Opción 0

ninguna disposición [i.e., no hay condiciones para que se entreguen licencias obligatorias]

Opción 1

La autoridad competente podría ordenar a los propietarios del conocimiento indígena y local entregar licencias a terceros para que usen el conocimiento indígena y local cuando:

Elemento 1

el detentor de los derechos abusa de sus derechos [p.ej., fija precios artificialmente altos, entra en transacciones anticompetitivas de los derechos de propiedad intelectual con otros detentores de propiedad intelectual, etc.]

Elemento 2

el detentor de los derechos no consigue poner a disposición un suministro adecuado del conocimiento, a través de su propio suministro o mediante licencias, en situaciones en que la autoridad competente decide que hay un interés público primordial. Estas situaciones podrían incluir:

- a) emergencias nacionales;
- b) cuestiones ambientales;
- c) problemas de salud pública; o
- d) otros temas.

Comentario

Las licencias obligatorias se formulan como correctivos en situaciones en que una autoridad competente determina que: (1) el poseedor de la propiedad intelectual está abusando de sus derechos exclusivos o (2) aunque el poseedor de la propiedad intelectual no esté abusando de sus derechos, el interés público sobre la disponibilidad de una tecnología protegida supera el interés del titular de la propiedad intelectual en sus derechos exclusivos.

Las licencias obligatorias son irrelevantes si los derechos conferidos en asociación con la protección del conocimiento son no exclusivos.

Algunos miembros de *Crucible* consideran que no deberíamos ni siquiera incluir una sección de licencias obligatorias, porque aplicar estas opciones sería crear un arma para que los más fuertes la usen contra los más débiles. Sin embargo, otros opinan que, una vez que una nueva clase de conocimiento ha quedado sujeta a derechos de propiedad intelectual —y aunque la parte beneficiada con esa protección sea fuerte o débil—, es absolutamente necesario brindar al gobierno una 'salida' para asegurar que el interés público está mínimamente protegido contra posibles prácticas dañinas de titulares de propiedad intelectual.

Artículo 18: Prácticas anticompetitivas

Comentario

Otra posible restricción de la libertad de los poseedores de propiedad intelectual a ejercer sus derechos exclusivos surge en la forma de leyes antimonopólicas o competitivas. Las leyes de competencia de muchos países tienen disposiciones para impedir que titulares de propiedad intelectual agrupen sus patentes, creando así carteles o celebrando acuerdos exclusivos de abastecimiento entre ellos mismos, etc. El Grupo *Crucible* no analizará en este tomo opciones para este tipo de leyes.

Quinta Parte: Cuestiones administrativas y de procedimiento

Artículo 19: Acuerdos sobre licencias

Párrafo 1: Aprobación

Opción 0

ninguna disposición [i.e., sólo se necesita la aprobación del detentor de los derechos]

Opción 1

La [autoridad competente] será notificada de una propuesta de acuerdo sobre el uso de conocimiento protegido de acuerdo con estas disposiciones.

Los acuerdos sobre licencias para el uso de conocimiento indígena y local serán anulados e invalidados a menos que, además de los detentores de los derechos, la [autoridad competente] también brinde su aprobación.

La [autoridad competente] concederá la aprobación del acuerdo dentro de [número] meses, siempre y cuando el acuerdo cumpla con las condiciones mínimas dispuestas en el Párrafo 2 de este artículo.

Opción 2

La [autoridad competente] ofrecerá, si se lo solicita un grupo indígena o local, información, asistencia y asesores especializados, con el fin de llevar a cabo una negociación de licencias bajo esta Ley.

Párrafo 2: Condiciones de aprobación

Todos los acuerdos de licencias entre detentores de derechos y titulares de la licencia [deben como mínimo] [pueden] especificar:

Opción 0

ninguna disposición [i.e., sin condiciones especificadas]

Opción 1

Elemento 1

detalles completos sobre la historia corporativa / institucional del titular de la licencia

Elemento 2

detalles completos sobre la investigación en la que participa el titular de la licencia

Elemento 3

el uso que el titular de la licencia pretende dar al conocimiento indígena y local

Elemento 4

la naturaleza de los derechos legales que el titular de la licencia pueda solicitar sobre innovaciones basadas en el conocimiento protegido en este país y en el exterior

Elemento 5

términos mínimos del reparto de beneficios [según lo estipulado por el gobierno]

Elemento 6

que los especímenes de todo el material biológico serán depositados en un instituto para el depósito de este material en este país

Elemento 7

que todo el conocimiento indígena y local recolectado será resumido en forma escrita y depositado en un instituto con sede en este país

Elemento 8

que todas las tecnologías derivadas de material biológico y/o conocimiento local recolectado de una comunidad en particular estarán a disposición para el uso de esa comunidad [sin restricciones] [a un costo prorrateado que tendrá en cuenta el costo de producción] [a un costo prorrateado que tendrá en cuenta el valor de mercado]

Elemento 9

que alguna proporción de la investigación iniciada por el solicitante será conducida en asociación con los miembros de la comunidad pertinente o con una organización asociada con la comunidad

Elemento 10

que el titular de la licencia incluirá información sobre la fuente, y la

confidencialidad, del conocimiento indígena y local recolectado en conformidad con el acuerdo, en todas las solicitudes de derechos de propiedad intelectual para tecnologías derivadas de esos materiales biológicos y conocimiento local

Elemento 11

que el titular de la licencia asumirá la capacitación de personas locales

Elemento 12

que el titular de la licencia pondrá a disposición del titular de los derechos, en términos preferenciales, cualquier tecnología que utilice el conocimiento provisto por el titular de los derechos

Párrafo 3: Publicación de la solicitud

Opción 0

ninguna disposición [i.e., no será necesario publicar la solicitud]

Opción 1

El titular de la licencia publicará un informe escrito sobre el hecho de que está solicitando permiso para usar un conocimiento protegido por esta Ley. La publicación incluirá detalles sobre el área particular, comunidades que puedan estar involucradas, el fin hacia el que se dirige la investigación y la identidad de todos los socios involucrados en el uso del conocimiento protegido.

Párrafo 4: Consultas

Opción 0

ninguna disposición

Opción 1

La [autoridad competente] realizará consultas [públicas] con partes interesadas sobre el uso propuesto del conocimiento indígena y local.

Comentario

Este artículo se refiere a la aprobación de acuerdos de licencias sobre conocimiento protegido por esta ley. Los lectores verán que hay mucho en común entre la negociación de una licencia para uso de conocimiento protegido con arreglo a estas disposiciones y la negociación de acuerdos de acceso a recursos biológicos en conformidad con las leyes de acceso. Los requisitos sustantivos del Párrafo 2 son muy parecidos a los que deben negociar los solicitantes para lograr acceso en armonía con la Orden Ejecutiva No. 247 de Filipinas, la Decisión No. 391 del Pacto Andino, la Ley de

Conservación de la Biodiversidad de India, y aquéllos dispuestos en el Tema 1, Sección 2, Artículos 7, 8 y 9 de este tomo.

Párrafo 1 (Aprobación): Plantea el interrogante sobre quién debe tener autorización para considerar solicitudes de uso de conocimiento indígena y local protegido. Ciertamente, los titulares de los derechos. Sin embargo, se ha sugerido que, con el fin de proteger los intereses de las comunidades indígenas y locales, una autoridad gubernamental también debería participar en el proceso de consentimiento.

Las opciones de este párrafo son muy semejantes a las presentadas en el Tema 1, Sección 2, Artículo 6. Muchas leyes de regulación de acceso (p.ej., la Orden Ejecutiva No. 247 de Filipinas, el anteproyecto de ley sobre acceso de Laos, la Ley de Conservación de la Biodiversidad de India, la Decisión No. 391 del Pacto Andino, el Modelo de Proyecto de Disposiciones de la Organización de la Unidad Africana) exigen el consentimiento del gobierno nacional, además del dado por las comunidades locales, cuando extranjeros solicitan acceso a conocimiento indígena y local y a recursos biológicos en territorios indígenas y locales.

Párrafo 2 (Condiciones de aprobación): Presenta la posibilidad de que existan términos sustantivos obligatorios para ser incluidos en los acuerdos de licencias sobre conocimiento indígena y local protegido. Otra alternativa, por supuesto, sería no incluir ninguno de esos términos y permitir a las partes total discreción para llegar a cualquier trato que elijan. Una posición intermedia sería exigir a las partes seguir un formulario en el que indiquen que han examinado cada opción en la lista. No se les exigiría la inclusión de cada término en su acuerdo, sino que indicarán que examinaron el término. Al menos esto prevendría a los negociadores indígenas y locales de no comprender el tipo de beneficios por los que podrían negociar. La mayoría de otras leyes de propiedad intelectual no incluyen disposiciones tan detalladas para regular procesos y términos de licencias. Sin embargo, la ley de competencia de muchos países prohíbe la inclusión de ciertas cláusulas en los acuerdos de transferencia de tecnología que podrían conducir a competencia desleal y a restringir el comercio.

Ante la ausencia de condiciones obligatorias, el poder de negociación desigual podría dejar a las comunidades indígenas y locales con menos de lo que podrían haber obtenido del acuerdo si las condiciones hubieran sido obligatorias desde el principio. Claramente, existe el peligro de que la ley exija demasiado de la parte que busca utilizar el conocimiento, por lo cual esa parte simplemente podría descartar su uso.

Los legisladores podrían querer mantener cierta flexibilidad con relación a cuáles de estos términos podrían ser incluidos en cada contrato. La flexibilidad es necesaria para adaptarse al hecho de que la importancia de la contribución del conocimiento local al desarrollo de tecnología derivada será diferente en

cada caso. Los legisladores podrían querer incluir más términos beneficiosos para la comunidad en casos de mayor contribución. Una flexibilidad de este tipo requeriría la creación de una prueba objetiva de pertinencia.

Párrafo 3 (Publicación de la solicitud), Opción 1: Requiere que el titular de la licencia publique un informe escrito de que está solicitando permiso para utilizar conocimiento protegido por esta ley. Este requisito podría ayudar a identificar posibles titulares de derechos, lo cual es particularmente importante si no hay un sistema de registro del conocimiento indígena y local.

Párrafo 4 (Consultas), Opción 1: Dispone la realización de consultas con las partes interesadas. Esto podría ser de utilidad dado que el uso de

Recuadro de opinión 10: El gobierno ¿debe participar en el proceso de las licencias?

Por supuesto.

Frente al desequilibrio de poder entre comunidades indígenas y locales y partes multinacionales que utilizan conocimiento indígena y local, la participación del gobierno es esencial para asegurar que los derechos de las comunidades indígenas y locales no sean pisoteados. El papel del gobierno en la aprobación o negación del uso de conocimiento indígena y local por parte de terceros se limitaría a asegurar que las comunidades indígenas y locales no sean despojadas de éste. En muchos países, el gobierno nacional ya desempeña esta función con relación a propuestas de venta de tierras comunitarias aborígenes. Algunas personas alegarían que el CDB sólo exige el CIP de los gobiernos, y no el consentimiento de la comunidad. ¡Así que las comunidades tienen la suerte de ser incluidas! La extensión lógica y el beneficio secundario de incorporar a los gobiernos al proceso de consentimiento es que éstos se verían en la obligación de perseguir a infractores que usen conocimiento indígena y local protegido sin haber solicitado previamente autorización. ¿Poner en acción al 'ombudsman' nacional para proteger el conocimiento indígena y local?

De ningún modo.

¿Por qué las comunidades indígenas y locales tendrían que obtener el permiso del gobierno nacional para hacer lo que desean con su conocimiento protegido cuando los titulares de derechos de patentes, de autor y de los Fitomejoradores, no tienen que hacer lo mismo? ¿Por qué este nuevo ámbito legal en formación debe mantener el viejo paternalismo con respecto a los intereses comunitarios indígenas y locales? Es cierto que las leyes nacionales de acceso existentes integran el CIP del gobierno, además del dado por las comunidades locales, pero éste es un aspecto de las leyes de acceso, que están estructuradas para dar ventaja a los gobiernos. Sería mejor para las comunidades si los gobiernos no tuvieran que interferir en sus acuerdos.

Quizás, pero muy poco.

La participación del gobierno sería aceptable si estuviera legalmente limitada a una revisión no intrusiva de último momento, de acuerdos de licencias de conocimiento indígena y local casi listos, para asegurar que las comunidades no reciban por su conocimiento mucho menos del valor de mercado. Esta opción sería más atrayente si fuera acompañada por la creación de un *ombudsman* para proteger el conocimiento indígena y local.

Otra alternativa sería que el gobierno se involucrara solamente si un grupo negociador de un acuerdo solicitara su asistencia.

conocimiento indígena o local también podría ser de interés para quienes no son titulares de derechos. Esta condición podría actuar en contra del incentivo a los bioprospectores, quienes a menudo no quieren revelar públicamente qué están buscando y porqué. Hacerlo implicaría dar información valiosa a los competidores. Finalmente, forzarlos a una revelación pública, como precondition para obtener permiso, podría socavar por completo su interés de acceso a los recursos en cuestión.

Artículo 20: Oficina del *Ombudsman*

Opción 0

ninguna disposición [i.e., no existe la oficina del *ombudsman*]

Opción 1

Elemento 1

Los tenedores de conocimiento indígena y local protegido podrán notificar al *ombudsman* de situaciones en las que creen que su conocimiento está siendo utilizado por terceras partes sin su consentimiento.

Elemento 2

El *ombudsman* podrá realizar una investigación independiente para determinar si el conocimiento indígena y local protegido es un componente de las actividades del tercero. El *ombudsman* podrá informar al tercero que su actividad de investigación involucra conocimiento indígena y local protegido y, además, podrá recomendarle que solicite permiso, bajo la forma de un acuerdo de licencia, a los titulares de los derechos [y a la autoridad competente] antes de utilizar el conocimiento. Si los derechos violados son derechos no exclusivos, el *ombudsman* podrá recomendar al interesado que deberá retribuir, o remunerar, en forma apropiada a los tenedores del conocimiento.

Elemento 3

Si la parte investigadora no atiende a la recomendación del *ombudsman*, éste podrá referir el caso al organismo apropiado de decisión o de resolución de disputas. En el caso en que lo haga, el *ombudsman* notificará a los titulares de los derechos, y a las partes que están usando el conocimiento, que ha referido el caso a la autoridad competente.

Elemento 4

El *ombudsman* podrá encargarse de la representación de los tenedores del conocimiento indígena y local ante el organismo de decisión o de resolución de disputas.

Comentario

Esta opción no crea un *ombudsman* con jurisdicción para decidir casos de presunto uso ilícito de conocimiento indígena y local. Sin embargo, implica la dedicación de recursos en apoyar de las partes indígenas y locales para hacer cumplir sus derechos de conformidad con las leyes *sui generis* de propiedad intelectual. El *ombudsman* ayudaría a los detentores de los conocimientos indígenas y locales a descubrir casos en que sus derechos han sido violados. El *ombudsman*, entonces, podría brindar asesoría muy necesaria a los titulares de los derechos sobre el foro más apropiado en donde buscar correctivos. Finalmente, el *ombudsman* podría asistir a las partes agraviadas a preparar y presentar su caso ante el organismo pertinente de decisión o de resolución de disputas.

Exactamente cuál foro será más apropiado en cada caso dependerá de una variedad de factores. Si el principal interés de las partes agraviadas fuera impedir que los violadores obtuvieran ellos mismos derechos de propiedad intelectual, entonces el primer foro al que irían serían las propias oficinas de propiedad intelectual. Por ejemplo, la ley nacional de protección de variedades vegetales o la ley de patentes podrían requerir que los solicitantes dieran pruebas de haber obtenido el CIP de las comunidades cuyo conocimiento han usado para desarrollar sus invenciones o variedades de plantas. En este tomo, en el material sobre leyes nacionales relativas a variedades de plantas y patentes, incluimos exactamente opciones para este tipo de disposiciones. Cuando la comunidad puede establecer que su conocimiento fue utilizado sin su CIP, la oficina de protección de patentes o variedades vegetales podría negar al solicitante los derechos de propiedad intelectual.

Segundo, en casos en que los tenedores del conocimiento quisieran apelar a otro tipo de correctivos, podrían dirigirse a las cortes civiles para solicitar compensaciones, órdenes de prohibición, y demás.

Tercero, si la ley *sui generis* crea delitos penales o cuasi penales por el uso ilícito de conocimiento indígena y local, el tenedor del conocimiento podría

Recomendaciones

- 1 Dadas las dificultades técnicas asociadas al cumplimiento de las protecciones *sui generis* de propiedad intelectual para el conocimiento indígena y local, los países que intentan aplicar estas disposiciones deberían crear una oficina del *ombudsman*, para hacerse cargo o, al menos, brindar ayuda a las comunidades indígenas y locales para asegurar el cumplimiento de sus derechos.
- 2 Como gran parte del conocimiento considerado en estas disposiciones atraviesa fronteras internacionales, los países preocupados por la creación de protecciones de propiedad intelectual *sui generis* para el conocimiento indígena y local, deberían promover la elaboración de acuerdos o tratados de cooperación internacionales para armonizar los estándares de propiedad intelectual *sui generis* en los distintos países.

quejarse ante las autoridades estatales, que podrían decidir entonces si enjuiciar o no al ofensor.

Alternativamente, la legislación *sui generis* podría incluir la creación de un tribunal especializado para procesar los casos de violaciones. Sería prematuro entrar aquí en un análisis detallado de este tribunal.

Artículo 21: Autoridad competente

Opción 1

La [Oficina de Patentes] [Oficina de Protección de Variedades Vegetales] [Oficina para la Protección del Conocimiento Indígena y Local recientemente creada] funcionará como autoridad competente bajo esta Ley.

Comentario

Las nuevas disposiciones *sui generis* de propiedad intelectual podrían ser administradas por: (a) un organismo existente, o (b) un organismo creado especialmente, dentro del país que implementa las disposiciones. La oficina de protección de variedades vegetales o de patentes podría añadir a sus responsabilidades leyes *sui generis* de propiedad intelectual sobre conocimiento indígena y local.

Es necesario ser cauteloso al considerar la creación de nuevos organismos gubernamentales para administrar nuevas leyes, especialmente en países donde ya hay un alto grado de corrupción en los servicios civiles. Las nuevas oficinas del *ombudsman* y de la autoridad competente podrían convertirse en un nuevo foco de corrupción, involucrando a funcionarios y compañías que pretenden hacer negocio con la población indígena y local. Las apuestas por el control del conocimiento indígena y local serían muy altas. Habría incentivos generalizados para funcionarios con bajos salarios de los países en desarrollo para sacar ventaja de sus posiciones oficiales. La creación de derechos sobre los recursos biológicos se caracteriza por la complejidad legal, el transplante de instituciones de propiedad foráneas y la creación de poder sobre recursos vitales —todos ellos tierra fértil para la corrupción y el fraude.

Sexta Parte: Correctivos

Artículo 22: Ofensas

Comentario

Como se discutió en el comentario del Artículo 20, más arriba, existen numerosas causas posibles de acción y correctivos legales que emergen de las

opciones presentadas en las partes anteriores. Las opciones de la Primera a la Quinta Parte sientan las bases para acciones legales civiles, juicios penales e intervenciones sobre protecciones de patentes y variedades vegetales, en respuesta a supuestas infracciones de los derechos sobre el conocimiento indígena y local. Dependiendo del organismo que arbitra o decide sobre el caso, la gama de posibles correctivos también es muy amplia y podría incluir prohibiciones, compensaciones, multas, restituciones, períodos en libertad condicional o en prisión, y/o negación de la entrega o anulación de patentes o Derechos de los Fitomejoradores.

Artículo 23: Defensas

Comentario

Las opciones para la confección de leyes en este conjunto crean un fundamento para causas de acción legal y posibles correctivos, y además sientan una base legal para posibles defensas. Por ejemplo, si la legislación *sui generis* incluyera el requisito de que el conocimiento indígena y local fuera registrado para poder ser protegido, una posible defensa contra una acusación de infracción sería que el supuesto infractor realizó una investigación razonable de los registros, sin encontrar conocimiento pertinente registrado.

Séptima Parte: Relación con otras leyes

Artículo 24: Leyes de protección de variedades vegetales y de patentes

Opción 0

ninguna disposición [i.e., es posible una doble protección]

Opción 1

Los materiales sujetos a protección por esta Ley podrán no caer bajo la protección de cualquier otro régimen de propiedad intelectual.

Comentario

La Séptima Parte considera la relación de estas leyes *sui generis* de propiedad intelectual del conocimiento indígena y local con otras leyes, en caso en que los materiales sujetos a la ley se superpongan. Hay dos opciones principales: no incluir una disposición, o determinar que el conocimiento protegido por estas disposiciones es prioritario. Hay una tercera opción lógica, pero quizás no práctica: consiste en dar prioridad a otras formas de protección. Sin

embargo, esta opción sería inconsistente con la mayoría de los objetivos razonables para la presente ley, de modo que no la examinaremos.

Opción 0: La regla normal para la construcción de legislación es que las leyes independientes no se contradicen entre sí. Las leyes se construyen para ser mutuamente consistentes —excepto cuando esto resulta claramente imposible o cuando una ley se refiere específicamente a otra y la sustituye. Lo mismo sucede con los derechos. En los sistemas de propiedad intelectual, los materiales (o aspectos de ellos) sujetos a la ley pueden ser protegidos por una o más patentes, por un diseño registrado, por derechos de autor (por ejemplo, en el diseño de su etiqueta) y por marcas comerciales vinculadas a ellos. Ninguno de los derechos interfiere necesariamente con los demás, de modo que todos tienen efecto. En el caso de conocimiento indígena y local protegido, la preexistencia del conocimiento como tal generalmente evitará futuras patentes válidas sobre el mismo conocimiento, pero no impedirá patentes de desarrollos del mismo conocimiento. Dependiendo de la forma de los derechos conferidos sobre el conocimiento indígena y local, la entrega de patentes sobre innovaciones apoyadas en ese conocimiento no anularía los derechos de los detentores de derechos sobre conocimiento indígena y local. De esta manera, los últimos podrían ejercer sus derechos contra los propietarios de las patentes o sus titulares de licencia, para controlar o impedir la explotación o para recuperar regalías.

Opción 1: Subordina los derechos de otros propietarios intelectuales a los derechos de los 'tenedores' del conocimiento tradicional. Esta subordinación podría ser interpretada estrecha o ampliamente. En una interpretación restringida, esta opción sólo evita la adjudicación de derechos de propiedad intelectual sobre conocimiento indígena y local en la forma en que ya está protegido bajo las actuales disposiciones. Como se ha señalado, esos derechos posteriores podrían invalidarse por otras razones (por ejemplo, ausencia del carácter de novedad). Si no, una disposición, reforzando este efecto (invalidar o declarar la no-efectividad de los derechos de propiedad intelectual conferidos sobre ese conocimiento), no sería polémica. Sin embargo, una interpretación más amplia de esta sección también impediría el registro de patentes de futuras innovaciones genuinas a partir de conocimiento indígena y local protegido. Muchas acciones de la llamada 'biopiratería' son exactamente esto. Si bien esta opción sería eficaz para evitar este tipo de 'biopiratería', interferiría también con la protección, a través de otros sistemas de propiedad intelectual, de cualquier innovación que utilizara el conocimiento tradicional, aun con el consentimiento de sus propietarios. Una interpretación amplia como ésta colocaría a esta opción en conflicto con los ADPIC, en cuanto restricción injustificada sobre la protección de la propiedad intelectual.

Tema 3

Opciones para leyes nacionales sobre innovaciones biológicas

Índice

Sección 1: Revisión de las políticas nacionales para la promoción de innovaciones biológicas	131
Sección 2: Opciones para leyes <i>sui generis</i> de propiedad intelectual de variedades vegetales	139
Sección 3: Opciones para leyes de propiedad intelectual de innovaciones biotecnológicas	193

Sección 1

Revisión de las políticas nacionales para la promoción de innovaciones biológicas

Al considerar los esfuerzos de los gobiernos por estimular las innovaciones en ciencia y tecnología, resulta útil echar un vistazo a la historia para tratar de entender los instrumentos y tácticas que dieron buenos resultados en el pasado. Los historiadores de la ciencia y la economía tienden a subrayar la Revolución Industrial en Europa, y suelen citar tres grandes influencias:

- **Medio Ambiente** - aunque el contexto geográfico de Europa se considera a menudo significativo, sólo fue parte de la fuerza que creó una cultura de investigación práctica. La Revolución Industrial surgió en un ambiente social y político favorable. En el mundo actual, esto podría traducirse en políticas gubernamentales afines con la experimentación.
- **Educación** - aunque el ambiente innovador condujo hacia un énfasis en la educación formal, fue el movimiento hacia la capacitación técnica, especialmente en Europa continental, el que brindó la base para un progreso tecnológico sustentado. Hoy en día, esto se traduce en el apoyo a la educación superior.
- **Iniciativa empresarial** - se percibió que los avances tecnológicos mejorarían directamente la productividad local (nacional o corporativa). Las nuevas ideas de reducción de costos de producción o de expansión de mercados se interiorizaron rápidamente.

Con frecuencia se sostiene que los gobiernos tuvieron un papel más bien menor en la Revolución Industrial y que las innovaciones científicas provinieron de personas o empresas privadas. Pero los propios innovadores se beneficiaron de la educación pública y privada. Donaciones, recompensas o subsidios gubernamentales también dieron apoyo a industrias y personas innovadoras. Ya fuera para la mejora de los barcos y la navegación en la marina británica o para el desarrollo de la industria siderúrgica en Francia, los gobiernos no se negaron a ofrecer recompensas a inventores exitosos en el desarrollo de la solución tecnológica a un problema.

Durante la Revolución Industrial, los innovadores también tuvieron el respaldo de objetivos nacionales definidos, como los planteados por las guerras napoleónicas o la urgencia militar por mejorar el acero o desarrollar productos químicos. En esos esfuerzos, los gobiernos apelaron a numerosos recursos, desde los subsidios hasta los monopolios, para fomentar rápidos avances tecnológicos. En este aspecto, los tiempos no han cambiado. En la década de 1940, el Proyecto Manhattan (para construir las primeras bombas nucleares) costó a los contribuyentes estadounidenses 2.000 millones de dólares, pero la información científica generada sirvió para impulsar toda la industria comercial de la energía nuclear. Resulta difícil argumentar que esa industria existiría hoy sin aquella intervención directa del gobierno.

Los propósitos nacionales, en especial durante la Guerra Fría, brindaron la financiación necesaria para posibilitar saltos cruciales en la aviación, las telecomunicaciones y la gestión de datos. Las mejoras en el transporte aéreo de la década de 1950 y el programa espacial de los años 60, facilitados por los gastos del gobierno en defensa e investigación aeroespacial, llevaron a la creación de industrias completamente nuevas. Los fondos públicos para los satélites militares evolucionaron en una nueva industria de telecomunicaciones con satélites comerciales. Muchos de los avances en la microelectrónica se remontan al programa espacial y la investigación financiada por las necesidades de defensa. Los avances en las ciencias de materiales tienen el mismo origen. Internet comenzó en 1966 como un proyecto de defensa.

Los avances en la productividad agrícola durante el siglo pasado tienen poca conexión con el gasto militar. Sin embargo, muchos de los mayores avances en los sistemas productivos y agrícolas salieron del bolsillo público. Las universidades agrícolas --en su mayoría creadas a comienzos del siglo XX-- dominaron la mayoría de las mejoras de cultivos. La 'Revolución Verde' fue promovida por la investigación del sector público internacional. Al menos algunos de los adelantos en la mejora de las plantas pueden ser acreditados al desarrollo del análisis de datos informatizado. Los progresos iniciales en biotecnología --sea el descubrimiento del ADN en los años 50 o la manipulación genética en los 70-- tuvieron lugar en universidades y laboratorios financiados por el gobierno. Varios de los mayores descubrimientos en medicina tuvieron financiación pública. El Proyecto del Genoma Humano comenzó como una tarea pública internacional con 3.000 millones de dólares. Los desarrollos de la informática y la biotecnología permitieron reducir costos y poner el trabajo al alcance de la financiación privada. La mayoría de la inversión para investigación en áreas novedosas como la nanotecnología continúa proviniendo de los contribuyentes.

El efecto en espiral de la 'megaciencia' ha generado muchas industrias nuevas y, a menudo, beneficios económicos imprevistos. Al formular las políticas de investigación agrícola, los gobiernos deberían tener en mente la historia pasada y presente de las innovaciones y estar preparados para poner

en movimiento el mayor número de herramientas para preservar el bien público. Entre éstas son esenciales la educación y el estímulo de las inquietudes medioambientales.

Aunque la discusión anterior se refiere a la necesidad de políticas sólidas para estimular la educación y el ambiente innovador, no examina el papel del espíritu de iniciativa empresarial, en el ámbito individual o comunitario, o en los sectores privado y público. Los innovadores trabajan mejor (o solamente) cuando pueden beneficiarse directamente de su inversión de tiempo y/o dinero en la investigación. A menudo se argumenta que el 70% o más de las innovaciones en el sector privado se producen porque la innovación directamente ahorra dinero a la empresa o aumenta su participación en el mercado. Si esto es así, las políticas gubernamentales deberían ser diseñadas para informar y asegurar a los innovadores que el ambiente normativo favorece la innovación.

En este aspecto, la mayoría de los investigadores del sector privado insistirían en que la adecuada protección de propiedad intelectual es esencial para la innovación comercial. Muchas evidencias anecdóticas sostienen este argumento. Sin embargo, no hay muchos datos empíricos para respaldar esa opinión. Esto se debe, en parte, a la dificultad de separar los incentivos creados por las 'patentes' de otros incentivos tales como los reseñados anteriormente. Al cabo de más de dos décadas de intensos debates internacionales, la base empírica sobre el valor del incentivo de la propiedad intelectual no está clara. Al examinar los mecanismos legales para apoyar la innovación, los formuladores de las políticas deberían advertir que la legislación de propiedad intelectual podría ser vista como un posible (y polémico) instrumento en más de dos docenas de campos de intervención estatal. No obstante, algunos miembros de *Crucible* lo consideran importante.

El apoyo a la educación superior y la capacitación pública constituyen los pasos de mayor utilidad que los gobiernos pueden dar para fomentar la innovación nacional en investigación agrícola. Esto es de especial trascendencia para los países en desarrollo, que pueden carecer de mercados lo suficientemente ricos para atraer inversión comercial en la mejora de plantas. La estabilidad en la financiación a la investigación también es particularmente importante. Algunos investigadores universitarios subrayan el papel destacado de los programas de estudio amplios, pues creen que la tendencia a la especialización y los contratos de investigación y desarrollo con el sector privado pueden socavar la capacitación de amplio espectro. Deberían evitarse las obligaciones contractuales que pudieran restringir la libertad académica, en particular la capacidad de un profesor de educar a sus estudiantes.

Los sistemas de recompensa en el sector público pueden variar desde el simple reconocimiento, hasta un incremento del apoyo con nuevos equipos y más recursos humanos, o a los beneficios financieros personales. En muchos países los gobiernos permiten a los investigadores públicos beneficiarse directamente de las concesiones de propiedad intelectual.

Las comunidades agrícolas se benefician de todo el abanico de programas y políticas gubernamentales para la innovación. Podrían obtener ventajas de un ambiente solidario que promueva títulos seguros sobre la tierra, que estimule créditos rurales en condiciones razonables y mantenga servicios de extensión accesibles y ajustados a las necesidades locales. Los agricultores de pequeña escala y pobres en recursos también reciben de buena gana políticas de fomento de la iniciativa empresarial. Los gobiernos pueden promover la biodiversidad agrícola asegurando que los mercados locales y nacionales no impongan barreras artificiales de empaquetado, etiquetado o de salubridad, beneficiosas para grandes productores e importadores comerciales. Los gobiernos pueden promover la diversidad de hecho, respaldando etiquetados en favor de la diversidad del producto y mediante campañas de educación pública para atraer a los consumidores locales a la producción local. Los esquemas de certificación de semillas deben ser revisados para asegurarse que no estén restringiendo indebidamente la diversidad local. Una vez más, podría pensarse en el etiquetado promotor de la diversidad de semillas. Dado que la diversidad genética en el campo puede plantear problemas especiales de limpieza y molienda de semillas, los gobiernos pueden preferir trabajar con empresarios y/o cooperativas de agricultores locales, para superar algunas de las barreras puramente mecánicas que impiden que la diversidad llegue a los mercados.

Los gobiernos también pueden fomentar las asociaciones cooperativas para la investigación entre agricultores y los sectores privado y público. Los sistemas de incentivos podrían acercar a los mejoradores públicos para trabajar más en contacto con las comunidades locales. Igualmente, las comunidades pueden apoyar iniciativas públicas de mejora mediante programas en los que una pequeña porción de las ganancias del mercado se vuelca voluntariamente al trabajo público de mejora o mediante contribuciones de tierras y de trabajo que ambas partes consideren valiosas para la investigación.

Los gobiernos también pueden facilitar la mejora local de plantas mediante el reconocimiento de las características únicas y complejas de la investigación dirigida por la comunidad. A diferencia de la mayoría de sus contrapartes institucionales, los agricultores de pequeña escala actúan simultáneamente como mejoradores, cultivadores y consumidores primarios de su propia investigación y producción. Al igual que la mayoría de los agricultores del mundo que trabajan con cultivos no híbridos, los agricultores de pequeña escala almacenan semillas de cada cosecha para plantarlas en la estación siguiente.

Los agricultores de los países en desarrollo seleccionan rutinariamente semillas mutantes, de alto rendimiento o de alta calidad, para pruebas y experimentos. Mientras los mejoradores institucionales, públicos o privados, no están en condiciones de mejorar los cultivos para el amplio rango de condiciones de alto estrés que enfrentan las comunidades agrícolas de

subsistencia, estos mismos agricultores --en su mayoría mujeres-- consideran a las semillas cosechadas su fuente inicial de variación, a partir de la cual pueden desarrollar su propia mejora. El material interesante se pone a prueba en pequeñas parcelas adyacentes a la vivienda. A menudo, el germoplasma prometedor es intercambiado con vecinos y probado en distintas laderas y suelos de la comunidad. El material más prometedor se multiplica e incorpora a la reserva de semillas para la siguiente plantación.

La mejora comunitaria de plantas puede producir cambios radicales en el campo, pero es un proceso de naturaleza gradual, que permite a las variedades de los agricultores evolucionar en el tiempo. No obstante, el germoplasma en el terreno cambia en algo cada año, y las mejoras en el rendimiento y la calidad son registradas de diversas formas por los propios agricultores-mejoradores. Algunos defensores de este proceso sostienen que las diferencias generadas de año en año a menudo igualan o superan las distinciones encontradas en una 'familia' de variedades sucesivas logradas por un mejorador institucional.

Un elemento importante en la mejora comunitaria de plantas es el intercambio de germoplasma 'exótico' entre comunidades agrícolas. Los agricultores siempre están interesados en intercambiar semillas. Cada país y cultura puede señalar una larga historia de intercambio consuetudinario de semillas, algunas veces ligado a prácticas religiosas y otras asociado a ferias locales y celebraciones. El proceso de intercambio es una gran oportunidad para introducir nuevas semillas, y fue este proceso el que logró la rápida expansión del maíz en varias nuevas regiones de África en pocas generaciones y permitió que los boniatos se expandieran por Asia oriental y el Pacífico en menos de 100 años.

El intercambio de germoplasma de los mercados locales o regionales puede ser equiparado a las transacciones entre bancos de germoplasma, con la diferencia de que los que intercambian semilla en la comunidad son muy pobres. Los bancos de germoplasma buscan cubrir sus costos cobrando por la multiplicación de semillas y el envío; los agricultores recuperan sus costos, en la medida de lo posible, mediante el intercambio directo, el trueque o el pago en efectivo. Más allá del tipo de transacción, el objetivo del intercambio es la mejora de los cultivos.

Los gobiernos interesados en respaldar la mejora comunitaria de plantas deberían adoptar políticas y prácticas que estimulen este sistema y asegurar que otras regulaciones o leyes no reduzcan este tipo de innovación. Podría haber acuerdo general sobre el hecho de que tres factores, medio ambiente, educación e iniciativa empresarial formaran una base sólida para la innovación. Sin embargo, las políticas exactas a ser aplicadas en este ámbito están en discusión. La historia sugiere que los gobiernos deben tener un sentido de orientación --alguna noción clara de los tipos de innovaciones que podrían resultar socialmente más útiles. La historia también sugiere que los gobiernos hacen bien en invertir en investigación y desarrollo. Muchos de los

incentivos esenciales pueden necesitar muy poca o ninguna inversión, y consistir más en la creación de un ambiente favorable a la investigación y la eliminación de barreras no intencionales.

En conclusión, los gobiernos disponen de muchas maneras de estimular la innovación agrícola. La siguiente lista resume posibles mecanismos políticos, algunos de ellos discutidos en los párrafos anteriores. Aunque la discusión en esta sección hace referencias específicas a la innovación en la mejora de plantas y la agricultura en general, las iniciativas políticas mencionadas son igualmente relevantes para estimular la innovación en otras áreas, como la farmacéutica.

Políticas generadoras de conocimiento:

- Apoyo a la capacitación agrícola
 - asegurar financiación universitaria
 - asegurar mayor capacitación en las disciplinas de la mejora de plantas
 - asegurar la libertad académica
- Fomento a la investigación y el desarrollo
 - sistemas de recompensa (en dinero o certificados de reconocimiento)
 - mejora pública de plantas
 - legislación de la propiedad intelectual
- Fomento de asociaciones para la investigación
 - cooperativas agrícolas para la mejora de plantas
 - contribuciones voluntarias de los agricultores a la mejora pública
 - otras iniciativas de investigación cooperativa (pública y privada)
- Apoyo al conocimiento indígena y local (véase la sección sobre conocimiento indígena y local)

Políticas generadoras de oportunidades:

- Fomento de la infraestructura
 - seguridad en la tenencia de la tierra
 - acceso al crédito
 - infraestructura de transporte
 - incentivos impositivos y subsidios
 - respaldo a la extensión agrícola pública
 - mejora de plantas para cultivos menores y tierras marginales
- Promoción de la diversidad en el mercado
 - ferias de semillas (para promoción de la diversidad local)
 - etiquetado (señalando la diversidad local)
 - regulaciones de protección del consumidor (vigilando disposiciones que podrían restringir la diversidad)
 - regulaciones de certificación (para facilitar el cultivo y el comercio de diversas semillas)

- Promoción de la competencia
 - legislación antimonopólica
 - legislación que prevenga los monopolios de las tecnologías centrales
- Apoyo al acceso al germoplasma
 - conservación (para asegurar que la diversidad no se pierda)
 - intercambio (para asegurar el acceso a los bancos de germoplasma y los intercambios de los agricultores entre sí)
 - eximir a la investigación (para estimular la mejora comunitaria e institucional de plantas)

Sección 2

Opciones para leyes *sui generis* de propiedad intelectual de variedades vegetales

Índice

Primera Parte: Fines y alcance	141
Artículo 1: Fines	141
Artículo 2: Alcance	143
Artículo 3: Exclusiones del alcance	144
 Segunda Parte: Definiciones	 147
Artículo 4: Variedades de plantas	147
Artículo 5: Variedades esencialmente derivadas	149
Artículo 6: Agricultores de pequeña escala	151
 Tercera Parte: Condiciones para otorgar la protección	 153
Artículo 7: Condiciones para la protección	153
Artículo 8: Novedad/período de gracia	155
Artículo 9: Distinción	158
Artículo 10: Uniformidad, estabilidad, identificabilidad	159
Artículo 11: Requisito de beneficio público	161
Artículo 12: Certificado de origen	164
Artículo 13: Consentimiento informado previo	167

Cuarta Parte: Derechos conferidos	169
Artículo 14: Capacidad para ejercer los derechos	169
Artículo 15: Actos que requieren la autorización del titular de los derechos	170
Artículo 16: Material	173
Artículo 17: Excepciones de los derechos conferidos	175
Artículo 18: Duración de los derechos	181
Artículo 19: Terminación de los derechos	182
Artículo 20: Licencias obligatorias	183
Artículo 21: Prácticas anticompetitivas	185
Artículo 22: Derogación de las excepciones	187
Artículo 23: Personas habilitadas a presentar solicitudes	187
Artículo 24: Examen de las solicitudes	188
Artículo 25: Denominación	189
Artículo 26: Autoridad competente	189
 Quinta parte: Interacción	 190
Artículo 27: Interacción con el sistema de certificación de semillas	190
Artículo 28: Interacción con la legislación de patentes	190

Sección 2

Opciones para leyes *sui generis* de propiedad intelectual de variedades vegetales

Primera Parte: Fines y alcance

Artículo 1: Fines

El cometido de estas disposiciones es:

Elemento 1

hacer que las variedades de plantas queden sujetas a derechos de propiedad

Elemento 2

asegurar que los fitomejoradores sean capaces de recuperar costos, lograr ganancias suficientes a partir de innovaciones útiles y continuar innovando

Elemento 3

brindar reconocimiento legal a variedades no protegidas por las leyes de patentes y/o de Derechos de los Fitomejoradores vigentes, reconociendo así el valor de las variedades de plantas innovadas por los agricultores; y brindar un medio para compartir los beneficios derivados del uso de variedades de agricultores o tradicionales como material de mejora y/o con fines comerciales

Elemento 4

estimular la mejora innovadora de plantas

Elemento 5

estimular el desarrollo de tecnologías que respalden prácticas agrícolas sustentables

Elemento 6

conservar e incrementar la diversidad de especies de plantas y la diversidad de variedades de plantas

Elemento 7

promover la seguridad alimentaria global

Comentario

Muchas leyes carecen de preámbulo o sección de fines. Los elementos presentados aquí constituyen las metas y objetivos más factibles de la legislación. Por supuesto, no han sido incluidas todas las posibilidades, pero

Recuadro de opinión 11: ¿Valen la pena las leyes de propiedad intelectual para variedades vegetales?

La legislación de propiedad intelectual no representa ningún avance para los temas de interés público más amplio.

Las leyes de propiedad intelectual para variedades vegetales crean una forma de propiedad privada donde antes no la había. Al hacerlo, brindan una infraestructura para que los mejoradores de plantas obtengan ganancias.

Pero ninguna forma de legislación de propiedad intelectual que involucre un monopolio exclusivo puede atender las necesidades o proteger los intereses de las comunidades agrícolas o rurales.

En la historia de los Derechos de los Fitomejoradores, por ejemplo, no hay evidencias de que esta forma de protección de la propiedad intelectual haya estimulado la investigación agrícola confiable, la inversión en investigación y desarrollo o haya llevado a un aumento o diversificación del número de especies o de los fitomejoradores. En realidad, los hechos sugieren lo contrario. Reforzar las leyes existentes de propiedad intelectual sobre variedades de plantas y procurar nuevas formas de legislación supuestamente favorable a los agricultores, sobre la base de esta experiencia fracasada de los Derechos de los Fitomejoradores, es hacer correr un mayor peligro a la seguridad alimentaria y el bienestar de 1.400 millones de personas.

La legislación de propiedad intelectual favorece los intereses públicos primordiales mediante el mecanismo normal de la privatización.

Contrariamente, los últimos 70 años de experiencia en la protección de variedades vegetales han dado muestras de la amplitud que pueden alcanzar los beneficios de la privatización²². Los fitomejoradores que disponen de la protección legal de variedades vegetales han creado miles de variedades nuevas de altísimo rendimiento. Estos rendimientos se tradujeron en dividendos para agricultores que cultivan las nuevas variedades y en menores costos de alimentación para el público en general.

También hay evidencias de que la mejora institucional de plantas aumentó la disponibilidad de recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura (RFAA).

Ante las pruebas resultantes de las leyes de protección de variedades vegetales, vale definitivamente la pena explorar si podrían obtenerse beneficios similares mediante la extensión de leyes modificadas a las variedades de los agricultores y las comunidades agrícolas locales. La entrega a los agricultores locales del control sobre sus variedades y del derecho a compartir los beneficios del uso que de ellas hagan terceras partes, sólo puede estimular a esos agricultores a continuar sus innovaciones útiles para la sociedad. Estas leyes también brindarían un respaldo, largamente adeudado, a la imagen de los agricultores como mejoradores e investigadores.

están las justificaciones más comunes para la creación de derechos de propiedad intelectual para variedades de plantas. Una declaración explícita de fines no garantiza, sin embargo, que esos objetivos serán alcanzados. Esto sólo puede asegurarse mediante una elección apropiada entre las herramientas brindadas en las secciones siguientes.

Los fines de los Elementos 1 a 7 están agrupados desde los más reducidos y mecánicos (i.e., hacer que las variedades de plantas queden sujetas a derechos de propiedad privada), hasta los más amplios y ambiciosos en alcance (i.e., promover la seguridad alimentaria mundial). Los comentarios de los miembros del Grupo *Crucible* sobre esta lista de elementos revelan dos tendencias interesantes. Primero, hay un creciente acuerdo entre los miembros sobre la utilidad del fin identificado. Por ejemplo, no todos creen que sea de alguna utilidad someter las variedades vegetales a controles de propiedad privada (Elemento 1), pero todos concuerdan con el objetivo de promover la seguridad alimentaria (Elemento 7). Segundo, hay un nivel de acuerdo decreciente dentro del grupo sobre la capacidad de los derechos de propiedad intelectual para lograr avances con relación a los objetivos propuestos. Todos creen, por ejemplo, que las leyes de propiedad intelectual crean 'propietarios' con derechos sobre variedades vegetales (Elemento 1) y que esos derechos contribuyen a la capacidad de los fitomejoradores para recuperar sus costos y lograr ganancias (Elemento 2). Pero están mucho más divididos sobre si esos derechos promueven o no prácticas de agricultura sustentable (Elemento 5), la diversidad de especies de plantas (Elemento 6) o la seguridad alimentaria mundial (Elemento 7).

Artículo 2: Alcance

Opción 1

Esta Ley será aplicada a géneros y especies de plantas según se especifica en la 'Lista de géneros y especies'. El ministerio competente está autorizado a establecer y enmendar la lista.

Opción 2

Esta Ley será aplicada en la fecha en la que entre en vigor al menos a cinco géneros o especies de plantas y deberá

- a) incluir al menos diez géneros o especies en total, en la expiración de un período de tres años a partir de la fecha establecida;
- b) incluir al menos 18 géneros o especies en total, en la expiración de un período de seis años a partir de la fecha establecida; y
- c) incluir al menos 24 géneros o especies en total, en la expiración de un período de ocho años a partir de la fecha establecida.

Opción 3

Esta Ley se aplicará, a todas las especies y géneros, el día que entre en vigor.

Comentario

Aunque la ley se refiere necesariamente a variedades de plantas de diferentes especies y géneros, los países tienen una amplia gama de opciones para seleccionar especies de plantas y géneros para ser protegidos. Las opciones varían desde la posibilidad de proteger un número limitado de especies o géneros hasta proteger a todas las especies y géneros. Las opciones también comprenden la posibilidad de otorgar la protección a estas especies o géneros inmediatamente después de la entrada en vigor de la legislación, o después de un período según un calendario graduado. No creemos haber descubierto un ritmo óptimo de adiciones en la Opción 2. Otro ritmo podría ser más apropiado, dadas las diferencias entre países. El cronograma incluido aquí proviene del Acuerdo de 1978 de la Unión Internacional para la Protección de Nuevas Obtenciones Vegetales (UPOV).

Los países que opten por la Opción 1 tendrán que especificar en una lista las especies y géneros de plantas. Sin embargo, deberían tener en cuenta que el Artículo 27.3(b) del Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) requiere la "protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema *sui generis* eficaz o mediante una combinación de aquéllas y éste". Como los ADPIC no califican especies o géneros, parecería que los miembros de la Organización Mundial de Comercio (OMC) deben ofrecer protección para variedades de plantas de todas las especies y géneros, o esta opción no podrá considerarse en cumplimiento de los ADPIC. Los miembros de la OMC pueden violar sus obligaciones bajo los ADPIC si deciden aplicar el requisito mínimo de UPOV 1978 otorgando protección solamente a variedades de un número limitado de especies o géneros.

Los elementos enumerados aquí pueden ser considerados de 'libre elección' (Opción 1), 'UPOV 1978' (Opción 2), y 'sin elección' (Opción 3). De acuerdo con la Opción 1, los países podrían definir libremente el número de especies y géneros cubiertos por esta ley. La Opción 2 especifica el número mínimo de especies y géneros para el que debe estar disponible la protección, y el marco temporal pertinente. En conformidad con la Opción 3, los países no presentarían una lista detallada de especies y géneros, ya que la ley los incluiría a todos.

Artículo 3: Exclusiones del alcance

Esta Ley no se aplicará a variedades de plantas:

Elemento 1

para las que se dispone de protección de patentes

Elemento 2

que han sido simplemente descubiertas

Elemento 3

que han sido simplemente descubiertas en áreas inexploradas

Elemento 4

para las que es necesario prevenir su explotación comercial, como medida de protección del orden público y la moral, incluyendo la protección de la vida o salud humana, animal o vegetal, o para evitar un serio perjuicio al medio ambiente

Elemento 5

dentro de un género o especie con un tipo particular de reproducción o multiplicación, o con cierto uso final. La autoridad competente puede limitar la aplicación de esta Ley a este tipo de variedades de plantas

Comentario

Obviamente, la gama de material que será excluido de la protección por medio de esta ley depende del alcance de la misma. Como en el Artículo 1, una amplia brecha separa a quienes piensan que la legislación convencional al estilo de UPOV es adecuada y los que recomiendan alternativas con fórmulas más restringidas o amplias de protección. Aquéllos que cuestionan la necesidad de cualquier forma de protección arguyen que las categorías más amplias de exclusión son necesarias, por ejemplo, para las variedades de plantas consideradas vitales para la seguridad alimentaria nacional o desarrolladas utilizando tecnologías que amenazan la diversidad. Otros insisten en que estas exclusiones deberían hacerse caso por caso y que cada caso debería ser verificable y recompensado.

Como una alternativa a la exclusión del alcance de la ley, uno podría considerar la inclusión de disposiciones especiales con relación a estas variedades. Por ejemplo, podría adjudicarse al descubridor de una variedad, un espectro de derechos diferentes de los garantizados al mejorador de una variedad.

Elemento 1: Esta exclusión está basada en la idea de que una variedad no debe ser protegida, a la vez, por Derechos de los Fitomejoradores y por una patente. Se basa en, y refleja, la llamada prohibición de la doble protección prevista en el Artículo 2.1 de UPOV 1978. Se propone evitar situaciones en las que ciertos usos de una variedad vegetal estén libremente permitidos bajo esta ley, pero impedidos a la vez por otros títulos de derechos de propiedad intelectual en conflicto.

Elementos 2-3: La palabra clave en ambos elementos es 'descubrimiento'. La exclusión del Elemento 2 se basa en la idea de que el mero descubrimiento de una planta no debería resultar en ningún derecho exclusivo del descubridor con relación a esa planta. El Elemento 3, sin embargo, subraya los

descubrimientos en zonas silvestres. Para entender estos elementos es de utilidad reconocer la diferencia esencial entre la legislación de patentes y las Convenciones UPOV. La Convención se propone asegurar el desarrollo de la agricultura. El descubrimiento, por lo tanto, de mutaciones o variantes en una población de plantas cultivadas es una fuente de variedades de gran importancia económica para la agricultura. La Convención UPOV de 1978 fue un sistema *sui generis* especial que estimuló todas las formas de mejora de plantas, incluyendo descubrimientos (a diferencia de la ley de patentes, que no protegía los descubrimientos). Aunque no se refiere expresamente a la protección de descubrimientos, esta protección se infiere de las palabras iniciales del Artículo 6.1(a), que aceptan la posibilidad de que la variedad pueda resultar de una variación inicial de un recurso natural, por ejemplo una mutación.

Cuando la Convención fue revisada en 1991, se pensó que sería útil incluir una definición de 'mejorador', para subrayar la protección de la Convención a variedades que habían sido 'descubiertas'. Pero la protección manifiesta de los descubrimientos podría ser polémica, en particular con relación a la definición de derechos de propiedad de los recursos genéticos. Sin embargo, se reconoció que poner a disposición los descubrimientos es una fuente importante de mejora de plantas, que debe ser promovida por la Convención UPOV y que, en la práctica, un descubrimiento debe ser evaluado y propagado antes de que pueda ser explotado. Las discusiones resultantes llevaron a la definición de 'mejorador' como la persona que 'mejoró, o descubrió, o desarrolló' una variedad. Según una interpretación en la Convención de 1991, 'descubrimiento' describe la actividad de "selección dentro de la variación natural", y 'desarrollo' describe el proceso de "propagación y evaluación".

Elemento 4: Esta exclusión está basada en el lenguaje utilizado en el Artículo 27.2 de los ADPIC, de los que deriva. Pero el acuerdo no brinda una guía adicional sobre la forma en que esta exclusión (o amalgama de exclusiones) puede o debe ser interpretada o aplicada.

Algunas personas se muestran escépticas sobre la utilidad y el propósito de estas exclusiones, ya que la explotación comercial de un producto puede continuar, esté o no garantizada la protección de la propiedad intelectual, siempre y cuando no infrinja otros derechos de propiedad intelectual de los titulares de derechos. Estas críticas señalan que es inconcebible que una exclusión de patente tenga la potestad de controlar plantas genéticamente modificadas.

Otros creen que la exclusión puede ser importante para reducir los incentivos al desarrollo de ese tipo de plantas. Independientemente de la relación final entre protecciones de propiedad intelectual y éxito en el mercado, estas personas destacan que los derechos de propiedad intelectual son otorgados por el estado y, en consecuencia, las condiciones en las que se

entregan deben concordar con los sentimientos y creencias básicos de una sociedad.

Hay quienes han dicho que el orden público puede ser violado con la inserción de material característicamente genético humano²³ en una variedad vegetal. Otros sostienen que todas las variedades transgénicas de plantas son inmorales.

Algunos sienten que la prueba de la moralidad no debe ser un concepto abstracto y universal, sino un criterio flexible y sensible a los códigos morales de las culturas locales. Una sugerencia es incluir 'clases' de materiales a los que se considera contrarios a la moral pública, como las tecnologías que impiden a los agricultores utilizar semillas almacenadas.

En todo caso, el Acuerdo de los ADPIC permite a sus miembros decidir por sí mismos qué es contrario al orden público o la moral. Cualquier innovación prohibida quedará fuera de la protección de la ley de propiedad intelectual. Sólo los usos perversos de esa prohibición podrían ser impugnados razonablemente. (Para una discusión sobre el uso de la moral y el orden público en el contexto del desacuerdo sobre la 'tecnología Terminator' y el registro de 'patentes de formas de vida', véase *Siembra de Soluciones*, Tomo 1, págs. 42-3 y 112-3).

Elemento 5: Mientras el Artículo 1 se refiere a la aplicación general de las disposiciones sobre especies y géneros de plantas, este elemento permite diferenciar entre distintas variedades de la misma especie o género. De esta forma, este elemento refleja el Artículo 2.2 de UPOV 1978. Una especie o género tratado de este modo aún cuenta como uno dentro del número requerido para cumplir las disposiciones de UPOV 1978 (véase Artículo 2, Opción 2, y el comentario). Además, como se señaló en el comentario al Artículo 2, los ADPIC no mencionan explícitamente la posibilidad de exclusiones o agrupamientos de plantas. Los miembros de la OMC podrían estar por lo tanto obligados a proteger todas las variedades de todas las especies y géneros de plantas.

Segunda Parte: Definiciones

Artículo 4: Variedades de plantas

Opción 1

Una variedad de planta es la que puede ser protegida en conformidad con esta Ley.

Opción 2

Variedad de planta significa un grupo de plantas con un único taxón botánico del menor nivel conocido. El grupo --independientemente de que se cumplan totalmente las condiciones para la adjudicación de derechos bajo esta Ley--

puede definirse por la expresión de las características resultantes de un genotipo dado o una combinación de genotipos. Puede ser distinguido de cualquier otro grupo de plantas por la expresión de, al menos, una de las características mencionadas y considerado una unidad, porque es capaz de propagarse sin cambiar.

Comentario

Este artículo presenta opciones para la definición de 'variedades de plantas'. No es necesario brindar esa definición si las condiciones para la protección (consideradas separadamente en la Tercera Parte, más adelante) son lo suficientemente precisas como para definir exactamente qué está sujeto a protección con arreglo a la ley.

Opción 1: Siguiendo esta opción, la ley no incluiría una definición de variedad de planta, más allá de una referencia *de facto* a la que es protegida de acuerdo con las secciones siguientes de la ley sobre las condiciones de protección. De esta forma, la opción es consistente con UPOV 1978.

Opción 2: Esta definición está tomada del Artículo 1 de UPOV 1991. El material sujeto a la ley cubierto por esta definición es más amplio que la clase de variedades de plantas a proteger según UPOV 1991. La Convención UPOV 1991 brinda en primer lugar una definición de 'variedad de planta' y luego define una subclase más pequeña de variedades vegetales sujetas a protección, que pueden ser aquellas novedosas, distintas, uniformes y estables. El objetivo principal de esta definición es subrayar que el concepto de 'variedad' no debe ser asimilado al de 'variedad protegida' o 'variedad que puede ser protegida' (véase el Modelo de Ley sobre Protección de Nuevas Obtenciones Vegetales de UPOV, Ginebra 1996, p 12).

Resulta interesante que quienes redactaron UPOV 1991, en primer lugar, decidieron proceder definiendo 'variedades', para luego definir la subcategoría dentro de ellas que podría ser protegida, dado que las variedades de plantas tal como están definidas en el acuerdo no forman parte de la taxonomía botánica estándar. Aunque el Código Internacional de Nomenclatura reconoce '*varietas*', la definición no es la misma que en UPOV 1991 y en las leyes nacionales de protección de variedades vegetales que conocemos. Los redactores de UPOV 1991 podrían haber salteado un paso y definido variedades de plantas como aquellos grupos de plantas que satisfacen los requisitos 'distinto, uniforme, estable' (DUE) y de novedad. De este modo, UPOV 1991 se habría parecido más a UPOV 1978.

El hecho de que UPOV 1991 brinde una definición más amplia de variedades vegetales que la clase de plantas para la que el mismo acuerdo finalmente brinda protección respalda el argumento de que aún hay espacio para usar criterios más abiertos que los encontrados en UPOV 1991 para extender la cobertura a una grupo de plantas más heterogéneo.

Artículo 5: Variedades esencialmente derivadas

Opción 0

ninguna disposición

Opción 1

Elemento 1

Las variedades de plantas esencialmente derivadas son las

- a) predominantemente derivadas de otra variedad (la variedad inicial), o de una variedad que a su vez es predominantemente derivada de una variedad inicial, y retienen la expresión de características esenciales resultantes del genotipo o la combinación de genotipos de la variedad inicial;
- b) claramente distinguibles de la variedad inicial y, excepto por las diferencias resultantes del acto de la derivación, concuerdan con la variedad inicial en la expresión de características esenciales resultantes del genotipo o la combinación de genotipos de la variedad inicial; y
- c) que concuerdan, exceptuando las diferencias que puedan resultar del acto de la derivación, con la variedad inicial en la expresión de características esenciales resultantes del genotipo o la combinación de genotipos de la variedad inicial.

Elemento 2

Las variedades de plantas esencialmente derivadas pueden obtenerse, por ejemplo, por la selección de un mutante natural o inducido, o de una variante somaclonal, la selección de una variante individual a partir de plantas de la variedad inicial, cruzamientos con la variedad original, o la transformación mediante ingeniería genética.

Comentario

El concepto de derivación esencial fue introducido en UPOV 1991 para asegurar que una variedad esencialmente derivada de una variedad protegida y suficientemente distinta de otra variedad pueda estar sujeta a protección, pero no ser explotada sin la autorización del mejorador de la variedad protegida. Los Elementos 1 y 2 de la Opción 1 están tomados del Artículo 14.5 de UPOV 1991. Sin embargo, si la variedad esencial no está protegida, o expiraron los derechos de protección sobre ella, UPOV 1991 no exige una autorización para explotar la variedad esencialmente derivada.

Después de su adopción por parte de UPOV en 1991, la derivación esencial continúa siendo un tema candente. Las dificultades emanan del principio conocido como la 'excepción del mejorador' de UPOV 1978, que establece que "la autorización del mejorador no será requerida para la

utilización de la variedad [protegida] con el fin de crear otras variedades ni para la comercialización de esas variedades."

La excepción del mejorador es considerada esencial para el progreso en la mejora de las plantas, pero los problemas se plantean en la aplicación. Algunos mejoradores alegaron que otros mejoradores estaban haciendo un uso abusivo de la excepción, introduciendo pequeñas variaciones en materiales que la excepción permitía utilizar, y luego afirmaban haber creado variedades nuevas y que pueden ser protegidas. Mediante esta práctica, a veces llamada 'mejora imitativa', se denunció que estos mejoradores sacaban una ventaja indebida del trabajo de los mejoradores anteriores, con un beneficio desproporcionado.

El problema ha encontrado solución dando el derecho a los mejoradores originales de impedir la explotación de las variedades esencialmente derivadas. Muchos argumentan que las disposiciones de derivación esencial tienen también importantes beneficios: se dice que actúan como incentivo a la conservación (o ralentizan la erosión) de la diversidad genética; estimulan la mejora del varietal genuino; y protegen agricultores y consumidores del pago por adaptaciones insignificantes.

Pero otros sostienen que la excepción de los mejoradores no debería ser limitada bajo ninguna circunstancia. El 'libre acceso' histórico --el derecho de los mejoradores a comercializar nuevas variedades, desarrolladas a partir de variedades protegidas, sin tener que pagar a ningún propietario-- ha sido y es fundamental para el desarrollo de variedades nuevas. Además, arguyen que resulta difícil, si no imposible, prejuzgar los méritos actuales de cambios varietales aparentemente menores, y que la evaluación de 'esencialmente derivado' siempre será subjetiva y sujeta a abusos y litigios. Estas personas alegan que el comprador debería tener la posibilidad de emitir este juicio.

El desarrollo de la ingeniería genética, al abrir nuevas posibilidades para la piratería de variedades, ayudó a acelerar la revisión de la Convención. La Convención UPOV 1991 introdujo, con el total acuerdo de las asociaciones de mejoradores, el concepto de derivación esencial. Como puede verse en el Elemento 2, el concepto de derivación esencial juega un papel importante para establecer la relación entre fitomejoradores y biotecnólogos. Si un único gen es insertado en una variedad vegetal protegida, la variedad derivada no puede ser comercializada sin la autorización previa del propietario de la variedad original.

Hay quienes afirman que las cláusulas de derivación esencial en la legislación de protección de variedades de plantas ayudan a impedir la imitación de las variedades mejoradas de los agricultores. Sin embargo, es importante destacar que el derecho a prohibir la explotación de variedades esencialmente derivadas de variedades previas sólo se aplica en casos en que las variedades previas son ellas mismas sujeto de protección de variedades vegetales. Si una variedad de un agricultor no está protegida (y la mayoría no lo está), la inclusión de una cláusula de derivación esencial en una ley

nacional de protección de variedades vegetales no podrá hacer nada para impedir la explotación de plantas esencialmente derivadas de ellas.

En la Cuarta Parte, 'Derechos conferidos', trataremos la disyuntiva entre extender los derechos conferidos por una ley de protección de variedades vegetales solamente a variedades derivadas de variedades protegidas --como es el caso según UPOV 1991-- o también a variedades derivadas de variedades no protegidas.

Consideraremos a su vez, en la Tercera Parte, las condiciones para la protección que tendrían el efecto de extender la protección de variedades vegetales a una gama de variedades de agricultores que no estarían habilitadas para la protección en conformidad con las disposiciones de UPOV 1978 y UPOV 1991.

Artículo 6: Agricultores de pequeña escala

Un agricultor de pequeña escala es la persona que:

Elemento 1

vende el [número]% o menos de su cosecha anual de un cultivo en particular para alimentación/productos básicos (a la inversa, un agricultor de pequeña escala personalmente consume el [número]% o más de su cosecha total anual del cultivo)

Elemento 2

cultiva [número] hectáreas de tierra o menos [con material propagador de la variedad]

Elemento 3

cosecha [número] toneladas o menos de la variedad protegida

Elemento 4

produce menos de [número] toneladas de cultivos agrícolas

Elemento 5

cultiva un área menor de la necesaria para producir [número] toneladas de cosecha

Comentario

La definición de agricultor de pequeña escala es importante más adelante, cuando se examinen las excepciones de los derechos concedidos a los agricultores de pequeña escala, en la Cuarta Parte. Este artículo presenta elementos, no excluyentes entre sí, para una posible definición de 'agricultores de pequeña escala'. Pero con fines de transparencia y simplicidad, recomendamos que un único elemento forme el eje de la

definición. Al escoger límites, debe alcanzarse un cuidadoso equilibrio entre los intereses de los pequeños agricultores, de los mejoradores institucionales y de la sociedad en general. Por cierto, es más fácil hablar de ese equilibrio que lograrlo y no pretendemos haberlo hecho aquí.

Elemento 1: Definir 'agricultor de pequeña escala' en función de la proporción del rendimiento total usado para consumo personal tiene la ventaja de ser muy simple. Cualquier agricultor capaz de consumir, digamos, el 95% o más de un cultivo particular no debe tener una cosecha muy grande (o debe consumir una cantidad extraordinariamente grande de guisantes, cebada o lo que esté cultivando). Se ha sugerido que vender el 5% o menos es el equilibrio adecuado. De la fórmula exacta deberán ocuparse los legisladores, ya que tendrá que reflejar las prioridades de cada país en función de su realidad.

Elemento 2: Definir a los pequeños agricultores por el número de hectáreas cultivadas con la variedad protegida también es ventajoso, por ser simple. Pero hay que señalar que el número de hectáreas sólo es un indicador de la envergadura real de la cosecha. El Elemento 2 permitiría a los agricultores cultivar libremente muchas variedades protegidas siempre y cuando esté delimitado el número de acres de cada variedad. Los mejoradores comerciales podrían alegar que el área relevante debería ser el total plantado con variedades protegidas de cualquier tipo.

Elemento 3: Al referirse a un número máximo de toneladas cosechadas de todas las variedades agrícolas producidas por el agricultor, esta opción encara una de las limitaciones del Elemento 2. De acuerdo con el Elemento 3, los agricultores podrían cultivar libremente muchas variedades protegidas siempre y cuando el número de toneladas cosechadas esté delimitado para cada variedad. La fijación de un número absoluto de kilogramos sólo tiene sentido en un contexto social y geográfico bien definido. Los mejoradores comerciales podrían alegar que el peso debería reflejar el total de las variedades protegidas de cualquier tipo.

Elemento 4: Se refiere a un número máximo de toneladas cosechadas de todos los cultivos agrícolas producidos por el agricultor. Por lo tanto, y con independencia de la cantidad cosechada obtenida de una variedad protegida específica y del número de hectáreas utilizadas para cada variedad, los agricultores se beneficiarían de cualquier privilegio otorgado a los agricultores de pequeña escala, pero sólo si la cosecha total no excede un cierto número de toneladas.

Elemento 5: Refleja el modelo del más complejo Artículo 14 del Reglamento (CE) No. 2100/94 de la Comisión Europea, del 27 de julio de 1994, acerca de

Derechos Comunitarios sobre Variedades Vegetales, que adopta la definición de 'pequeño agricultor' de la Unión Europea presentada en el Reglamento (CEE) No.1765/92, del 30 de junio de 1992.

Tercera Parte: Condiciones para otorgar la protección

El Artículo 7 de la Tercera Parte brinda tres combinaciones diferentes de 'condiciones para la protección' de variedades de plantas. Los legisladores podrían optar por incluir sólo una de estas combinaciones en su ley nacional de protección de variedades vegetales. Por otro lado, es posible usar dos o las tres combinaciones, y que cada una de ellas se aplique a diferentes especies o grupos de variedades dentro de especies de plantas. (Por este motivo hemos llamado a las tres combinaciones distintas 'elementos' y no 'opciones').

Los Artículos 8-11 contienen opciones para la definición de cada una de las condiciones para la protección incluidas en el Artículo 7.

Finalmente, consideramos dos condiciones para la protección que aún no han sido incluidas en ninguna ley nacional de Derechos de los Fitomejoradores: entregar un certificado de origen (CO) y obtener el consentimiento informado previo (CIP) de los suministradores, de los recursos genéticos utilizados por mejoradores en la creación de las variedades para las que buscan protección.

Artículo 7: Condiciones para la protección

La protección de variedades vegetales se otorgará a variedades de plantas que:

Elemento 1

- a) han sido inventadas y son
- b) nuevas,
- c) útiles/de aplicación industrial, y
- d) no obvias.

Elemento 2

- a) son novedosas,
- b) distintas,
- c) uniformes, y
- d) estables.

Elemento 3

- a) son novedosas,
- b) distintas, y
- c) identificables.

Comentario

Este artículo contiene una de las disposiciones centrales de la ley, y estipula los requisitos que una variedad de planta debe cumplir para ser elegible para la protección bajo esta ley. Los requisitos se definen y discuten en los artículos siguientes (excepto la 'invención', la 'no-obviedad' y la 'aplicabilidad industrial', discutidos en la Sección Tres, 'Opciones para leyes de propiedad intelectual de innovaciones biotecnológicas').

Elemento 1: La combinación de condiciones para la protección establecidas aquí es idéntica a las exigidas por los ADPIC para la adjudicación de patentes. Estas condiciones son más exigentes (y más difíciles de satisfacer) que las fijadas por UPOV 1978 y UPOV 1991.

Elemento 2: Es idéntico a los criterios de UPOV 1978 y UPOV 1991 (discutidos en los Artículos 9 y 10).

Elemento 3: Este elemento reemplaza los requisitos relativamente estrictos de uniformidad y estabilidad con una definición más amplia de 'distinción e identificabilidad' (DI) (véase una explicación más detallada en el Artículo 10). Un requisito de protección de DI no concuerda con las Convenciones UPOV. Sin embargo, esto no sería un problema para países no signatarios de estas convenciones. Aunque no satisfagan las UPOV, el criterio de identificabilidad satisface el Artículo 27.3(b) de los ADPIC, que no obliga a los países miembros de la OMC a seguir el modelo UPOV o convertirse en miembros de UPOV. El Elemento 3, siendo el más amplio en su alcance, podría ser usado como criterio nacional de base. Las variedades que satisfacen los criterios más estrictos podrían calificar para una protección más fuerte y/o más duradera.

El Artículo 27.3(b) de los ADPIC para proteger variedades de plantas incluye las patentes, un sistema *sui generis* eficaz, o ambos. Estados Unidos actualmente ofrece las patentes y los Derechos de los Fitomejoradores como formas de protección de variedades vegetales. El Artículo 53(b) de la Convención Europea de Patentes (CEP) excluye explícitamente a las variedades de plantas de las patentes y, hasta hace poco, la Oficina Europea de Patentes (OEP) rechazaba solicitudes de patentes de plantas transgénicas que aprovechaban variedades vegetales. En diciembre de 1999, sin embargo, el Consejo Técnico de Apelaciones de la OEP cambió el criterio con relación a esta práctica y la OEP puede ahora conceder derechos de patentes sobre plantas, sean estas variedades vegetales o no. Por lo tanto, una variedad de planta puede estar ahora sujeta a una 'patente vegetal' amplia, que tiene el mismo efecto que una patente estrecha otorgada sobre una variedad vegetal específica.

Aún está por verse si las cortes de las partes contratantes de la OEP siguen este precedente, pero es muy posible que así sea, dado que la directiva de la UE sobre protección legal de invenciones biotecnológicas también permite

solicitar patentes que incluyen variedades vegetales. Aunque, de acuerdo con la Directiva, las variedades de plantas y las razas animales como tales están, en principio, excluidas de las patentes, las invenciones que involucran plantas o animales podrán ser patentadas si la viabilidad técnica de la invención no se reduce a una variedad vegetal o una raza animal en particular. Más explícitamente, la Directiva establece que los grupos de plantas pueden ser patentados "*incluso si comprenden nuevas variedades de plantas*" [itálicas añadidas]. De modo que, bajo las leyes de patentes de los países miembros de la UE, las patentes no podrían ser concedidas a una única variedad de planta o raza animal, pero sí a grupos mayores de variedades o razas.

Los países que quieren acompañar su legislación a los ADPIC y, a la vez, limitar el número de variedades que sean protegidas mediante regímenes de propiedad intelectual, pueden considerar la opción de no excluir las variedades vegetales (o de excluir 'plantas que no sean variedades de plantas') de ser patentadas. Al hacerlo, ya no necesitan introducir un sistema *sui generis* para variedades vegetales. Esta opción es viable porque las variedades vegetales raramente serán calificadas como invenciones, satisfaciendo por lo tanto los requisitos para las patentes. Sin embargo, bajo estas circunstancias, las plantas transgénicas serían las candidatas más probables a la protección mediante patentes, y los mejoradores de plantas tradicionalmente mejoradas se verían seriamente perjudicados.

Algunos miembros del Grupo *Crucible* creen que el criterio de otorgar la protección de patentes únicamente a variedades vegetales, para limitar la protección de la propiedad intelectual a las variedades de plantas, sería un gran paso hacia atrás. Aunque sin duda cumpliría con los ADPIC, este enfoque llevaría medio siglo atrás la protección de las variedades vegetales, ignorando las importantes contribuciones que pueden hacer los fitomejoradores, y dañaría la agricultura, el comercio y la industria del país que lo adopte. Esta diferencia de opinión está contenida en el Recuadro de opinión 16, '¿Deben permitirse las patentes de las variedades de plantas?', en el Tema 3, Sección 3, Artículo 8, más adelante.

Los países que deseen optar por el Elemento 1 deberían consultar el Tema 3, Sección 3, Segunda Parte, para ver opciones para las definiciones de los requisitos de 'invención', 'no-obviedad' y 'aplicabilidad industrial'. Los artículos siguientes discuten las condiciones para otorgar protección a variedades de plantas y los derechos conferidos por los Elementos 2 y 3.

Artículo 8: Novedad/período de gracia

Opción 0

ninguna disposición

Opción 1

La variedad es novedosa si, a la fecha de presentación de la solicitud, o en una

fecha prioritaria cuando sea relevante, material de la variedad no ha sido vendido o de otro modo traspasado a terceros, por el solicitante o con su consentimiento o por su sucesor en los títulos, con fines de explotación de la variedad:

- a) en el territorio del país, por más de un [u otro número] año[s]; y
- b) en un territorio que no sea el del país, por más de cuatro [u otro número] año[s], o, en el caso de árboles o viñas, por más de seis [u otro número] año[s].

Opción 2

La variedad es novedosa si, a la fecha de presentación de la solicitud, el material de la variedad no ha sido vendido o de otro modo traspasado a terceros por el solicitante o con su consentimiento, o por su sucesor en los títulos, con fines de explotación de la variedad:

- a) por más de un [u otro número] año[s];
- b) en el caso de [nombre especies / géneros], por más de seis [u otro número] año[s]; o
- c) en el caso de variedades que han sido mejoradas por agricultores de pequeña escala [u otros grupos] y sólo cultivadas dentro de áreas limitadas del país, por más de diez [o potencialmente un número mucho mayor] año[s].

Comentario

La novedad es considerada aquí con respecto a cualquier uso posible de la variedad, *con el consentimiento del mejorador*, antes de la solicitud de protección (p.ej., comercialización de la variedad en el plazo de hasta un año). La novedad como se la define aquí se relaciona a lo conocido como 'período de gracia' en el contexto de la legislación de patentes *y difiere sustancialmente del significado de 'novedad' en una ley de patentes*. 'Período de gracia' significa un período dentro del cual un inventor puede haber vendido, ofrecido a la venta, usado públicamente o publicado un invento, sin que se haya comprometido o destruido su novedad.

La novedad puede plantear una dificultad significativa para la protección de variedades tradicionales vendidas o traspasadas a terceros durante muchos años con el consentimiento de sus creadores y que, por lo tanto, no podrían considerarse nuevas bajo la actual legislación de Derechos de los

Recomendación

El Grupo *Crucible* recomienda que cualquier país que introduzca una ley de protección de variedades de plantas otorgue un período de gracia durante el cual una variedad pueda ser vendida, ofrecida en venta, utilizada públicamente o sujeta a experimentación, sin que su novedad se anule o quede comprometida en forma alguna.

Fitomejoradores. Este problema podría superarse extendiendo el período de gracia (véase Opción 2). Por otro lado, hay que señalar que muchas de las variedades llamadas tradicionales sufren cambios debido a los continuos esfuerzos de mejora de las comunidades rurales. Si estas variedades han sido traspasadas a otros o vendidas con fines de explotación sólo por un período limitado, la novedad no debería plantear un obstáculo insuperable para su protección.

Las excepciones detalladas con respecto a la novedad pueden encontrarse en ambas Convenciones UPOV. Estas excepciones incluyen, por ejemplo, casos en que el material de disseminación de una variedad vegetal se ha entregado a terceras partes para experimentos de pequeña escala o a una autoridad estatutaria con el fin de llevar a cabo pruebas biológicas de seguridad. Estas excepciones no se consideran en detalle en este artículo.

Opción 0: Desde una perspectiva puramente legal, no hay necesidad de otorgar un período de gracia para una variedad, sin embargo, esto es deseable desde el punto de vista del mejorador. La mayoría de las leyes de patentes de los países no otorgan ningún período de gracia (durante el cual una invención puede ser revelada al público sin pérdida de los derechos) para presentar una solicitud. Esto significa que, excepto en los casos en que se reclame la prioridad de una solicitud previa en otro país (véase la siguiente discusión), cualquier revelación que permita a alguien reproducir la invención elimina la posibilidad de obtener una patente en esos países.

Opción 1: Se basa principalmente en UPOV 1978 y UPOV 1991, y distingue entre la venta nacional o internacional o el traspaso de las variedades protegidas. Se hace referencia a la denominada fecha prioritaria. El derecho de prioridad es relevante sólo en el contexto internacional y usualmente requiere el establecimiento de un acuerdo internacional (como la Convención de París para la Protección de la Propiedad Industrial). El derecho de prioridad significa que, sobre la base de la primera presentación de una solicitud para la protección en uno de los países contratantes (de la Convención de París, por ejemplo), el solicitante puede, dentro de cierto período de tiempo, solicitar la protección en cualquiera de los países contratantes. Estas últimas solicitudes serán consideradas como si hubieran sido presentadas el mismo día que la primera solicitud.

Bajo los ADPIC, los miembros de la OMC no tienen la obligación de garantizar el derecho de prioridad en su sistema *sui generis* para la protección de variedades vegetales. Esto se debe a que el derecho de prioridad (como se lo considera en ADPIC 2.1) se limita a patentes (y modelos utilitarios, cuando existen), diseños industriales y marcas comerciales.

Opción 2: Modifica la Opción 1 con relación a tres importantes componentes de la definición de novedad:

- 1 La Opción 2 no diferencia entre la venta/traspaso nacional y exterior de la variedad. En consecuencia, los países no pueden otorgar un período de gracia únicamente para variedades que sólo se vendieron en el país o que sólo se vendieron en el extranjero. Las consecuencias económicas de este enfoque deben ser examinadas cuidadosamente;
- 2 La Opción 2(b) permitiría que la lista de géneros y especies fuera extendida más allá de árboles y viñas, para los que se aplicará un período de gracia más largo (como en las Convenciones UPOV). Esto permitiría una adaptación más flexible del período de gracia a las necesidades reales del sector mejorador y el mercado de semillas en general; y finalmente,
- 3 La Opción 2 brinda una posible excepción para las variedades mejoradas por pequeños agricultores (u otros grupos) y que han sido cultivadas sólo en áreas limitadas de un país. Esta opción tendría el efecto de extender el período de gracia a las variedades de los agricultores.

Los últimos dos componentes --la lista extendida de especies y la excepción de variedades vegetales-- también podrían ser combinados con la disposición del período de gracia incluida en la Opción 1.

Artículo 9: Distinción

La variedad de planta es distinta si:

Opción 1

es claramente distinguible de cualquier otra variedad cuya existencia forma parte del conocimiento público general en el momento de presentar la solicitud [o, cuando sea pertinente, en la fecha prioritaria].

Opción 2

es claramente distinguible por una o más características de relevancia agronómica o práctica de otro tipo [o con relación a una determinada distribución de esas características] de cualquier otra variedad cuya existencia forma parte del conocimiento público general en el momento de presentar la solicitud [o, cuando sea pertinente, en una fecha prioritaria].

El conocimiento público general de otra variedad se establece, en particular, si esa variedad ha sido inoducida en un registro oficial de variedades o se ha solicitado ese registro; si ha sido precisamente descrita en una publicación o incluida en una colección de referencia; o si está siendo cultivada o comercializada.

Comentario

En este artículo la distinción se relaciona a la 'novedad' en la legislación de patentes (que no debe confundirse con la novedad y el período de gracia en el Artículo 8) y se refiere a la relación entre la variedad para la que se pide la protección y cualquier otra variedad existente. En otras palabras, el requisito

de 'distinción' busca evitar la protección de variedades de 'conocimiento general'.

Opción 1: Toma elementos sobre todo de UPOV 1978 y UPOV 1991. Un rasgo fundamental de la Convención UPOV, ahora cristalizado en el Artículo 12 de UPOV 1991, es que la protección sólo deber ser otorgada después de un examen para determinar si la variedad es novedosa y claramente distinguible de todas las otras variedades que integran el conocimiento público general. La Convención 1978 no define el 'conocimiento general' sino que brinda una lista no exhaustiva de ejemplos según los cuales una variedad puede ser objeto de conocimiento general. Cuando la Convención fue revisada en 1991, se destacó que la lista de ejemplos incluía hechos no necesariamente conocidos por el público, por ejemplo, la adición de una variedad a una conjunto de referencia. UPOV 1991 deja sin definir 'conocimiento general' y especifica sólo que ciertos actos (que posiblemente el público no conozca) otorgan a las variedades el carácter de conocimiento público; por lo tanto, la comprensión o interpretación queda librada al 'sentido común'. Una variedad candidata a la protección debe ser claramente distinguible de cualquier variedad de conocimiento público general en cualquier parte del mundo. Bajo ambas Convenciones la variedad, para ser distinta, no debe conferir un valor adicional a la variedad.

Opción 2: Modifica la Opción 1 con relación a la importancia de las características relevantes para la prueba de distinción.

Artículo 10: Uniformidad, estabilidad, identificabilidad

Opción 1

La variedad es uniforme si, sujeta a la variación que puede esperarse de los rasgos particulares de su reproducción sexual o diseminación vegetativa, es suficientemente uniforme en sus características relevantes.

La variedad es estable si sus características relevantes no cambian después de la diseminación repetida o, en el caso de un ciclo particular de diseminación, al fin de cada uno de esos ciclos.

Opción 2

La variedad es identificable si [con relación a las características de sus plantas o con relación a determinada distribución de características entre plantas] puede ser identificada por una persona capacitada en la materia.

Commentario

Opción 1: Bajo las Convenciones UPOV, una variedad tiene que ser "suficientemente homogénea" (UPOV 1978) o "suficientemente uniforme en

sus características relevantes" (UPOV 1991), sujeta a las variaciones que pueden esperarse de los elementos particulares de su diseminación. El requisito UPOV de distinción confiere gran importancia a los niveles de uniformidad. *La uniformidad de una variedad debe ser establecida para la decisión sobre la distinción*, i.e., sólo pueden ser usadas las características que son uniformes tanto en la variedad candidata (a la protección) como en las variedades similares. Diferentes grados de uniformidad no son aceptados como características determinantes de la distinción.

Para ser considerada homogénea, según las Directrices de Examen de UPOV²⁴, la variación presentada por una variedad, dependiendo del sistema de mejora de esa variedad, debe generalmente "ser tan limitada como sea necesario para permitir una descripción precisa y una evaluación de la distinción, y para asegurar la estabilidad". Sin duda, esta definición implica cierta tolerancia, dependiendo de los diferentes sistemas reproductivos de las variedades --una variedad de polinización cruzada debe ser juzgada de modo distinto que una de diseminación vegetativa. En tanto que el número máximo aceptable de tipos que no entran en ninguna categoría se define exactamente para variedades de diseminación vegetativa y variedades autopolinizadas, los límites de tolerancia en las variedades de polinización cruzada sólo se establecen a través de la comparación con variedades comparables ya conocidas.

Es necesario prestar cuidadosa atención a la estabilidad al examinar la distinción y la uniformidad. Según UPOV, una variedad se considera estable si sus características relevantes permanecen sin cambios después de la diseminación repetida, o, en el caso de un ciclo particular de propagación, al final de cada uno de estos ciclos. Las características relevantes son aquéllas usadas para determinar la distinción o aquéllas incluidas en la descripción de la variedad en la fecha de concesión de la protección. Si la variedad no es estable, ya no será la misma variedad sino una diferente, porque habrán cambiado las características relevantes (aquéllas incluidas en la descripción de variedad establecida en la fecha de concesión de la protección).

El requisito de homogeneidad o uniformidad ha sido blanco de críticas de quienes se preocupan por la erosión de la diversidad genética agrícola. Estos críticos afirman que, al recompensar sólo la mejora de variedades uniformes, las leyes actuales sobre Derechos de los Fitomejoradores crean incentivos perversos que actúan contra la diversidad. El resultado es exactamente opuesto al deseado, en especial en situaciones de agricultura de subsistencia de alto riesgo, donde mantener un alto grado de variabilidad genética de las plantas cultivadas es importante para la seguridad alimentaria. En consecuencia, sostienen, el requisito de uniformidad/homogeneidad no puede ser justificado desde un punto de vista agronómico y tampoco desde un punto de vista práctico.

En respuesta a esos cuestionamientos, algunos miembros del sector formal de fitomejoradores alegan que incluso un término como 'biodiversidad',

central en estos debates, se utiliza y entiende de distinta manera en distintas disciplinas, debilitando los argumentos basados en un presunto entendimiento común de esos términos. Ellos alegan que la falta de conocimiento sobre las técnicas y conceptos de la mejora de plantas, tales como la variabilidad en una población en el campo y a nivel del paisaje, ha llevado a sobreestimar el impacto del desarrollo de una nueva variedad sobre la biodiversidad y el impacto de los Derechos de los Fitomejoradores en el desarrollo de nuevas variedades.

Opción 2: Uno de los objetivos descritos en el Artículo 1 es la creación de protecciones de propiedad intelectual para variedades de agricultores que no estén protegidas por la legislación existente de Derechos de los Fitomejoradores.

Una forma de enfocar la creación de esta protección sería reemplazar los requisitos 'distinto, uniforme y estable' para la protección por el de identificabilidad. La 'distinción' define una variedad por todas sus características morfológicas. El término 'identificabilidad' subraya la necesidad legal de identificar el material protegido más que caracterizarlo por completo. Una combinación típica de unas pocas características puede en muchos casos ser suficiente para definir un derecho. Este término otorga una flexibilidad explícita y considerable para la interpretación y subraya que la uniformidad no es una meta en sí misma, aunque la identificabilidad continúa siendo necesaria.

Los miembros del Grupo *Crucible* discrepan al definir si estos criterios son deseables o aplicables en la práctica. Los parámetros del debate del Grupo se presentan en el Recuadro de opinión 12.

Artículo 11: Requisito de beneficio público

Opción 0

ninguna disposición

Opción 1

Además de los requisitos mencionados en los artículos precedentes, los derechos serán otorgados sólo si la variedad tiene un valor mayor para el cultivo y el uso que cualquier otra variedad protegida o de otro modo disponible.

Opción 2

Además de los requisitos mencionados en los artículos precedentes, los derechos serán otorgados sólo si la variedad cumple las necesidades de medio ambientes agrícolas particulares y de las prioridades nacionales. El gobierno puede aprobar regulaciones que definan estas prioridades sobre el desarrollo de variedades de plantas, teniendo en cuenta los siguientes factores:

Recuadro de opinión 12: ¿Cuáles son las condiciones de protección más apropiadas en una ley de protección de variedades vegetales?

Los tres criterios técnicos más tenidos en cuenta en la actualidad son la distinción, la uniformidad y la estabilidad (DUE). Algunos miembros del Grupo *Crucible* creen que estos criterios han dado pruebas de ser eficaces y que sería un error renunciar a ellos en cualquier ley de protección de variedades vegetales. Otros consideran que los criterios de uniformidad y estabilidad actualmente requeridos por autoridades nacionales y normativas internacionales fijan niveles más altos de los justificados, creando incentivos para una uniformidad innecesaria, y a veces peligrosa, e impidiendo la protección de las variedades de los agricultores.

Mantengamos los DUE.

- 1 El criterio de uniformidad es muy flexible y tiene en cuenta los rasgos particulares de disseminación de la variedad. Además, las palabras utilizadas por UPOV son 'suficientemente uniforme'. Esto debería permitir la protección de las variedades de los agricultores.
- 2 Los supuestos límites demasiado estrechos de la heterogeneidad en muchos sistemas acordes con UPOV no están causados por los criterios DUE. Son el resultado de las pautas fijadas por UPOV y autoridades nacionales como medio de aplicación de esos criterios. Un grado mayor de heterogeneidad podría ser alcanzado simplemente alterando esas pautas. No es necesario cambiar los criterios DUE en sí mismos.
- 3 No hay pruebas científicas de una disminución de la diversidad genética, medida por coeficientes de coascendencia y marcadores moleculares en un cultivo determinado, desde el desarrollo de las llamadas variedades modernas que satisfacen los criterios DUE.
- 4 Las variedades modernas, cuando han sido seleccionadas en un medio ambiente determinado, son al menos tan estables y, a menudo, más estables que los cultivos locales. Además, incluso en áreas de menor productividad, dan mejores resultados.
- 5 Si la variedad por la que se otorga un título no fuera estable, entonces la protección sería inútil. Si después de cuatro o cinco años la variedad ha cambiado, la protección se pierde y es erróneo aconsejar a los gobiernos que protejan variedades inestables.
- 6 Si se protegen las variedades 'identificables' y si se desarrollan en la misma dirección, ¿quién será el propietario de los derechos sobre las variedades 'evolucionadas'? Esto llevaría a disputas interminables.
- 7 Los DUE pueden facilitar la integración a UPOV, que exige estos criterios.

Debe aplicarse la identificabilidad.

- 1 El criterio de identificabilidad (ID) brinda una flexibilidad máxima al señalar una necesidad legal estricta, en lugar de mezclar las propiedades físicas de las plantas con las necesidades legales de identificación.
- 2 El concepto de identificabilidad puede ser muy bien aplicado por personas con experiencia en la materia, a menudo agricultores locales, y parece ser especialmente adaptado para muchos cultivos huérfanos, 'cultivos de pueblos pobres' y variedades tradicionales y recientes de los agricultores, que con frecuencia no pasarían por las actuales pruebas de 'uniformidad'.
- 3 La estabilidad se vuelve un criterio innecesario porque resulta claro que, si la variedad se vuelve inidentificable en generaciones posteriores, no cae bajo el alcance de los derechos.
- 4 El problema de las variedades 'cambiantes' es bien conocido para las variedades de polinización abierta (protegidas y no protegidas). El grado de 'amplitud' de una variedad será siempre un tema que debe ser juzgado, sea por la uniformidad y la estabilidad que por la identificabilidad. Esto es particularmente cierto con relación a variedades esencialmente derivadas, donde es necesario determinar si una variedad nueva o diferente ha sido creada.
- 5 El concepto de identificabilidad abre varias nuevas posibilidades para pro-

8 ¿Cómo se determinará el alcance? La 'identificabilidad' es el criterio usado en las patentes y el alcance se determina mediante reclamos presentados por el solicitante. Han surgido muchas dificultades en las patentes biológicas cuando esos reclamos se plantean de forma demasiado amplia. ¿Se propone que haya 'reclamos' en las solicitudes de derechos sobre variedades vegetales? ¿Serán examinados por la oficina receptora por amplitud indebida? ¿Qué criterios se aplicarán? Esto hace perder las ventajas de los sistemas UPOV, en los que la representación legal para obtener derechos es a menudo innecesaria. La 'identificabilidad' contribuirá a mayores costos e incertidumbre.

teger a más poblaciones heterogéneas, siempre y cuando compartan algunas propiedades específicas que las distinguen de otras poblaciones.

6 Claramente, el concepto de identificabilidad también es aplicable a todas las variedades que hasta ahora han sido llamadas 'uniformes y estables'. De modo que las autoridades nacionales pueden ser mucho más flexibles, sin tener que colocar a esas variedades en una situación desventajosa.

Elemento 1

la necesidad de estimular el cultivo de varias variedades diferentes de la misma especie dentro de áreas geográficas determinadas

Elemento 2

la necesidad de estimular la mejora de variedades de plantas con altos grados de variabilidad genética

Elemento 3

la necesidad de desarrollar variedades que respondan bien a condiciones ambientales locales y específicas

Elemento 4

la necesidad de desarrollar variedades que crezcan bien en tierras agrícolas marginales

Elemento 5

la necesidad de desarrollar variedades que satisfagan distintas necesidades sociales, económicas o culturales

Comentario

En la medida en que estos requisitos adicionales pueden ser interpretados como creando criterios más estrictos de protección, no cumplirían con las Convenciones UPOV.

Hay una polémica considerable con respecto al efecto de la protección de la propiedad intelectual para las variedades vegetales sobre, entre otras cosas, la diversidad biológica de cultivos y los gastos para investigación y desarrollo diseñados para satisfacer las necesidades de los agricultores locales. Al considerar esta legislación, los gobiernos nacionales deberán emprender estudios más serios para asegurar que comprenden los impactos de estas determinaciones políticas sobre el medio ambiente.

Opción 0: Esta opción ha sido adoptada en la mayoría de los actuales sistemas UPOV. Es preferida por la industria porque da lugar a menor incertidumbre sobre la adjudicación de la protección.

Opción 1: Se refiere al llamado requisito del valor en el cultivo y el uso (VCU).

Esta opción tiene cierto precedente en la legislación de registro de semillas de muchos países. Algunos países no permiten que las variedades vegetales se vendan para uso agrícola si no están 'registradas' en una lista oficial. Este registro es, en principio, bastante independiente de que estas variedades sean propiedad de alguien o no. Antes de permitir que se agreguen variedades a la lista, las autoridades agrícolas requieren pruebas de uniformidad y estabilidad, y, a menudo, de VCU. Las variedades que no presentan propiedades útiles (como mayor rendimiento o resistencia a enfermedades) en comparación con variedades registradas, no se agregan a la lista. Aunque países como Alemania originalmente exigían el requisito VCU en su legislación de protección de variedades vegetales, todo indica que ningún país aplica en el presente el VCU como una condición de las leyes de protección de variedades de plantas.

Opción 2: Al aprobar regulaciones como las previstas en los Elementos 1-5, el gobierno tendría que ser sensible ante la posición de los mejoradores de pequeña escala y no imponer condiciones demasiado estrictas cuando éstos no están en condiciones de cumplirlas.

Opción 2, Elemento 2: Requiere "altos grados de variabilidad genética". Algunos miembros del Grupo *Crucible* señalan que sería difícil definir y aplicar esta condición. Las características fenotípicas y fisiológicas comúnmente usadas para describir variedades constituyen sólo una fracción de la variabilidad existente en las plantas de una especie. El uso de información molecular es relativamente nuevo e incluso dentro de la comunidad científica hay poco acuerdo sobre qué constituye un nivel satisfactorio de variabilidad o 'distancia' genética en las variedades.

Artículo 12: Certificado de origen

Opción 0

ninguna disposición [i.e., no se exige certificado de origen a los solicitantes de patentes]

Opción 1

Además de los requisitos mencionados anteriormente, los derechos serán otorgados sólo si el solicitante ha presentado un certificado de origen (CO).

Un CO debe especificar el país [y la comunidad] de origen de las variedades de las que se deriva la variedad en cuestión.

Recuadro de opinión 13: El beneficio público o el valor de cultivo y uso (VCU), ¿deberían ser incluidos como condiciones de protección?

Algunos miembros del Grupo *Crucible* estiman que el beneficio público debería ser agregado a los requisitos de protección analizados más arriba. Otros consideran que esos criterios son difíciles de implementar en el marco de una ley de protección de la propiedad intelectual. Los argumentos a favor y en contra del VCU fueron los siguientes:

No.

- 1 Los derechos de protección de la propiedad intelectual son válidos dentro de un territorio nacional. Ciertas variedades pueden ofrecer ventajas significativas en algunas partes del país, pero no en otras. Del mismo modo, una variedad, por ejemplo, con una resistencia a una determinada enfermedad, puede rendir menos que una variedad no resistente cuando la enfermedad está ausente. Pero cuando la incidencia de la enfermedad es alta, el valor de esa variedad aumenta enormemente. ¿Cómo pueden reconciliarse esas diferencias en el contexto del VCU? ¿Es posible reconciliar esas diferencias en el contexto de la legislación nacional? Si es posible, ¿cómo sería puesto en práctica?
- 2 Las variedades que ofrecen una ventaja sólo en ciertos medio ambientes o condiciones deberían ser protegidas. ¿Quién mejor que los agricultores para atestiguar el valor de una variedad?
- 3 Los esfuerzos hechos por los gobiernos en el pasado para limitar las opciones de los agricultores (p.ej., financiando sólo variedades aprobadas) no han funcionado bien.
- 4 Las leyes de propiedad intelectual han sido aplicadas en varios países durante más de un siglo. Casi en ningún lugar, por las razones mencionadas más arriba, se introdujo el criterio del valor²⁵. (Aquí es importante subrayar que el criterio de 'valor' es distinto del de 'utilidad', en el que la invención puede ser usada industrialmente sin juzgar el valor de la misma).
- 5 A pesar de los argumentos presentados más arriba, si algunos países consideran que las características del VCU en variedades cultivadas dentro de sus fronteras deben ser reguladas, esto puede hacerse por medios distintos de la propiedad intelectual. Los catálogos o registros nacionales se usan en muchos países.

Sí.

- 1 El VCU puede ser útil para enfocar mejor los incentivos brindados por los Derechos de los Fitomejoradores. En lugar de ofrecer incentivos no específicos para todo tipo de innovaciones y luego intentar regular el acceso al mercado en una segunda etapa (como hacen muchos países hoy en día), puede ser más efectivo fijar metas y estándares para las innovaciones dirigidas a respetar las prioridades agrícolas nacionales determinadas por las autoridades correspondientes.
- 2 La noción de utilidad está integrada en muchas leyes de propiedad intelectual y no hay razones para que no pueda ser interpretada como 'utilidad social', al ser juzgada por organismos democráticos legítimos. Algunos países, como Alemania, tenían el VCU como criterio en sus leyes de Derechos de los Fitomejoradores. El criterio fue abandonado ante obligaciones internacionales de reciprocidad. Estas obligaciones internacionales no existen ahora para la mayoría de los países y los problemas legales relacionados pueden ser superados por cláusulas específicas; por ejemplo, para asegurar que posibles cambios en el estatuto VCU no afecten la novedad en terceros países.
- 3 La experiencia histórica demuestra que es enteramente posible regular el VCU en el ámbito nacional, teniendo en cuenta las diferencias regionales. Muchos países europeos lo han hecho y continúan haciéndolo, aunque sin relacionar este proceso a la adjudicación de derechos de propiedad intelectual sobre variedades vegetales. La relación con los derechos, sin embargo, puede ser establecida y el VCU puede ser usado como instrumento para fijar la agenda de políticas agrícolas.

Comentario

En el mundo posterior al CDB se acepta inmediatamente que quienes trasladen germoplasma fuera de un país deben tener permiso del estado soberano para hacerlo. Muchas leyes de acceso nacionales exigen ese permiso, tanto del gobierno nacional como de la comunidad de la que las partes obtienen recursos biológicos. La exigencia de un CO en una ley nacional de protección de variedades vegetales debería ser coherente con el CDB y esas leyes nacionales de acceso. A pesar de esta coherencia, en la actualidad no hay ningún acuerdo internacional que requiera un CO como condición para la protección de variedades vegetales. (Dinamarca intentó sin éxito incluir una obligación del tipo del CO en la Directiva Europea de Patentes). Tampoco existen leyes nacionales de protección de variedades vegetales que exijan CO como condición para la adjudicación de la protección.

Sin embargo, los promotores de la idea consideran que el CO es un criterio de protección de fácil aplicación. Ellos creen que la resistencia al concepto se origina en el temor de que el proceso de obtención de COs genere expectativas de beneficios compartidos, y que una vez entregados los COs, los defensores de los agricultores tradicionales harán un reclamo más fuerte del requisito del CIP (véase Artículo 13). Quienes se oponen a los COs afirman que la aplicación de este requisito planteará muchas dificultades, tanto teóricas como prácticas.

El Artículo 2 del CDB define 'país de origen' del germoplasma como "el país que posee esos recursos genéticos en condiciones *in situ*". Esto implica que el país de origen es el lugar donde los recursos genéticos domesticados o cultivados desarrollaron sus propiedades distintivas. Sin embargo, podría ser técnicamente difícil, si no imposible, determinar dónde las especies desarrollaron sus propiedades distintivas. La identificación del país de origen para los fines de estas disposiciones podría plantear problemas adicionales - varios países podrían ser el país de origen y podría no estar claro dónde se originó en realidad el material. También se cuestiona que la creación de un CO 'actual' podría amenazar la posibilidad de que otros países o comunidades reafirmen su relación histórica con el material en cuestión. Otro cuestionamiento es la dificultad de lograr el consenso intercomunitario en el país de origen o el consenso intergubernamental en los países de origen, en casos en que el germoplasma se haya extendido sobre un área extensa.

También surgen interrogantes sobre los procedimientos a utilizar para el requisito de CO. Los escépticos sostienen que no sería suficiente con que los mejoradores otorgaran certificados a partir de su propio criterio sobre el origen del material. En cambio, argumentan que el CO debería proceder del país de origen del material. En todo caso, ¿cómo se verificará la información necesaria (por ejemplo, el linaje de su variedad como lo documenta el mejorador)? ¿Cuál será la pena por no entregar (o no poder hacerlo) la información necesaria para un CO? ¿Qué podrían hacer los solicitantes de

protección si las autoridades relevantes del país de origen fueran lentas en responder o ignoraran por completo sus solicitudes de certificados? ¿Se podrían corregir los errores en la documentación? La consecuencia práctica más obvia de no lograr un CO sería que el mejorador no estaría habilitado para la adjudicación de derechos acordes a estas disposiciones. Otra alternativa podría ser que los solicitantes que no lograran presentar un CO no tuvieran prohibida la obtención de la protección, aunque estarían sujetos a un requisito de volver a presentar la solicitud cada año hasta que presentaran un CO. Podrían cobrarse multas (o costos significativos para cada nueva solicitud) en cada ocasión que la persona con el derecho de patente no presentara el CO.

Un país que exija CO como condición para otorgar la protección debe tener en cuenta la aplicación de esa ley a la luz de las dificultades discutidas más arriba. Podría ser necesaria una coordinación internacional para las especies extendidas en más de una frontera nacional.

Artículo 13: Consentimiento informado previo

Opción 0

ninguna disposición [i.e., los solicitantes no necesitan demostrar que obtuvieron el consentimiento informado previo de los suministradores del material genético utilizado por los solicitantes para crear sus variedades de plantas]

Opción 1

Además de los requisitos mencionados arriba, los derechos serán otorgados sólo si el solicitante obtiene el consentimiento informado previo del país de origen [y/o] de la comunidad de origen del material usado en la mejora de la nueva variedad.

Comentario

En esta ley se han separado los conceptos de consentimiento informado previo (CIP) y CO, ya que no están necesariamente vinculados, i.e., el mejorador podría estar obligado a entregar un CO pero no a demostrar que obtuvo el CIP. Un CO es un requisito menos oneroso que el CIP.

Además, habría que destacar que el requisito del CIP podría entrar en conflicto con la excepción de los mejoradores, ya que el CIP requiere autorización para actividades que no están restringidas de acuerdo con la excepción de los mejoradores. (Véase una discusión más detallada de este tema en 'CIP y excepción de los mejoradores', en el Apéndice).

Algunas personas sostienen que la obligación de: (a) rastrear la ascendencia y (b) obtener el consentimiento de las comunidades que podrían

reclamar la ascendencia genética de nuevas variedades, 'congelaría' el movimiento de mejora de plantas, haciendo imposible la obtención de nuevas variedades.

Algunas compañías de semillas, por ejemplo, pueden hacer entre 300 y 400 cruzamientos al año. Cada cruzamiento podría requerir el CIP de nueve o 10 comunidades. En teoría, esto podría obligar a una compañía a obtener hasta 4.000 CIP al año, lo cual sería impracticable. Además, ¿hasta dónde debería rastrearse la ascendencia de la planta para obtener el CIP? ¿Debería limitarse a las tres últimas generaciones de la nueva variedad, o sólo sería necesario obtener el CIP para variedades o líneas desarrolladas en un número de años predefinido? Estas dos posibilidades impedirían que cualquier generación anterior de mejoradores de la ascendencia de la planta obtuviera beneficios. ¿Qué ocurriría si se determinara cuáles fueron las plantas ancestrales y se identificaran más de una comunidad y/o país, pero no todas las partes dieran su consentimiento? ¿Debería limitarse el requisito del CIP a las variedades ancestrales que comenzaron a existir después de la inclusión del requisito en la ley? Por supuesto, esto sería altamente polémico, porque la legislación propuesta extendería cierto control y garantías de reparto de beneficios a mejoradores tradicionales, pero a la vez extinguiría los reclamos sobre beneficios derivados de toda la historia de la mejora de plantas hasta la entrada en vigor de esta legislación.

Otro tema concerniente al CIP es la viabilidad técnica de: (a) establecer una conexión entre la ascendencia genética y una comunidad en particular y (b) determinar la ascendencia genética de una variedad que está siendo examinada. Consideremos el caso de material recolectado en el pasado y conservado en bancos de germoplasma. El origen geográfico del material se incluye a menudo en la lista con el nombre del país del que se recibió el material, pero no del país donde se originó el germoplasma y tampoco de la comunidad de la que se lo obtuvo --si es que hay una comunidad. Determinar la ascendencia o la genealogía de una variedad es, hablando en términos relativos, más fácil cuando existen registros de las sucesivas mejoras. Por ejemplo, datos de la genealogía de más de 600.000 líneas de arroz están disponibles en el Sistema Internacional de Información sobre el Arroz del Instituto Internacional de Investigación del Arroz (IRRI) y datos de más de 2,4 millones de líneas de trigo están a disposición en el Sistema Internacional de Información sobre el Trigo del Centro Internacional de Mejora del Maíz y el Trigo (CIMMYT).

La cuestión más interesante de saber si una variedad particular de origen desconocido contiene genes, digamos, de Tailandia, también es más complicada. Las técnicas moleculares pueden ayudar a identificar y determinar la ascendencia en cierto grado. Si los marcadores moleculares únicos de la variedad de arroz tailandés KDML están disponibles y se los encuentra en la variedad examinada, la respuesta es 'sí'. La tarea podría quedar ligada a un problema filogenético en el que los marcadores se

contrastan en líneas de prueba y frente a todos los ascendentes putativos, se computan las distancias genéticas y se construye un árbol. Posiblemente se podría determinar cuáles fueron los ascendentes y cuáles no, aunque no está claro si el proceso pasaría la prueba de la duda razonable. Este método, sin embargo, no es viable a gran escala. Una solución en el futuro podría ser la introducción de etiquetas de identificación de ADN (en la forma de marcadores) en las líneas de mejora para la posterior identificación. Pero, los agricultores ¿podrían usar estas sofisticadas técnicas en sus innovaciones?

El comentario muestra claramente que la dificultad de implementar el CIP se encuentra en los detalles. El requisito del CIP podría ciertamente formularse de tal modo que supere la mayoría de las preocupaciones y dificultades mencionadas.

Cuarta Parte: Derechos conferidos

Introducción

Esta parte se centra en la cuestión de cuáles derechos tienen realmente los titulares de derechos si la variedad cumple todos los requisitos indicados en la Tercera Parte, precedente. El Artículo 14 define las partes a las que se adjudicarán los derechos creados por la ley. Los Artículos 15 y 16 deben leerse en conjunto. El Artículo 15 define actos que los mejoradores de plantas tendrían el derecho exclusivo de realizar y el Artículo 16 define la variedad de materiales a los que podrían relacionarse esos actos. Finalmente, el artículo 17 enumera las posibles excepciones de los derechos conferidos y debe, por lo tanto, leerse a la luz de las definiciones de actos del Artículo 15, ya que si un acto no es parte de los derechos conferidos bajo esta ley, no tendría sentido incluir ninguna excepción con relación a ese acto.

Artículo 14: Capacidad para ejercer los derechos

Elemento 1

La titularidad de los derechos conferidos bajo esta Ley se adjudicará a la persona que [mejoró] [descubrió y desarrolló] la variedad o a su sucesor en los títulos.

Elemento 2

Cuando dos o más personas [mejoraron] [descubrieron y desarrollaron] una variedad en conjunto, la titularidad de los derechos recaerá en ellas conjuntamente. De no mediar cualquier acuerdo en contrario entre los mejoradores en conjunto, sus partes serán iguales.

Elemento 3

Cuando la persona que [mejoró] [descubrió y desarrolló] es una persona empleada, la titularidad de los derechos conferidos por esta Ley se determinará por la relación de empleo en cuyo contexto la variedad fue [mejorada] [descubierta y desarrollada] y en armonía con la ley aplicable a ese caso.

Elemento 4

Cuando una solicitud ha sido presentada por una persona no facultada para ello, las personas que demuestren tener derecho podrán presentar ante la autoridad competente un pedido de asignación de la solicitud. Cuando los derechos han sido conferidos a una persona no facultada, la persona facultada podrá presentar un pedido de transferencia del título.

Comentario

Las disposiciones tratan sobre la capacidad de acceder a los derechos exclusivos conferidos por esta ley. El titular legítimo de los derechos podría ser un mejorador individual, un grupo o una comunidad de mejoradores, o un mejorador empleado por una empresa mejoradora.

Elementos 1-3: Tienen en cuenta las situaciones típicas en las que puede desarrollarse una variedad. Todos los elementos incluyen (entre paréntesis rectos) diferentes actividades que un mejorador debe desarrollar para ser considerado titular de derechos. Con respecto a esas actividades, la primera pregunta es si los Derechos de los Mejoradores deben ser conferidos sólo si se realizó alguna actividad intencional con relación a la variedad. Si éste fuera el caso, aún habría que decidir si la recolección o descubrimiento de la variedad sería suficiente para habilitar al recolector o descubridor como titular de derechos, o si al menos algún grado de mejora o desarrollo debe haber tenido lugar. Para aclarar el nivel de actividad requerida, podría definirse de forma más detallada el término 'mejora de plantas'.

Elemento 4: Esta disposición se refiere al caso en que una persona o pueblo que, de acuerdo con los elementos previos, no está facultado para acogerse a los derechos, ha solicitado los derechos o incluso éstos le han sido otorgados. En estos casos, la persona o pueblo con derechos podría pedir la cesión de la solicitud o la transferencia del título.

Artículo 15: Actos que requieren la autorización del titular de los derechos

Opción 1

Los siguientes actos con relación al material de 'variedades' (definido en el Artículo 16, más abajo) requerirán la autorización del titular de los derechos:

Elemento 1

producir o reproducir (multiplicación) con fines publicitarios

Elemento 2

producir o reproducir (multiplicación)

Elemento 3

ofrecer a la venta [con el objetivo de la diseminación]

Elemento 4

vender [con el objetivo de la diseminación]

Elemento 5

mercadear [con el objetivo de la diseminación]

Elemento 6

acondicionar [con el objetivo de la diseminación]

Elemento 7

exportar [con el objetivo de la diseminación]

Elemento 8

importar [con el objetivo de la diseminación]

Elemento 9

almacenar con el objetivo de los actos definidos en los Elementos 2-8

Elemento 10

vender o publicitar material protegido refiriéndose al sello de protección de la variedad de planta

Elemento 11

usar la variedad con cualquier objetivo, sin un adecuado reconocimiento moral del titular de los derechos como mejorador de la variedad de planta

Comentario

La idea aquí es escoger actividades que podrían estar sujetas al derecho exclusivo del mejorador de plantas. Por ejemplo, el titular de derechos tendría el derecho exclusivo de importar material de la variedad protegida. A la vez, el titular de derechos podría no tener el derecho exclusivo de exportar la variedad a otro país. En este caso, aún sería necesario obtener el permiso del fitomejorador para cultivarla, pero éste no podría evitar que terceras partes exporten el material.

Un principio que vale la pena considerar es que el tipo de derechos

conferidos se relacione con el grado de reducción o amplitud del material sujeto a la protección. Por ejemplo, si una ley de protección de variedades vegetales reconociera todas las variedades 'identificables', se extendería a una amplia gama de variedades de plantas. En consecuencia, se debería optar por limitar los derechos a conferir en asociación con las variedades 'identificables'. De lo contrario, es posible imaginar una situación en que un espectro muy amplio de plantas quedaría sujeto a derechos muy fuertes, y poco podría hacerse con el material vegetal sin el consentimiento del fitomejorador.

Una forma de hacer frente a esta situación sería limitar los derechos asociados a variedades 'identificables' al derecho de atribución y al derecho único de vender la variedad con un sello específico y aprobado por el gobierno. Para categorías más reducidas de variedades vegetales (i.e., aquellas que son DUE), podrían otorgarse derechos más estrictos, como el derecho exclusivo a otorgar o negar el permiso de reproducción. Por otro lado, podría haber razones de mucho peso para extender protecciones igualmente (o más) fuertes a variedades 'identificables', de tal modo que se creen incentivos para que los pequeños agricultores continúen innovando. Alternativamente, podría considerarse necesario extender derechos fuertes, sobre variedades identificables, a las comunidades indígenas y locales, porque la protección del conocimiento indígena y local es de suma importancia.

Elementos 1,3 y 5: Reflejan el alcance de los derechos según exige UPOV 1978. Los Elementos 2-9 reflejan el alcance de los derechos requeridos por UPOV 1991. Véase el comentario al Artículo 16, Elementos 1-3.

Elementos 2-9: Véase el comentario al Artículo 16, Elementos 1,2,4 y 5.

Elemento 10: Los gobiernos podrían optar por otorgar al mejorador un sello de protección de una variedad vegetal. Esta adjudicación estaría en armonía con el Artículo 27.3(b) de los ADPIC, pero no con las Convenciones UPOV.

Si existe este sistema de sellos, entonces este elemento se acerca a la reiteración de la ley de marcas comerciales, ya que el sello funcionaría como marca comercial. Bajo la ley de marcas comerciales, cuando puede demostrarse una clara asociación entre el nombre del producto y su suministrador (en este caso el mejorador), el suministrador puede pedir el derecho exclusivo a hacer mercadeo del producto bajo ese nombre. Si la aplicación de esta opción se realizara de este modo -- creando algo más que un derecho exclusivo de mercadeo bajo un nombre en particular--, podría argumentarse que esto sería una simple aplicación de una ley de marcas comerciales. En este caso, esta opción sería redundante y, por lo tanto, no cumpliría con los requisitos de los ADPIC. Sin embargo, si el derecho exclusivo de mercadeo bajo un nombre registrado se limitara a situaciones en que el mejorador satisfizo las exigencias de un organismo gubernamental

sobre rasgos y/o cualidades específicas de la variedad, se agregaría un elemento ausente en las leyes de marcas comerciales, y esta opción representaría un nuevo y significativo elemento *sui generis* en la ley. El uso de la denominación de la variedad permanece inalterado por el sello.

Elemento 11: Equivale a un derecho de atribución. Para ser significativo, este derecho continuaría incluso después que el fitomejorador original ha alienado sus intereses sobre la variedad. La idea de que un originador/mejorador pueda tener derechos sobre su creación incluso después de haberla vendido pertenece a la doctrina de la propiedad intelectual de los 'derechos morales' (que a menudo se separan de los derechos económicos de un originador). Los temas relacionados con la fuerza y el contenido moral de los derechos surgen habitualmente en el contexto de las leyes de derechos de autor (y no en el contexto de los Derechos de los Fitomejoradores o de las leyes de patentes). Un ejemplo del principio que rige los derechos de autor es que el autor de un libro conserva el derecho de ser reconocido como el autor del libro aunque otros derechos sobre el libro hayan sido vendidos (Artículo 6 bis, Convención de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas). Otro ejemplo es que un/a artista continúa teniendo el derecho moral a la preservación de la integridad de su cuadro sin importar cuántas veces éste haya sido vendido. Un/a artista tiene derecho a una acción legal contra propietarios futuros que podrían alterar o manipular el cuadro para usarlo en publicidad o con el objetivo de incorporarlo en obras de arte mayores, incluso cuando el/la artista ya no lo posee.

Artículo 16: Material

Opción 1

Material es:

Elemento 1

material de diseminación vegetativa

Elemento 2

material de diseminación reproductiva

Elemento 3

plantas ornamentales o partes de ellas cuando se usan comercialmente como material de diseminación en la producción de plantas ornamentales o flores cortadas

Elemento 4

material cosechado, incluyendo plantas enteras y partes de plantas, siempre y cuando hayan sido obtenidas mediante el uso no autorizado de material de

diseminación de la variedad protegida y el mejorador no haya tenido una oportunidad razonable de ejercer sus derechos con relación al material de diseminación

Elemento 5

los materiales mencionados en los Elementos [1], [2], [3], [4] de variedades esencialmente derivadas de la variedad protegida [de variedades que no son claramente distinguibles de la variedad protegida o de variedades cuya producción requiere el uso repetido de la variedad protegida]

Elemento 6

productos hechos directamente a partir de material cosechado derivado del material mencionado en los Elementos [1], [2], [3], [4], [5], siempre y cuando ese material haya sido obtenido mediante el uso no autorizado y el mejorador no haya tenido una oportunidad razonable de ejercer sus derechos con relación al mismo

Comentario

Esta disposición debe evaluarse a la luz de los actos definidos en el artículo anterior. Los países son libres de mezclar y combinar las distintas alternativas. Bajo los ADPIC, los miembros de la OMC tienen la libertad de escoger de esta lista. No hay obligación de aceptar el paquete completo de materiales. Valdría la pena investigar las consecuencias de la inclusión o exclusión de cada uno de los diferentes elementos de la lista.

Elementos 1-3: De acuerdo con UPOV 1978, el material de diseminación reproductivo y vegetativo deberá estar sujeto a los derechos exclusivos mencionados en los Elementos 1, 3 y 5 del Artículo 15. Sin embargo, los países miembros pueden otorgar más derechos extensivos con relación a ciertos géneros o especies botánicas, incluyendo la posibilidad de extender los derechos al producto sometido a mercadeo.

Elementos 1,2, 4 y 5: En concordancia con UPOV 1991, el material mencionado en estos elementos deberá estar sujeto a los derechos exclusivos mencionados en el Artículo 15, Elementos 2-9. No obstante, los actos relacionados al material cosechado (Elemento 4) requerirán la autorización del titular de derechos sólo si la cosecha se obtuvo mediante el uso no autorizado de material protegido y el mejorador no tuvo la oportunidad de ejercer sus derechos con relación al material. Cada parte contratante decidirá si los actos con relación a productos confeccionados directamente a partir de ese material cosechado (véase el Elemento 6) requerirán la autorización del titular de derechos.

Algunos miembros del Grupo *Crucible* creen que la extensión a 'material cosechado' obtenido mediante el uso no autorizado de semillas, y especialmente a productos elaborados directamente a partir de éstas, es una

pendiente peligrosa que conduce al aumento del control, de parte del titular de derechos, sobre futuros productos y usos del material cosechado. Estos miembros sostienen, por lo tanto, que el gobierno debería ser cauto y evitar una extensión tan amplia de la protección. Otros miembros piensan que la extensión al material cosechado sería riesgosa sólo si la protección se extiende a cosechas obtenidas mediante el uso autorizado del material protegido. Ellos alegan que la extensión a 'material cosechado' es absolutamente necesaria dada la globalización del mercado de productos.

Artículo 17: Excepciones de los derechos conferidos

Párrafo 1: Uso no comercial

Opción 0

ninguna disposición

Opción 1

Los derechos conferidos a los titulares de derechos en el Artículo 15 no deben aplicarse a actividades llevadas a cabo en privado y con fines no comerciales.

Párrafo 2: Investigación

Opción 0

ninguna disposición

Opción 1

Los derechos conferidos a los titulares de derechos en el Artículo 15 no deben aplicarse a actividades experimentales.

Párrafo 3: Agricultura

Opción 0

ninguna disposición

Opción 1

El ministro responsable podrá restringir los Derechos de los Fitomejoradores con relación a variedades protegidas por estas disposiciones para permitir que los [pequeños] agricultores vuelvan a plantar semillas cosechadas en sus propias parcelas.

Opción 2

El ministro responsable podrá restringir los Derechos de los Fitomejoradores con relación a variedades protegidas por estas disposiciones para permitir que los [pequeños] agricultores vuelvan a plantar semillas cosechadas en sus propias parcelas [véase Opción 1] e intercambien las semillas con otros agricultores sobre una base no comercial.

Opción 3

El ministro responsable podrá restringir los Derechos de los Fitomejoradores con relación a variedades protegidas por estas disposiciones para permitir que los [pequeños] agricultores vuelvan a plantar semillas cosechadas en sus propias parcelas [véase Opción 1], intercambien las semillas con otros agricultores sobre una base no comercial [véase Opción 2] y vendan semillas en las siguientes cantidades limitadas [la ley brindaría una lista de cantidades máximas para volver a plantar, intercambiar y vender].

Párrafo 4: Mejora

Opción 1

La autorización del titular de los derechos conferidos en el Artículo 15 no será requerida para el uso de la variedad protegida por esos derechos como una fuente inicial de variación con el fin de crear otras variedades, o para el mercadeo de esas otras variedades. Sin embargo, se requerirá autorización cuando el uso repetido de la variedad protegida por derechos sea necesario para la producción comercial de otra variedad.

Opción 2

Los derechos conferidos a los titulares de derechos en el Artículo 15 no se aplicarán a actos cumplidos con el fin de mejorar otras variedades y no se aplicarán a ningún acto relacionado a esas otras variedades, siempre y cuando esas otras variedades no hayan sido esencialmente derivadas de una variedad protegida.

Párrafo 5: Origen local

Opción 0

ninguna disposición

Opción 1

Los residentes de [el país ejecutor] podrán usar variedades de plantas derivadas o basadas en germoplasma recolectado en este país sin pedir permiso al titular de los derechos [pagando regalías a una tasa determinada por regulación gubernamental].

Párrafo 6: Uso consuetudinario

Opción 0

ninguna disposición

Opción 1

Los derechos conferidos a los titulares de derechos en el Artículo 15 no se aplicarán a los usos consuetudinarios de las variedades protegidas por:

Elemento 1

agricultores de pequeña escala

Elemento 2

comunidades locales

Elemento 3

comunidades indígenas

Comentario

Este artículo se refiere a posibles excepciones. Algunas de estas excepciones se aplican sólo si los actos pertinentes están realmente cubiertos por los derechos conferidos al titular (Artículo 15).

Párrafo 1 (Uso no comercial): Si toda producción o reproducción (y no sólo comercial), como exige UPOV 1991, de la variedad está supeditada a la autorización del titular de los derechos (Opción 1), debería considerarse una excepción del uso privado, como también exige esa Convención. En el caso en que sólo las actividades comerciales estén cubiertas por el derecho *sui generis*, como sucede con UPOV 1978, no hay necesidad de la excepción del uso privado.

Párrafo 2 (Investigación): Dado que UPOV 1991 brinda un espectro de protección muy amplio, casi similar a las patentes, también incluye --como las leyes de patentes-- una excepción a la investigación (Opción 1). En la legislación de patentes, la interpretación de la excepción de la investigación varía de país en país. Por ejemplo, en Estados Unidos, el propietario de una variedad patentada o de un gen insertado en una variedad, puede prohibir todo uso de la variedad, independientemente del fin que persiga. Esta prohibición impide que una variedad patentada se use para crear una nueva variedad de planta, aunque la nueva variedad no incluya ningún material protegido. En Europa, por otro lado, las excepciones de la investigación en la legislación de patentes son más amplias. Por ejemplo, posiblemente un investigador no tendría prohibido usar material vegetal sujeto a una patente en la investigación y el desarrollo de variedades mejoradas, y la explotación comercial de las variedades resultantes no podría impedirse sólo porque originalmente fueron derivadas de material patentado.

Párrafo 3 (Agricultura): Esta sección se centra en la llamada 'excepción de los agricultores' o el derecho a almacenar semilla. La excepción de los agricultores, en cualquiera o todas sus formas posibles, es uno de los elementos más comúnmente citados de los Derechos de los Agricultores²⁶ y aún no existe un acuerdo sobre la definición de estos últimos. La excepción de los agricultores podría limitarse a clases específicas de agricultores, como agricultores de pequeña escala. Limitar la clase de agricultores que estarían incluidos dentro de la excepción es una forma posible de lograr un compromiso entre intereses diversos: los de la industria --preocupada por no perder una porción significativa de sus mercados a causa de la excepción de

los agricultores-- , los de los pequeños agricultores, --que quieren promover el uso continuo de variedades más heterogéneas que constantemente se adaptan a condiciones locales específicas-- y los intereses de las comunidades agrícolas --que desean mantener sin interrupción prácticas culturalmente importantes. (Véase el comentario al Artículo 10 sobre los méritos y deméritos de la heterogeneidad y la uniformidad).

Limitar la excepción de los agricultores a los pequeños agricultores es un enfoque adoptado por la Comisión Europea, en el Reglamento (CE) No. 2100/94 del 27 de julio de 1994 relativo a derechos comunitarios sobre variedades vegetales, y también en Brasil.

Párrafo 3, Opción 1: La excepción de los agricultores puede ser considerada un elemento de los Derechos de los Agricultores en el Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (CI sobre PGRFA). La Opción 1 refleja la excepción de los agricultores, tal como la permite UPOV 1991. Esta definición de la excepción de los agricultores descarta claramente el intercambio de semillas "por encima del cerco".

Además, podría prohibir la práctica de permitir explícitamente la venta de material de diseminación cosechado de variedades protegidas cultivadas en las parcelas de un agricultor, una práctica conocida en inglés como "brown-bagging".

Párrafo 3, Opción 2: Es consistente con el Artículo 5.1 de UPOV 1978, que exige autorización sólo para la producción con fines de mercadeo comercial, oferta para la venta y mercadeo del material de diseminación reproductiva o vegetativa. Al centrarse en el mercadeo comercial de material de diseminación, UPOV 1978 permite implícitamente la producción de material de diseminación de una variedad protegida con fines no comerciales. Sin embargo, el alcance de esta denominada excepción de los agricultores o privilegio de los agricultores, está lejos de ser clara. La mayoría de los estados miembros de UPOV interpretaron que esto permite a los agricultores volver a plantar semillas e intercambiar cantidades limitadas "por encima del cerco" sobre una base estrictamente no comercial. Pero otros miembros, en especial Estados Unidos, interpretaron que la excepción de los agricultores les permite no sólo replantar las semillas sino también vender cantidades limitadas para fines reproductivos (brown bagging). En enero de 1995, la Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo, en el caso *Asgrow Seed Co. v. Winterboer*²⁷, que bajo el privilegio de los agricultores previsto en la Ley de Protección de Variedades Vegetales de Estados Unidos (PVPA), un agricultor puede vender con fines reproductivos sólo la cantidad de semillas que ha almacenado para replantar en sus hectáreas propias²⁸. En otras palabras, desde ese momento, los agricultores estadounidenses no están autorizados a almacenar semillas específicamente para la venta a menos que la cantidad no sea mayor que la necesaria para replantar su tierra.

La excepción de los agricultores, según se la define aquí, contradice claramente las disposiciones de UPOV 1991, a menos que el estado permita intercambios "por encima del cerco" por razones de 'interés público' (Artículo 17.1) y tome todas las medidas necesarias para asegurar que el mejorador reciba 'remuneración equitativa' (Artículo 17.2). La actual legislación estadounidense, a diferencia de la europea, no incluye disposiciones para asegurar que los mejoradores reciban remuneración equitativa por las semillas almacenadas en sus granjas.

Párrafo 3, Opción 3: Permite explícitamente la venta de material de diseminación cosechado de variedades protegidas cultivadas en la parcela de un agricultor. Hay que destacar que, aunque en principio se permita esta práctica, podrían aplicarse algunos límites para permitir la venta únicamente de ciertas cantidades. Por ejemplo, una cantidad equivalente a las propias plantaciones de los agricultores o una cantidad menor a la que los agricultores venden con otros fines ajenos a la diseminación.

Otorgar a los agricultores el derecho a vender semillas de una variedad protegida es polémico. Los defensores de la excepción de los agricultores

Recuadro de opinión 14: ¿Quiénes son pequeños agricultores, y de qué obligaciones deberían ser eximidos?

Los pequeños agricultores necesitan libertad.

La definición de 'pequeño agricultor' es vital para el debate sobre la nueva siembra con semillas de la cosecha anterior y posiblemente sea el tema más emotivo en el debate sobre la propiedad intelectual agrícola. ¿Debe depender del ingreso, del área de tierra trabajada o del cultivo cosechado? Hay un creciente consenso de que los 'agricultores de pequeña escala' no deben ser restringidos en su capacidad de almacenar e intercambiar semillas --incluyendo semillas protegidas por propiedad intelectual-- siempre que una parte muy limitada de estas semillas cosechadas ingresen al 'mercado' para ser replantadas por otros. Algunas personas están dispuestas a aceptar la siembra con semillas de la cosecha previa siempre y cuando se establezca una definición clara y limitada de 'mercado'. Otras alegan que la solución radica únicamente en la definición de 'agricultor de pequeña escala' y en la proporción de producto cosechado separado para el uso personal. Los legisladores deberían aceptar al menos que los pequeños agricultores tienen el derecho a almacenar, mejorar e intercambiar (incluyendo la venta) cualquier tipo de semilla en su poder, dentro de su área tradicional de mercado.

Los mercados necesitan protecciones de propiedad intelectual.

La legislación de propiedad intelectual no debería (y habitualmente no lo hace) interferir con los intereses privados. Los agricultores de subsistencia deberían quedar fuera de este ámbito, pero no aquéllos para los que la agricultura es un negocio. Si el término 'agricultores de pequeña escala' se define con demasiada amplitud, la sociedad sufrirá porque se reducirán los incentivos para mejorar las semillas. Los 'agricultores de pequeña escala' pueden tener el privilegio de almacenar semilla de su propiedad para replantar y disfrutar de una excepción de investigación local para adaptar la semilla a sus necesidades inmediatas de crecimiento. No se les debería permitir nunca la venta de semillas protegidas por derechos de propiedad.

alegan que tradicionalmente los agricultores siempre han vendido semillas de su propia cosecha. Esto es indudablemente cierto, pero tradicionalmente esas variedades no estaban protegidas. Los detractores arguyen que si los agricultores quieren seguir vendiendo semillas, tienen la libertad de cultivar variedades no protegidas (p.ej., locales). Los fitomejoradores comerciales y, más recientemente, los fitomejoradores del sector público de varios países, han rechazado con fuerza cualquier excepción que permita la venta de semillas de cualquier variedad protegida. Alegan que una excepción de ese tipo no sólo amenazaría sus derechos, sino que los anularía e invalidaría.

Párrafo 4 (Mejora): Se refiere a la llamada excepción de los agricultores. La Convención UPOV 1978 no requiere la autorización del mejorador ni para el uso de la variedad como fuente inicial de variación para la creación de otras variedades ni para el mercadeo de esas otras variedades (Opción 1). UPOV 1991 limita esta excepción, dado que el mercadeo de nuevas variedades mejoradas requiere la autorización del propietario de la planta original, si estas variedades nuevas fueron esencialmente derivadas de la planta original. (Véase la definición de 'variedades esencialmente derivadas' en el Artículo 5).

Párrafo 5 (Origen local): Brinda una excepción en los casos en que la variedad protegida en cuestión fue derivada de germoplasma recolectado en el territorio del estado o de aquéllos que deberán beneficiarse de esta excepción. Algunos miembros del Grupo *Crucible* creen que esta opción establece una licencia obligatoria sobre una base discriminatoria y, por lo tanto, que es incompatible con el principio de tratamiento nacional de los ADPIC. Otros alegan que, como la excepción sólo diferencia entre residentes y no residentes, aún sería concordante con el principio de tratamiento nacional de los ADPIC. Existe un acuerdo de que, aunque merece mayor consideración, esta disposición podría ser desventajosa para los mejoradores locales, ya que en muchos casos sus variedades de plantas podrían ser derivadas de, o basadas en, germoplasma recolectado en el país. Algunas personas creen que la excepción de origen local no puede aplicarse porque no es fácil definir el 'porcentaje' de material local en una variedad recientemente desarrollada.

Párrafo 6 (Uso consuetudinario): La excepción del uso consuetudinario es aún más polémica que la del origen local. La Opción 1 podría ser impracticable o simplemente arbitraria si no se define 'uso consuetudinario'. Sin una definición clara y acotada de uso consuetudinario, algunos integrantes de *Crucible* temen que esta excepción anule todo Derecho de los Fitomejoradores. Consideran de importancia agregar que el objetivo de esta excepción no debería ser ampliar el alcance de la excepción de los agricultores, tal como se la define en el Párrafo 3. Otros preferirían eliminar el párrafo en su totalidad.

Artículo 18: Duración de los derechos

Opción 1

La protección de la variedad vegetal durará 20 años a partir de la fecha de adjudicación de los derechos; 25 años para árboles y viñas.

Opción 2

La protección de la variedad vegetal durará 15 años a partir de la fecha de adjudicación de los derechos; 18 años para árboles y viñas.

Opción 3

La protección de la variedad vegetal durará:

- a) en el caso de variedades de plantas distintas, uniformes y estables, por [número] de años;
- b) en el caso de variedades de plantas novedosas, útiles y no obvias, por [número] de años; y
- c) en el caso de variedades de plantas distintas e identificables, por [número] de años.

Comentario

La duración de los derechos puede variar y depende de varios factores. Por ejemplo, se acostumbra brindar períodos más largos para árboles que para flores, porque los árboles necesitan más años para alcanzar la madurez y dar fruto. La creación de un sistema *sui generis* es un acto de equilibrio en que los legisladores deben sopesar y balancear el alcance de la protección, los derechos otorgados, la duración de esos derechos y la amplitud y las condiciones de las excepciones de esos derechos.

Un principio común de carácter administrativo sostiene que los derechos más estrictos y más exclusivos deberían tener menor duración que los derechos más laxos y menos exclusivos. Por ejemplo, el derecho a impedir por completo que terceras partes reproduzcan variedades protegidas debería expirar antes que un derecho menos estricto como el de atribución. El derecho de atribución podría durar para siempre, sin perjudicar el libre flujo de conocimiento.

Esta forma de pensar sobre la duración de los derechos es muy similar al principio expresado anteriormente (en el comentario del Artículo 15), según el cual la fuerza de los derechos conferidos a los tenedores del conocimiento debería ser inversamente proporcional a la amplitud del material vegetal que se está protegiendo. Por supuesto, esta fórmula --cuánto más restringido un derecho, menor será su duración-- se basa en la idea de que el libre flujo de material de mejora, en condiciones equitativas y justas, debe seguir siendo la meta final. Los legisladores quizás quieran estudiar los casos de metas que compiten entre sí.

Las dos primeras opciones están tomadas directamente de los acuerdos UPOV. La tercera opción prevé distintos derechos y duraciones para distintos

grupos de variedades vegetales. Los ADPIC no fijan normas mínimas de duración de la protección de variedades de plantas.

Opción 1: Es armónica con los ADPIC y el Artículo 19 de UPOV 1991.

Opción 2: Es armónica con los ADPIC y el Artículo 8 de UPOV 1978.

Opción 3: Prevé la posibilidad de que un gobierno quiera instituir dos o más sistemas paralelos de protección.

Una vez más, se recuerda a los lectores que el término 'útil' (en (b), precedentemente) requiere un examen detenido. Véase el Artículo 18 del Tema 3, Sección 3, más adelante, en el que se discute porqué este criterio sería difícil de aplicar en el contexto de una ley de protección de la propiedad intelectual.

Artículo 19: Terminación de los derechos

Opción 0

ninguna disposición

Opción 1

Los derechos conferidos en el Artículo 15 no se extenderán a actos concernientes a ningún material de la variedad protegida [o a una variedad cubierta por el Artículo 16, Elemento 5] que ha sido vendido o sujeto a mercadeo por el titular o con su consentimiento en el territorio de este país, o a ningún material derivado del material antedicho, a menos que esos actos:

- a) involucren una diseminación más amplia de la variedad en cuestión; o
- b) involucren una exportación del material de la variedad, para una diseminación más amplia, en un país que no protege variedades del género o especie a la que pertenece la variedad.

Comentario

Esta disposición considera la terminación de los derechos. Un principio importante de la legislación de propiedad intelectual es que no es posible poseer la torta y comerla al mismo tiempo. Una persona a la que se le otorga solamente el derecho de explotación comercial de un producto puede ejercer ese derecho vendiendo el producto. Se dice luego que los derechos del vendedor sobre ese producto 'terminaron'. Sin embargo, el comprador no está completamente libre para actuar: lo que pueda hacer depende de la naturaleza exacta de los derechos. Según las leyes de derechos de autor, la persona que compra un artículo o impreso no tiene el derecho de hacer copias y el comprador de una copia de una obra de teatro no puede llevarla a escena en público. Quien adquiera un artículo patentado puede usarlo comercialmente, repararlo (pero no reemplazarlo) y venderlo; puede o no

exportarlo (dependiendo de la legislación local y de si el titular de la patente detenta otras). Las leyes sobre variedades vegetales en general aseguran que los titulares de derechos sólo pueden ejercer sus derechos y recibir remuneración una vez por cada ciclo de producción. Las disposiciones de terminación son especialmente importantes cuando los derechos superan a los previstos en UPOV 1978 (producción comercial/reproducción).

Opción 1: Se basa en el Artículo 13 de UPOV 1991.

Artículo 20: Licencias obligatorias

Párrafo 1: Condiciones para la licencia obligatoria

Opción 0

ninguna disposición

Opción 1

Cualquier persona puede, por medio de una solicitud ante la autoridad competente, pedir la adjudicación de una licencia obligatoria sobre los derechos conferidos bajo esta Ley. Una licencia obligatoria no será otorgada si no se cumplen las siguientes condiciones:

Elemento 1

la licencia obligatoria es necesaria para salvaguardar el interés público

Elemento 2

la licencia obligatoria es necesaria debido al suministro insuficiente, por parte del titular de los derechos, de la variedad sujeta a la ley

Elemento 3

la licencia obligatoria es necesaria porque gran parte de la variedad de planta ofrecida en venta por el titular de los derechos en este país está siendo importada en lugar de ser producida en este país

Elemento 4

el titular de los derechos se negó a entregarle al solicitante la licencia en términos comerciales razonables

Elemento 5

el titular de los derechos no está preparado para otorgar una licencia en términos razonables

Elemento 6

entre la fecha de adjudicación de los derechos y la fecha de solicitud de la licencia obligatoria han transcurrido tres [u otro número] años

Elemento 7

el solicitante de la licencia obligatoria pagó la tarifa establecida en las regulaciones sobre la licencia

Elemento 8

el proceso de concesión de una licencia obligatoria y cualquier licencia concedida de este modo cumple, en todos los aspectos, con el Artículo 31 de los ADPIC

Párrafo 2: La autoridad competente**Opción 0**

ninguna disposición

Opción 1

La autoridad competente actuará en concordancia con las leyes generales y las regulaciones para otorgar o negar una licencia. En particular, deberá:

Elemento 1

ofrecer al titular de los derechos la oportunidad de ser escuchado y responder a todas las afirmaciones del solicitante de la licencia

Elemento 2

antes de otorgar o negar una licencia obligatoria, se debe oír a los grupos de interés y organizaciones nacionales de profesionales activas en el ámbito en cuestión

Párrafo 3: Apelaciones**Opción 0**

ninguna disposición

Opción 1

Cualquier decisión de la autoridad competente para otorgar o negar una licencia, o sobre el monto de la remuneración equitativa correspondiente, estará sujeta a la apelación ante una autoridad judicial mayor. Ambos, el solicitante y el titular de los derechos tendrán el derecho de apelación.

Comentario

Con la excepción del Párrafo 1, Elemento 8, las opciones presentadas en este artículo son relativamente directas y no requieren comentario o explicación extensos. El Párrafo 1, Elemento 8, estipula que las disposiciones sobre licencias obligatorias en las regulaciones *sui generis* sobre protección de las variedades vegetales, anticipadas en este texto, deberían cumplir con las restricciones sobre licencias obligatorias de los ADPIC. Los comentaristas discrepan sobre la veracidad de esta aseveración. Algunos sostienen que la

aplicación del Artículo 31 al Artículo 27.3(b) --legislación concordante, con relación a protecciones de propiedad intelectual *sui generis* para variedades de plantas-- mantiene claramente el espíritu de los ADPIC y, por lo tanto, los países se verían obligados a limitar sus disposiciones sobre licencias obligatorias para cumplir con el Artículo 31. Otros afirman que una ley *sui generis* para proteger variedades vegetales podría tener disposiciones sobre licencias obligatorias mucho más severas que las previstas por el Artículo 31 y aún así satisfacer el criterio de 'eficacia' fijado en el Artículo 27.3(b), por lo que como resultado el espíritu de los ADPIC sería respetado.

Artículo 21: Prácticas anticompetitivas

Opción 0

ninguna disposición

Opción 1

Serán prohibidos: todos los acuerdos entre empresarios (p.ej., negocios, empresas, comercios, etc.), decisiones de asociaciones de empresarios y prácticas concertadas, que puedan afectar el comercio y que tengan por objeto o efecto la prevención, restricción o distorsión de la competencia dentro del mercado y, en particular, aquéllos que:

- a) directa o indirectamente fijen precios de compra o venta o cualesquiera otras condiciones comerciales;
- b) limiten o controlen la producción, los mercados, el desarrollo técnico o la inversión;
- c) compartan mercados o fuentes de suministro;
- d) apliquen condiciones disímiles a transacciones equivalentes con otras partes comerciales poniéndolas en una posición competitiva desventajosa; o
- e) sometan la conclusión de contratos a la aceptación, por otras partes, de obligaciones suplementarias que, por su naturaleza o según la usanza comercial, no tienen conexión con el sujeto de esos contratos.

Los acuerdos o decisiones prohibidas en conformidad con esta Ley serán automáticamente anuladas.

Comentario

Sin duda, este artículo va mucho más allá del contexto de una ley de protección de variedades vegetales. El asunto tratado aquí a menudo se enfoca por la legislación de competencia. Sin embargo, ha sido incluido para llamar la atención del lector sobre la necesidad de leyes que prevengan las prácticas anticompetitivas. Hay un consenso general de que toda legislación de propiedad intelectual requiere una ley que impida el abuso de los derechos otorgados. En general, se consideran objetables los acuerdos y prácticas que impongan:

- a) una obligación a cargo del titular de la licencia a no usar la variedad licenciada o cualquier habilidad relacionada con ella después de la conclusión del acuerdo, aunque la habilidad no sea secreta y los derechos conferidos por esta ley hayan terminado;
- b) una obligación a cargo del titular de la licencia a continuar pagando regalías durante un período mayor que la duración de los derechos conferidos por esta ley; y
- c) una obligación a cargo del titular de la licencia a no suministrar, o suministrar sólo una cantidad limitada de material de la variedad a un cliente en particular.

Otros acuerdos y prácticas que pueden ser considerados objetables en algunas circunstancias incluyen:

- d) una obligación a cargo de quien otorga la licencia a no licenciar a otros empresarios para explotar la variedad de planta licenciada en el territorio licenciado;
- e) una obligación a cargo de quien otorga la licencia a no explotar él mismo la variedad de planta licenciada en el territorio licenciado;
- f) una obligación a cargo del titular de la licencia a no hacer mercadeo del material de la variedad protegida en territorios de países que están licenciados a otras personas titulares de licencias;
- g) una obligación a cargo del titular de la licencia a no otorgar sublicencias o asignar la licencia;
- h) una obligación a cargo del titular de la licencia a asignar o licenciar a quien otorga la licencia sus propias mejoras sobre la variedad;
- i) una obligación de iniciar o ayudar a quien otorga la licencia a iniciar una acción legal contra una mala apropiación o infracciones de los derechos conferidos por estas disposiciones; y
- j) una obligación sobre quien otorga la licencia a otorgar al titular de la licencia términos más favorables que los que podría otorgar a otro emprendimiento una vez que el acuerdo haya entrado en vigor.

Aunque todos los miembros del Grupo *Crucible* comparten la necesidad de una legislación antimonopólica, (véase la Recomendación 4, 'Legislación antimonopólica para la industria de semillas', en *Siembra de Soluciones*, Tomo 1, pág. 20), muchos están convencidos de que las prácticas anticompetitivas deberían tratarse en legislación separada. Además, existe escaso acuerdo sobre qué prácticas deberían prohibirse. En particular, algunos miembros del grupo consideran que las prácticas (d) a (j) a menudo, y quizás incluso usualmente, son aceptables. Alegan que (d) y (e) son términos normales en cualquier licencia exclusiva y sólo son objetables si se los combina con (g), dado que los tres términos combinados hacen imposible la concesión de nuevas licencias. De modo similar, (g) por sí misma es una disposición normal y completamente aceptable en una licencia no exclusiva, mientras que (f) no es más que una restricción territorial sobre las licencias, que debería ser bastante aceptable, excepto en circunstancias especiales. Las

prácticas (i) y (j) se incluyan a menudo en los términos de las licencias y no son necesariamente opresivas, dependiendo de la relación entre las partes. La aceptabilidad de (h) depende también de la situación particular, incluyendo el estatuto legal de las partes y el valor de cada tecnología licenciada. Las restricciones innecesarias sobre los términos de las licencias deben evitarse, se argumenta, porque reducirían el incentivo a usar las licencias y ralentizarían la transferencia de tecnología útil, empeorando la situación de todos.

Artículo 22: Derogación de las excepciones

Opción 0

ninguna disposición

Opción 1

Los contratos privados no serán aplicables en la medida en que imponen restricciones al uso de material de la variedad o sus partes, en conflicto con las excepciones previstas en el Artículo 17.

Comentario

El fin de este artículo es evitar que mejoradores y agricultores evadan importantes decisiones políticas tomadas por esta ley, celebrando contratos privados que excluyen actividades que de otro modo serían permitidas por esta ley. Algunos miembros del Grupo *Crucible* creen que este artículo es esencial, dado que las excepciones dispuestas por el Artículo 17 son muy fácilmente evadidas, al punto de perder efecto. Otros sostienen que la ley debería dudar antes de interferir con contratos privados, excepto en circunstancias extraordinarias.

Artículo 23: Personas habilitadas a presentar solicitudes

La solicitud de un derecho conferido por esta Ley puede ser presentada por:

Opción 1

cualquier persona (natural o legal).

Opción 2

cualquier persona (natural o legal), residentes o ciudadanos extranjeros con una oficina registrada en [país que aplica la ley].

Opción 3

cualquier persona (natural o legal), residentes o ciudadanos extranjeros con una oficina registrada en [país que aplica la ley] si, con respecto a las leyes sobre Derechos de los Fitomejoradores en los países de origen de los

ciudadanos extranjeros, los ciudadanos de [país ejecutor] gozan del mismo tratamiento que los extranjeros.

Comentario

Este artículo trata sobre quién puede solicitar protección de variedades vegetales dentro del país que las aplica. Todas las opciones otorgan el derecho de presentar solicitudes a personas naturales y legales (i.e., corporaciones).

Solamente la Opción 1 permite a todas las personas naturales y legales solicitar los derechos. Esta es la opción más liberal. La Opción 2 es ligeramente más restringida, y limita la solicitud a quienes son residentes o tienen una oficina registrada en el país. Las Opciones 1 y 2 concuerdan con los ADPIC, ya que no discriminan en base a la nacionalidad del solicitante. La Opción 3 se corresponde con UPOV 1978, al aplicar el principio de reciprocidad. Este principio implica que las personas y compañías extranjeras gozan del mismo tipo de tratamiento que los ciudadanos del país sólo si las leyes de protección de variedades vegetales de su país también reconocen este principio de reciprocidad. Debería destacarse que esta opción no es compatible con los ADPIC, porque el principio de tratamiento nacional, que también se aplica al sistema *sui generis* para la protección de variedades de plantas, no permite la reciprocidad. Por lo tanto, los miembros de la OMC que apliquen los requisitos mínimos estipulados por UPOV 1978 no cumplirán los requisitos de los ADPIC con respecto a la protección de variedades vegetales.

Artículo 24: Examen de las solicitudes

Opción 1

La variedad será sometida, bajo la supervisión de una autoridad competente, a un examen basado en los resultados obtenidos por el solicitante.

Opción 2

La variedad será sometida, bajo la supervisión de la autoridad competente, a un examen técnico, incluyendo pruebas de crecimiento u otras pruebas necesarias a ser realizadas por la autoridad competente.

Comentario

Opción 1: Bajo esta opción, la autoridad competente revisa datos (p.ej., sobre distinción, uniformidad, u otros criterios apropiados) provistos por el solicitante, para decidir si la protección será concedida.

Opción 2: La propia autoridad competente cultiva muestras de las semillas suministradas, hace sus propias observaciones y decide en base a esto.

Una combinación de las Opciones 1 y 2 podría ser la mejor solución en la mayoría de los casos.

Artículo 25: Denominación

La denominación de una variedad protegida será su denominación genérica. La denominación podrá consistir en cualquier palabra apropiada, combinación de palabras, combinación de palabras y cifras o combinación de letras y cifras, siempre y cuando la denominación permita identificar a la variedad.

Comentario

Algunos integrantes del Grupo *Crucible* quieren destacar que, dentro de un sistema de protección internacional como el de UPOV, las variedades siempre deberán ser comercializadas bajo uno y el mismo nombre en todos los estados miembros del sistema.

Artículo 26: Autoridad competente

Opción 1

La autoridad competente será la oficina nacional de patentes.

Opción 2

La autoridad competente será la oficina de protección de variedades vegetales.

Opción 3

La autoridad competente será la autoridad nacional para la certificación de semillas.

Opción 4

Se instalarán organismos administrativos adicionales [p.ej., un fideicomiso de agricultores, un ombudsman de fitomejoradores o pequeños agricultores] si fueran necesarios.

Comentario

Este artículo enumera nuevas oficinas administrativas que podría ser necesario instalar. Sin embargo, no se dan detalles sobre las mismas.

Opción 1: El país ejecutor podría optar por la oficina de patentes existente para establecer la autoridad competente.

Opción 2: El país podría elegir la creación de una nueva oficina de protección de variedades vegetales, quizás vinculada al Ministerio de Agricultura.

Opción 3: Una tercera alternativa se abre para países que ya tienen o piensan establecer un sistema de certificación de semillas: contar con una autoridad

responsable de certificar las semillas y de adjudicar derechos bajo esta ley. De hecho, esta es la práctica común en algunos países miembros de UPOV como Alemania.

Opción 4: Finalmente, se podrían instalar organismos administrativos adicionales, pero su función debería ser definida con la mayor claridad posible.

Quinta Parte: Interacción

Artículo 27: Interacción con el sistema de certificación de semillas

Opción 0

ninguna disposición

Opción 1

Los derechos conferidos por esta Ley serán independientes de cualquier medida tomada por el Estado para regular la producción, certificación y mercadeo de material de las variedades o la importación o exportación de dicho material.

Artículo 28: Interacción con la legislación de patentes

Opción 0

ninguna disposición

Opción 1

No obstante cualesquiera derechos de patente que restrinjan el uso del material de la variedad o sus partes, se aplicarán las excepciones estipuladas en el Artículo 17.

Comentario

Este artículo considera la relación entre los derechos conferidos por esta disposición y los derechos de patente. Esta disposición podría tener sentido sólo para aquellos países que no opten por la protección de patentes para variedades de plantas. La situación que podría plantearse para estos países es que una planta protegida por esta ley podría incluir cierta información genética sujeta a una patente. La cuestión entonces es si el uso de material de esta variedad de planta está reglamentado por esta disposición, por la patente otorgada para la información genética incluida en la planta o por ambas. Este artículo se propone asegurar que las excepciones escogidas bajo

el Artículo 17, no pierdan su pertinencia cuando la variedad vegetal protegida incluye material patentado. Sin embargo, algunos integrantes de *Crucible* sostienen que la adjudicación de derechos sobre variedades de plantas no debería utilizarse para restringir los derechos exclusivos de quienes detentan las patentes, si esos derechos están justificados de otro modo.

Véase en "La relación entre patentes y otros derechos (p.ej., protección de variedades de plantas)", en el Apéndice, una discusión más detallada sobre este punto.

Sección 3

Opciones para leyes de propiedad intelectual de innovaciones biotecnológicas

Índice

Primera Parte: Fines y alcance	196
Artículo 1: Fines	196
Artículo 2: Alcance	198
Artículo 3: Invención/descubrimiento	198
Artículo 4: Excepciones relativas al orden público y la moral	202
Artículo 5: Excepción de material biológico	203
Artículo 6: Excepción de seres humanos/partes de seres humanos	204
Artículo 7: Excepción de animales	205
Artículo 8: Excepción de plantas	206
Artículo 9: Excepción de partes de plantas y animales	209
Artículo 10: Excepción de microorganismos	210
Artículo 11: Excepción de fármacos	211
Artículo 12: Excepción de productos químicos agrícolas	211
Artículo 13: Excepción de procesos biológicos	212
Artículo 14: Excepción de métodos para el tratamiento de seres humanos y animales	213

Segunda Parte: Condiciones para la concesión de la protección	213
Artículo 15: Condiciones de la protección	213
Artículo 16: Novedad	214
Artículo 17: No obviedad / acción inventiva	216
Artículo 18: Utilidad / aplicación industrial	217
Artículo 19: Requisitos adicionales de protección	218
Tercera Parte: Derechos conferidos	222
Artículo 20: Habilitación al derecho	223
Artículo 21: Actos que requieren la autorización del titular de derechos	224
Artículo 22: Terminación de los derechos	226
Artículo 23: Excepciones de los derechos conferidos	229
Artículo 24: Derogación de las excepciones	233
Artículo 25: Duración	234
Artículo 26: Licencias obligatorias	234
Artículo 27: Prácticas anticompetitivas	236
Cuarta Parte: Cuestiones administrativas y de procedimiento	238
Artículo 28: Personas facultadas para presentar solicitudes	238
Artículo 29: Correctivos	238
Artículo 30: Autoridad competente	239
Quinta Parte: Relación con otras leyes	239
Artículo 31: Relación con leyes de protección de variedades vegetales	239

Sección 3

Opciones para leyes de propiedad intelectual de innovaciones biotecnológicas

Introducción

Los miembros de *Crucible* están divididos con respecto al valor de las leyes de propiedad intelectual. Algunos las consideran esenciales, o al menos deseables, en todos los países, para promover la innovación y el desarrollo y recompensar con justicia las innovaciones. Otros dudan de su valor en casi todas las situaciones (a parte de los derechos de autor literarios) considerándolo, en el mejor de los casos, no comprobado, y en el peor, perjudicial. Otros admiten su valor en algunas circunstancias, pero lo niegan en otras; por ejemplo, las consideran inadecuadas e inadaptas para promover la innovación biológica o las necesidades específicas de los países en desarrollo.

Sin embargo, todos los integrantes de *Crucible* reconocen la importancia del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) para las naciones en desarrollo. Los ADPIC exigen a sus miembros la protección de la propiedad intelectual --en general con patentes-- de la mayoría de las formas de innovación, incluyendo productos y procesos microbiológicos y variedades vegetales. Muchos países desearán además integrarse a la Organización Mundial de Comercio (OMC), debido a las ventajas comerciales que les ofrece. Por lo tanto, esos países querrán introducir leyes de propiedad intelectual concordantes con los ADPIC, independientemente del valor que otorguen a este tipo de legislación. Los países que opten por no ingresar a la OMC podrían no obstante decidir introducir algún tipo de protección de la propiedad intelectual para las invenciones biológicas. Será importante saber, sin embargo, si las disposiciones propuestas están o no en conformidad con los ADPIC. Algunas de las siguientes opciones pueden ser incompatibles con las obligaciones de los miembros de la OMC bajo los ADPIC. Estas opciones han sido señaladas a lo largo del texto. Los miembros (o miembros aspirantes) de la OMC deberían examinar con cuidado las consecuencias de la elección de esas opciones.

Los ADPIC requieren la adjudicación de derechos de patente a todas las invenciones que cumplan ciertas condiciones, tales como las de novedad, inventiva y utilidad práctica. Los ADPIC no prohíben la concesión de derechos adicionales a otras invenciones que no cumplan estas condiciones. Los ADPIC fijan normas mínimas, pero no impiden que los países brinden derechos adicionales de propiedad intelectual. Además, los ADPIC crean obligaciones mínimas para que los estados miembros protejan todo tipo de invenciones, incluyendo ciertas invenciones biológicas relacionadas, por ejemplo, con microorganismos y procesos microbiológicos, pero también permiten excluir del registro de patentes otras innovaciones biológicas, como plantas y animales.

¿Por qué dar tanta importancia a los ADPIC? ¿Son inamovibles? Los miembros de *Crucible* difieren mucho en su posición ante este tema. Algunos de nosotros creen que los ADPIC son básicamente injustos y deben modificarse, cueste lo que cueste. Otros ven a los ADPIC, en su forma actual, como el resultado de arduas y cuidadosas negociaciones. Ellos no ven injusticias evidentes y señalan que, aunque el resultado sea imperfecto, la situación política es tal que en los próximos años será imposible lograr un consenso para introducir cambios significativos. Sólo estamos de acuerdo en que, al menos en teoría, es posible enmendar los ADPIC y en que lograr una enmienda de este tipo será algo excepcional. Aconsejamos a los lectores tener presente estas dos opiniones.

Las preguntas importantes para una ley de este tipo incluyen:

¿Qué tipo de material puede ser protegido por la ley?

(¿procesos? ¿productos? ¿microbios? ¿plantas? ¿animales?)

¿Cuáles son los derechos del inventor?

(¿excluir a otros? ¿regalías? ¿el reconocimiento de la autoría?)

¿Qué excepciones deben ser previstas para esos derechos?

(¿uso para la investigación? ¿uso privado? ¿uso por parte de agricultores/pueblos indígenas? ¿ninguna?)

Los descubrimientos, ¿deben ser protegidos?, ¿o solamente las invenciones?

(¿y cuál es la diferencia?)

Las invenciones que utilizan materiales biológicos, ¿requieren condiciones especiales?

(¿certificado de origen? ¿consentimiento informado previo?)

Estas y otras opciones se tratan a continuación.

Primera Parte: Fines y alcance

Artículo 1: Fines

El cometido de esta Ley es:

Elemento 1

determinar qué tipos de innovaciones biológicas pueden ser protegidas por patentes y bajo qué condiciones

Elemento 2

estimular la generación, el desarrollo y la explotación de innovaciones biológicas para el beneficio público

Elemento 3

regular la propiedad de innovaciones biológicas para evitar prácticas contra el interés público

Elemento 4

compartir los beneficios equitativamente entre los suministradores de los recursos biológicos y quienes los utilizan como base de innovaciones

Elemento 5

excluir de la protección de patentes a las innovaciones cuya explotación debe prohibirse por ser contraria al orden público y la moral, o por ser capaz de producir serios daños al medio ambiente

Elemento 6

excluir del registro de patentes a materiales y procesos biológicos

Elemento 7

promover la innovación en biotecnología, asegurando la conservación y el uso sustentable de la diversidad biológica y respetando, preservando y manteniendo el conocimiento, las innovaciones y las prácticas de comunidades indígenas y locales, que comprenden estilos de vida tradicionales relevantes para la conservación y el uso sustentable de la diversidad biológica²⁹

Comentario

Esta lista brinda los fines u objetivos más probables de la legislación de propiedad intelectual sobre innovaciones biológicas. Ciertamente no incluye todas las posibilidades. No es necesario tener una sección de fines, aunque, junto al preámbulo, puede ser una valiosa herramienta interpretativa, que ayude a discernir el sentido de secciones ambiguas en todo el cuerpo de la legislación.

Elemento 1: Es neutral y no fija un objetivo claro.

Elemento 2: Subraya los beneficios positivos de la protección.

Elemento 3: Subraya la necesidad de proteger el interés público.

Elemento 4: Introduce la idea de reparto equitativo de beneficios.

Elemento 5: Menciona específicamente las exclusiones permitidas por los ADPIC.

Elemento 6: Rechaza la idea de las 'patentes de vida'.

Elemento 7: Combina los Elementos 2 y 5.

Todos estos elementos tienen grandes posibilidades de concordar con los ADPIC, excepto el Elemento 6, que los contradice claramente. El Elemento 7 también promueve los objetivos del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB).

Artículo 2: Alcance

Esta Ley se aplicará a todas las invenciones que se relacionan con, hacen uso de, o consisten de material biológico.

Comentario

Esta disposición define el alcance de la ley. El término 'invención' requiere alguna explicación, que se da en el Artículo 3, a continuación.

Artículo 3: Invención/descubrimiento

Opción 1

Una invención ofrecerá una enseñanza técnica sobre un problema técnico.

La invención debe ser revelada por escrito de modo suficientemente claro y completo para que pueda llevarse a cabo por una persona capacitada en la materia.

Las sustancias que se producen espontáneamente en la naturaleza son descubrimientos, y por lo tanto están excluidas del registro de patentes.

Opción 2

Una invención ofrecerá una enseñanza sobre el uso metódico de fuerzas naturales controlables para alcanzar un resultado causal, perceptible y repetible.

La invención deberá ser revelada de manera suficientemente clara y completa para ser reproducida por una persona hábil en la materia. Si una invención tiene que ver o involucra el uso de material biológico no disponible al público y que no puede describirse en la solicitud de patente de manera tal que la invención pueda realizarse por una persona capacitada en la materia, se considerará que la innovación está siendo revelada si una muestra del

material biológico ha sido depositada en una institución depositaria no después de la fecha de presentación de la solicitud.

Los descubrimientos no son patentables. Sin embargo, si una sustancia encontrada en la naturaleza debe ser primero aislada de su entorno y puede ser descrita apropiadamente a través de su estructura, del proceso mediante el cual se la obtiene, o de otros parámetros, entonces esa sustancia es patentable.

Opción 3

Una invención es cualquier proceso, máquina, manufactura o composición de la materia, nuevos y útiles, o cualquier mejora útil a partir de ellos.

Comentario

Para indicar qué puede ser patentado y qué no, algunas legislaciones nacionales de patentes incluyen la definición de 'invenciones'.

Es extremadamente difícil definir el término 'invención'. De hecho, la mayoría de las leyes de patentes ni siquiera intentan definirlo. Ni los ADPIC, ni la Convención de París para la Protección de la Propiedad Industrial dan una definición de qué debe considerarse una invención. La legislación estadounidense de patentes (véase la Opción 3) sólo da una definición de qué puede ser inventado, i.e., cualquier proceso, máquina, manufactura o composición de la materia nuevos y útiles, o cualquier mejora útil a partir de ellos. El término 'invención' es sin embargo crucial para el debate sobre la sujeción a patentes de las innovaciones biológicas. Este debate se centra en tres rasgos de las 'invenciones': (1) su carácter técnico, (2) su reproducibilidad y (3) la diferencia entre 'invención' y 'descubrimiento'.

Las tres opciones ofrecidas aquí reflejan dos escuelas de pensamiento. La Opción 1 refleja el pensamiento de aquéllos que básicamente niegan la aplicabilidad de una ley de patentes a las innovaciones biológicas. Las Opciones 2 y 3 reflejan el pensamiento de aquéllos que concuerdan en patentar invenciones biológicas. La Opción 3, derivada del estatuto de patentes de Estados Unidos, representa un modo de pensar sobre las invenciones propio del derecho consuetudinario, según el cual son nuevos objetos, materiales o procesos físicos, en lugar de 'enseñanzas'.

Hay otros requisitos que las invenciones deben cumplir para ser patentables: por ejemplo, deben ser 'nuevas'. Examinaremos esas condiciones en la Segunda Parte, 'Condiciones para la concesión de la protección', más adelante.

Opciones 1 y 2: Enfocan, en sus primeras partes, la cuestión de considerar el material biológico objeto de una invención. La Opción 1 define invención de un modo técnico que podría excluir de las patentes a las innovaciones biológicas, mientras la Opción 2 considera que la biología es una 'fuerza natural' equivalente a la química o la física.

En sus segundas partes, estas opciones encaran el tema de la repetibilidad de una invención, que está muy relacionado con la divulgación pública de la invención. Ambas opciones asumen que las invenciones deben ser repetibles. Sin embargo, mientras la Opción 1 asume que una invención es repetible sólo si puede ser satisfactoriamente descrita en palabras, la Opción 2 crea una regla especial para invenciones que involucran material biológico. Puede no ser siempre posible describir en palabras innovaciones que incorporan material biológico. La solución, por lo tanto, es crear un depósito de muestras de material biológico y declarar que el depósito satisface el criterio de presentación pública. Una persona interesada en la divulgación de una invención depositada podría simplemente obtener una muestra del material depositado.

Las Opciones 1 y 2 enfocan el tema de los descubrimientos. Una vez más, reconocen que los descubrimientos no deben ser tratados como invenciones. Sin embargo, la Opción 1 define como descubrimientos a todas las sustancias presentes en la naturaleza o generadas en ella. Bajo esta opción, por lo tanto, no podrían ser patentados genes y secuencias de genes aislados de un organismo de generación espontánea en la naturaleza. En contraste, la Opción 2 excluye sólo aquellas sustancias generadas por procesos naturales que alguien meramente encontró. No obstante, si la sustancia debió ser primero aislada de su entorno y puede ser descrita con propiedad, será patentable aunque haya o no existido en la naturaleza antes de ser reconocida.

Opción 3: Adopta un enfoque distinto ante los descubrimientos. No prohíbe patentar los descubrimientos como tales. Pero, para ser patentable, un descubrimiento debe ser material (en lugar de ser, digamos, una ley de la naturaleza) y también debe ser 'nuevo'. Esto deja sin responder el interrogante de en qué casos algo preexistente en la naturaleza puede ser considerado 'nuevo'.

Si se da por entendido que la Opción 1 excluye todo material vivo del registro de patentes, ésta es claramente incompatible con los ADPIC. El Acuerdo sobre ADPIC prohíbe explícitamente la exclusión de microorganismos del registro de patentes: el mero hecho de que una invención consista de material biológico, o se relacione a él, no puede hacer que la invención sea no patentable (véase el Artículo 5, más adelante). Con respecto al depósito de material biológico y a la exclusión de sustancias de generación natural, incluyendo genes y secuencias genéticas, la Opción 1 podría ser armónica con los ADPIC. El Acuerdo ADPIC no obliga a los miembros de la OMC a adoptar un sistema de depósito de invenciones biológicas. Los ADPIC tampoco incluyen ninguna referencia al Tratado de Budapest de 1980 sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos para los Fines de Procedimientos en materia de Patentes.

Recuadro de opinión 15: Las leyes de patentes, ¿deben diferenciar los descubrimientos de las invenciones?

El descubrimiento difiere de la invención.

La distinción entre 'descubrimiento' e 'invención' es crucial en una ley de patentes. La Convención Europea de Patentes (CEP) explícitamente excluye los 'descubrimientos'. En Estados Unidos, en el caso *Funk Bros. Seed Co. v. Kale Inoculant Co.* (1948), se negó la patente a una mezcla de la bacteria fijadora de nitrógeno *Rhizobium* sobre la base de que se trataba del descubrimiento de un fenómeno de la naturaleza. La Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo que "las cualidades de estas bacterias, como el calor del sol, la electricidad, o las cualidades de los metales son parte de la reserva de conocimiento de todos los hombres. Son manifestaciones de leyes de la naturaleza, de libre acceso para todos los hombres y reservadas exclusivamente a ninguno". Esta denominada doctrina de los fenómenos de la naturaleza fue reafirmada en el caso *Diamond v. Chakrabarty* (1980), en el que la Corte Suprema subrayó que todas las bacterias consumidoras de petróleo genéticamente modificadas eran en ese caso una 'manufactura' y no un producto de la naturaleza, imposible de quedar protegido por una patente. Sin embargo, debido a las constantes presiones de los grupos interesados, la línea divisoria entre invención y descubrimiento ha sido desdibujada en la legislación estadounidense y en la CEP. Sustancias de la naturaleza, como células o genes, han podido ser patentadas bajo la ley estadounidense si han sido 'purificadas o aisladas'. Lo mismo ocurre en la Unión Europea, a pesar de la exclusión de los descubrimientos estipulada por la CEP.

A pesar de estas tendencias en la legislación, las patentes deberían ser concedidas sólo a expresiones específicas del ingenio humano, no para revelar algo que ya existe. Al permitir las patentes de materiales como, por ejemplo, genes, que son simplemente descubiertos o aislados de su entorno natural, a menudo usando métodos de rutina, se monopoliza en forma injusta un material que ya es, y debería continuar siendo, de dominio público. Algunas personas alegan que, si algo resulta beneficioso, no es importante si fue descubierto o inventado. Pero este argumento revela un malentendido fundamental: la función de la legislación de patentes no es, y nunca ha sido, otorgar protección a cualquier cosa beneficiosa. Las teorías de Einstein nunca fueron patentadas y quizás sean los avances científicos más importantes del siglo pasado. Asimismo, los métodos de tratamiento terapéutico para seres humanos son de suma importancia y realmente beneficiosos, pero hasta el presente están excluidos de la protección de patentes en Europa.

El descubrimiento lleva a la invención.

La ley de Estados Unidos (35 USC 100) establece que "'Invención', significa 'invención o descubrimiento'". Aunque las leyes europeas dicen lo contrario, lo que puede protegerse es más o menos lo mismo en ambas legislaciones. Esto prueba que la distinción entre 'descubrimiento' e 'invención' no es fundamental.

La palabra 'descubrimiento' está siendo usada de manera un poco diferenciada en ambas legislaciones. Para los europeos, un 'descubrimiento' (las leyes de Gran Bretaña hablan de 'un mero descubrimiento') no es más que información que no puede ser patentada: p.ej., el descubrimiento de una nueva secuencia de genes que favorece, digamos, la resistencia al mildiu en una variedad particular de trigo. Si este 'descubrimiento' pudiera ser patentado, la variedad conocida de trigo podría ser sacada del dominio público. Esto sería fundamentalmente equivocado, y de allí nace la prohibición. Sin embargo, para los legisladores estadounidenses, ese tipo de prohibición no es necesario, ya que si cualquier patente cubre algo ya conocido, es inválida por falta de novedad. Por lo tanto, no dudan en utilizar la palabra 'descubrimiento' para ese tipo de secuencia de genes y no consideran como imposibles de patentar las solicitudes sobre ella (p.ej., sobre una secuencia genética aislada, un modelo o planta que contiene la secuencia recombinante, etc.), siempre que estos no cubran nada viejo u obvio. En la práctica, la legislación europea tiene los mismos efectos y permite las mismas solicitudes. Sin embargo, la prohibición europea de patentar 'descubrimientos' lleva a muchos a decir, erróneamente, que una invención susceptible de ser patentada (un nuevo producto o proceso) no puede basarse en un descubrimiento no patentable (nueva información sobre algo ya existente). De hecho, esta es una ruta típica hacia la invención, en especial en áreas de la química y la biología.

Para el interés público en hacer accesibles nuevas cosas beneficiosas, la distinción entre descubrimiento e invención es irrelevante. Supongamos que hay una nueva sustancia que protege de la malaria sin efectos colaterales, ¿qué diferencia hay entre que la sustancia haya sido sintetizada en laboratorio o descubierta en un organismo marino preexistente?

La Opción 2 es coherente con los ADPIC. Una cuestión diferente es si el registro de patentes de material biológico de generación natural viola obligaciones del CDB. Algunas personas alegarían que el Convenio sería violado si se patentaran recursos genéticos de generación natural recolectados después de la entrada en vigor del CDB y sin el consentimiento del país de origen (asumiendo que el país de origen tiene una legislación nacional de acceso que exige el consentimiento).

La Opción 3 respeta los ADPIC, siempre que la 'composición de la materia' se interprete ampliamente e incluya organismos.

Artículo 4: Excepciones relativas al orden público y la moral

Opción 0

ninguna disposición [i.e., no hay excepción]

Opción 1

Las patentes no serán concedidas a invenciones cuando su publicación o explotación sea contraria al orden público y la moral, siempre que esta excepción no se haga meramente porque la publicación o explotación está prohibida por otras leyes.

Opción 2

Las patentes no serán concedidas a invenciones cuando sea necesario impedir su explotación comercial en el territorio nacional para proteger el orden público y la moral, incluyendo la protección de vida animal o vegetal o de la salud, o para evitar daños serios al ambiente, siempre que esta excepción no se haga meramente porque la explotación está prohibida por otras leyes.

Comentario

La **Opción 1**, que refleja el Artículo 53(a) de la Convención Europea de Patentes, excluye a invenciones contrarias al orden público y la moral.

La **Opción 2** restringe la Opción 1 a invenciones cuya explotación dentro del territorio necesita ser prohibida por esas razones.

Algunos miembros del Grupo *Crucible* son de la opinión de que la Opción 1 incumple los ADPIC (a menos que su aplicación se limite a material como animales, cuya exclusión está prevista por los ADPIC). Otros creen que el Artículo 53(a) de la Convención Europea de Patentes es armónico con el Artículo 27.2 de los ADPIC.

La Opción 2 permite negar la patente a ciertas invenciones sólo cuando el problema es tan serio que también es necesario prohibir su explotación. De este modo, atiende específicamente al Artículo 27.2 de los ADPIC. Esto significa que no se puede rechazar la patente del material simplemente porque la concesión de la patente sea considerada un acto ofensivo en sí mismo. Una excepción basada en la moral o el orden público sólo puede hacerse si es necesario evitar la explotación comercial. La industria generalmente prefiere la Opción 2 a la Opción 1, porque parece ser algo más clara.

La cuestión de qué resulta ofensivo a la moral es discutible. Algunas personas afirman que las Opciones 1 y 2 son tan restringidas que raramente serán aplicadas, permitiendo patentar muchas actividades dudosas y estimulándolas directamente. Para conocer más detalles sobre el debate del Grupo *Crucible* en torno a este tema, véase el Recuadro de Opinión titulado "¿Las exclusiones de los ADPIC basadas en la moral pública pueden ser utilizadas para rechazar patentes de formas de vida o nuevas tecnologías polémicas tales como la esterilización genética de semillas?", en *Siembra de Soluciones*, Tomo 1, pág. 100.

Artículo 5: Excepción de material biológico

Opción 0

ninguna disposición

Opción 1

No se otorgarán patentes de material biológico.

Opción 2

No se otorgarán patentes de organismos vivos.

Comentario

Esta disposición enfoca el tema de las patentes de formas de vida. La adjudicación o negación de patentes de material biológico o vivo, aún es un asunto muy polémico. Bajo la Opción 0, ese material no quedaría explícitamente excluido del registro de patentes. La Opción 1 excluye de las patentes a todo material derivado de organismos (como las proteínas y el ADN). La Opción 2, algo más estrecha, descarta la posibilidad de registrar patentes de material vivo. Las Opciones 1 y 2 son ambas claramente incompatibles con los ADPIC. El Acuerdo sobre ADPIC, al prohibir explícitamente la exclusión de microorganismos del registro de patentes, deja en claro que el mero hecho de que una invención consista de material biológico viviente o se relacione con él no imposibilita la concesión de patentes (véase también el comentario del Artículo 3, 'Invención/ Descubrimiento').

Artículo 6: Excepción de seres humanos/partes de seres humanos

Opción 0

ninguna disposición [i.e., no hay excepción]

Opción 1

El cuerpo humano, en las diversas etapas de su formación y desarrollo, no constituye una invención patentable.

Opción 2

Un elemento aislado del cuerpo humano o producido de otro modo por medio de un proceso técnico, incluyendo la secuencia total o parcial de un gen, puede constituir una invención patentable, incluso si la estructura de ese elemento es idéntica a la de un elemento natural.

Opción 3

No se otorgarán patentes del cuerpo humano o sus partes, incluyendo elementos aislados del cuerpo humano como células, estructuras subcelulares, material genético y sustancias bioquímicas.

Comentario

En este artículo se ofrecen varias opciones con relación al cuerpo humano y sus partes. El Grupo *Crucible* ofrece comentarios cuidadosos en esta área. No somos expertos en medicina ni en ética, dos disciplinas que tanto tienen para decir sobre estos problemas. Estamos más preocupados por los efectos de la legislación sobre los recursos genéticos, en especial para la agricultura. Sin embargo, las disposiciones de los ADPIC obligan a los países a tener en cuenta estos temas y no tendría sentido para nosotros pasarlas por alto simplemente debido a su dificultad. Por otra parte, aunque ésta es una cuestión en que los expertos deben contribuir, no es algo que se les debería permitir decidir por sí solos.

Bajo la **Opción 0**, el cuerpo humano y sus partes no serían explícitamente excluidos del registro de patentes. De hecho, la mayoría de las leyes de patentes no excluye al cuerpo humano o sus partes. Sin embargo, esto no significa que el cuerpo humano o sus partes puedan ser patentados bajo estas leyes. Por ejemplo, es cuestionable que las innovaciones biológicas relativas al cuerpo humano cumplan el requisito de aplicación industrial para la concesión de una patente o, si lo hicieran, que las patentes resultantes pudieran ser impuestas.

La **Opción 1** excluye patentes del cuerpo humano. Esto parece compatible con los ADPIC, aunque el acuerdo no menciona al cuerpo humano como tal. (Sí permite que los animales sean excluidos del registro de patentes).

La **Opción 2**, que refleja la Directiva Europea de Patentes (98/44/CE), con respecto a partes del cuerpo humano requiere que, para patentar esas partes, al menos sean aisladas del cuerpo humano. Una vez aisladas son patentables, sean o no idénticas a elementos naturales existentes.

La **Opción 3** excluye las patentes del cuerpo humano, así como sus partes. Se alega que esas partes pueden ser excluidas de las patentes en conformidad con los ADPIC, dado que por estos acuerdos todos los seres humanos pueden ser excluidos. Pero los ADPIC no consideran en forma explícita a las partes humanas. Hay quienes podrían argumentar que los ADPIC no permiten la exclusión de partes de seres humanos. Por ejemplo, la Corte Suprema de California decidió en 1990, en el caso *John Moore v. the Regents of the University of California*³⁰, que una invención derivada de células del cuerpo del señor Moore podía ser patentada. Algunos sostienen que la decisión *Moore* es correcta y que la posibilidad de excluir animales (incluyendo a los seres humanos) de las patentes no debería extenderse a partes humanas. Para esta posición, las partes sucesivamente más remotas del cuerpo humano como un todo --por ejemplo, secuencias genéticas y sustancias bioquímicas-- pueden ser patentadas. Las partes humanas varían en importancia --el cerebro es más importante que las uñas de los pies, a su vez más importantes que el agua que comprende al menos el 60% de los cuerpos humanos. Un ser humano es mucho más que la suma de sus partes. El respeto de la dignidad humana exige el tratamiento respetuoso de todos los seres humanos, pero no necesariamente el mismo respeto por todos los materiales derivados de los seres humanos, que una vez fueron parte de ellos o que son copiados de sus cuerpos. Por otro lado, muchas personas consideran el comercio de órganos humanos como inmoral y una violación de la dignidad humana. De hecho, por esta razón está penado en varios países.

Artículo 7: Excepción de animales

Opción 0

ninguna disposición [i.e. no hay excepción]

Opción 1

No se otorgarán patentes de animales.

Comentario

La **Opción 1**, que excluye a los animales, está específicamente permitida por el Artículo 27.3(b) de los ADPIC. Debería indicarse que, de acuerdo con los ADPIC, no hay obligación de brindar protección *sui generis* a animales o razas animales (*races animales* en la versión en francés, *Tierarten* en la versión en alemán).

Artículo 8: Excepción de plantas

Opción 0

ninguna disposición [i.e. no hay excepción]

Opción 1

No se otorgarán patentes de plantas que no sean variedades vegetales.

Opción 2

No se otorgarán patentes de variedades vegetales. Las invenciones concernientes a plantas pueden ser registradas en patentes siempre y cuando la aplicación de la invención no esté técnicamente restringida a una única variedad de planta.

Opción 3

No se otorgarán patentes de plantas.

Opción 4

No se otorgarán patentes de invenciones que relacionen *inter alia* a variedades vegetales pertenecientes a especies o géneros que disponen de protección bajo la ley [para la Protección de Nuevas Variedades Vegetales].

Opción 5

No se otorgarán patentes de innovaciones que pueden ser protegidas bajo la legislación *sui generis* relativa a la protección de variedades vegetales.

Comentario

Esta disposición se refiere a las plantas y sus variedades. De acuerdo con los ADPIC, las plantas pueden ser excluidas de las patentes. Sin embargo, los miembros de la OMC deben ofrecer la protección de variedades vegetales "mediante un sistema de patentes o un sistema *sui generis* eficiente, o una combinación de ambos". Esto lleva a unas pocas opciones. Para satisfacer el requisito de los ADPIC sobre variedades vegetales, los miembros de la OMC pueden optar por no excluir las plantas de la protección de patentes (Opción 0) o excluirlas, excepto sus variedades (Opción 1). Asimismo, podrían optar por excluir de la protección de patentes a las variedades vegetales, pero para otorgar patentes a invenciones no confinadas a una única variedad vegetal (Opción 2). Podrían escoger la exclusión de todas las plantas (incluyendo las variedades) de la protección de patentes (Opción 3). Podrían elegir brindar la protección de patentes sólo a aquellas variedades que de otro modo no están protegidas, por ejemplo bajo la legislación de los Derechos de los Fitomejoradores (Opción 4). También podrían optar por excluir de las patentes a cualquier elemento protegido por su legislación *sui generis* para la protección de variedades vegetales (Opción 5).

Opción 0: Permite patentar plantas. Los miembros de la OMC que escojan esta opción no tendrían que establecer un sistema *sui generis* para la protección de variedades vegetales.

Opción 1: Las plantas como tales estarían excluidas de las patentes. Las variedades vegetales, sin embargo, tendrían protección de patentes. Los miembros de la OMC que escojan esta opción no tendrían que establecer un sistema *sui generis* para la protección de variedades vegetales.

Aunque tanto la Opción 0 como la 1 son respetuosas de los ADPIC, son muy poco populares entre los mejoradores comerciales, muchos de los cuales preferirían un sistema similar al de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV). El recuadro de opinión 16, '¿Deben permitirse las patentes de variedades vegetales?', más adelante, explora este argumento con mayor detalle.

Opción 2: Refleja la situación legal que prevalecerá en los estados miembros de la Unión Europea (UE) después de la adopción de la Directiva 98/44/CE. Según esta directiva, las variedades vegetales como tales están excluidas de las patentes. Sin embargo, si una invención es aplicable a más de una única variedad de planta, la invención podrá ser patentada. En este caso, las solicitudes de patentes de 'plantas' también abarcarían, obviamente, plantas pertenecientes a variedades vegetales, aunque las últimas están excluidas del sistema de patentes.

Algunos dicen que esto es ilógico, y hasta ridículo. La legislación europea contiene una prohibición clara de las patentes de variedades vegetales (Artículo 53(b)). ¿Cómo puede tener sentido permitir patentes de plantas y excluir patentes de variedades vegetales logradas a partir de plantas? Además, si una variedad no puede ser patentada, ¿cómo pueden serlo dos? Si habrá patentes en esta área, ¿cómo puede ser justo discriminar sólo las invenciones relacionadas con una única variedad?

Para otros parece no haber problema. Aceptan la resolución de este tema en la decisión *Re: Novartis*³¹ del Consejo Técnico de Apelaciones de la OEP (20 de diciembre de 1999). En esa decisión, la OEP distingue entre el material sujeto a los derechos y el alcance de la protección.

Las patentes se otorgan a las 'invenciones'. Ciertas categorías de innovación son no patentables: por ejemplo, según la legislación europea, 'ideas', 'programas de computación', 'descubrimientos' y 'creaciones estéticas' (Artículo 52 de la CEP). Pero el hecho de que estas innovaciones no puedan constituir la base de una adjudicación de patente no quiere decir que éstas no choquen con la patente de alguien más. Decir que un material no es patentable no significa necesariamente asegurarle una inmunidad contra peticiones infractoras (excluidas del alcance de la protección de patentes). Hay una fuerte analogía entre los derechos de variedades vegetales y los

Recuadro de opinión 16: ¿Deben permitirse las patentes de variedades vegetales?

Paradójicamente, brindar sólo protección de patentes daría como resultado un menor grado de protección global.

Es claro que la obligación de proteger plantas bajo los ADPIC se satisface plenamente al brindar la posibilidad de protección de patentes para las variedades vegetales. Pero las patentes deben adjudicarse sólo a las invenciones que alcanzan las condiciones usuales: novedad, inventiva, utilidad, repetibilidad. Hasta hace poco tiempo, sólo muy escasos países en desarrollo tenían en vigor un sistema de propiedad intelectual para la protección de variedades vegetales y muchos de ellos dudan aún sobre el valor de dar alguna protección a las variedades vegetales, sintiéndose justificados para ofrecer la protección mínima. Aunque se dice a menudo que ninguna industria privada nacional se desarrollaría sin derechos de propiedad intelectual, la ausencia de esos derechos ha propiciado una enorme riqueza económica que, luego de un período de 'copias', suele conducir a inversiones privadas en investigación y desarrollo.

Paradójicamente, una protección mínima para las variedades vegetales podría ofrecerse previendo para ellas únicamente la protección de patentes. Esto es así porque en muchos casos puede ser difícil alcanzar los criterios razonables para la concesión de patentes, en especial la inventiva y la repetibilidad.

Las variedades vegetales se producen, típicamente, por cruza-mientos y selección; las nuevas variedades tienen rasgos de padre y madre. En principio, el proceso y el resultado a menudo son obvios, aunque pueden tomar años de trabajo costoso e intenso. En tales casos, una Oficina de Patentes podría razonablemente rechazar una solicitud de patente por falta de inventiva. Además, una invención, para poder ser patentada, debe ser descrita de modo que otros puedan repetirla. Los procesos de mejora suelen ser no repetibles a partir de una descripción escrita ya que, para producir una nueva variedad, la persona deberá acceder a material biológico, p.ej., líneas de ancestros o incluso la semilla de la nueva variedad. Aunque algunas oficinas de patentes permiten el depósito de material biológico, para ayudar a los solicitantes en la descripción de sus invenciones de modo reproducible, los ADPIC no obligan a esto. Un país que aplicara estrictamente estos dos requisitos posiblemente podría otorgar muy pocas patentes de variedades vegetales.

Este enfoque no sólo es perfectamente coherente con los ADPIC, sino que se lo menciona explícitamente en su texto. Si hay algo 'cínico' en este enfoque, los responsables de este cinismo son los ADPIC, no los países que lo aplican.

Quizás, pero se trataría de una explotación cínica de una laguna legal.

Si se considera que las variedades vegetales pueden ser protegidas por patentes, habrá una concordancia total con los ADPIC. Sin embargo, muchas personas concuerdan en que el sistema de patentes no está bien adaptado a la protección de las variedades vegetales. Esta fue la razón, después de todo, por la cual se creó el sistema UPOV: para ofrecer protección a los mejoradores cuyas creaciones podrían no estar cubiertas por las leyes de patentes existentes y para otorgar a los mejoradores y agricultores algunas excepciones consideradas innecesarias bajo las leyes de patentes existentes.

Recomendar la protección de patentes sólo para las variedades vegetales es una medida cínica, y carente de perspectiva, que constituye además un retroceso de 30 años. En un sistema en el que sólo existen las patentes, una aplicación estricta de los criterios y condiciones para el registro de patentes podría privar de toda protección a muchas nuevas variedades importantes. Este fracaso en ofrecer una protección eficiente bien puede ser visto como una violación del espíritu de los ADPIC. Y más importante aún, enviaría un mensaje a los mejoradores comerciales de que los países que ofrecen esa protección limitada no están interesados en beneficiarse con sus inversiones y experiencia.

derechos registrados de diseños estéticos. Ambos se relacionan con la apariencia del material protegido (en el caso de los derechos de variedades vegetales, el carácter morfológico) y, en cada caso, los derechos tienen un alcance limitado, al ser afectados por cambios relativamente pequeños. Los diseños estéticos, así como las variedades vegetales, están excluidos de la protección de patentes. Para ellos, al igual que para las variedades vegetales, se brinda un sistema de protección aparte (i.e., leyes de diseños registrados). Sin embargo, a diferencia de las variedades vegetales, nadie ha sugerido nunca que tener un derecho de diseño registrado faculta a alguien para ignorar la patente de otra persona.

Los críticos afirman que esto sería injusto e irreal en el caso de un inventor de una única variedad de planta. Una variedad de planta no es en sí misma una invención, aunque pueda materializar o ejemplificar una invención. Si lo hace, es extremadamente raro, o incluso desconocido, que la invención sea exclusivamente relevante para una única variedad. Exactamente del mismo modo, es muy raro que una invención sea sólo relevante para un único diseño registrado. Aunque las solicitudes sean tan limitadas, la invención subyacente será más amplia. Aun suponiendo que pudiera darse el caso en que una invención involucre una variedad única, la situación de una invención aplicable a dos (y sólo dos) variedades simplemente no se presenta. Si hay una idea inventora general que conecta a las dos variedades, es ésta en sí misma, y no las dos variedades, el objeto de la patente. Si no existe tal idea inventora, entonces la patente carece de unidad, y se trata de dos invenciones separadas ilegítimamente presentadas como una sola.

Opción 3: Excluye las plantas, incluyendo las variedades vegetales. Concuera perfectamente con los ADPIC. Sin embargo, los miembros que elijan esta opción deben brindar protección de variedades vegetales por medio de un sistema *sui generis* eficiente.

Opción 4: Distingue entre variedades vegetales sujetas a protección bajo la legislación de los Derechos de los Fitomejoradores del país y otras variedades vegetales que no lo están. Esta opción refleja la llamada 'prohibición de la doble protección' estipulada por UPOV 1978.

Opción 5: Es similar a la Opción 2 --representa una visión de la legislación de la UE a la fecha.

Artículo 9: Excepción de partes de plantas y animales

Opción 0

ninguna disposición [i.e. no hay excepción]

Opción 1

No se otorgarán patentes a partes de [plantas] [y] [o] [animales], como partes aisladas de ellos (por ejemplo, células, estructuras subcelulares, material genético y sustancias bioquímicas).

Comentario

Esta disposición se refiere al registro de patentes de partes de plantas y animales. Los países tienen, por supuesto, la opción de excluir sólo partes de plantas o sólo partes de animales. Para mantener la simplicidad y porque plantean cuestiones legales similares, ambas opciones han sido incluidas en la Opción 1.

No está claro si la exclusión de partes de plantas y animales está permitida por los ADPIC. Como sucede con las partes humanas, discutidas en el Artículo 6, se dice que si la totalidad de animales y plantas son excluidas de las patentes, también deberían serlo sus partes. De lo contrario, el solicitante de una patente podría reclamar la protección de todas las partes de una planta en lugar de la planta como tal. Nuevamente, este argumento es refutado por quienes quieren patentar elementos como genes, células y proteínas derivadas de animales y plantas.

Artículo 10: Excepción de microorganismos

Opción 0

ninguna disposición [i.e., no hay excepción]

Opción 1

No se otorgarán patentes de microorganismos.

Opción 2

No se otorgarán patentes de microorganismos, excepto microorganismos transgénicos.

Comentario

Esta disposición versa sobre el registro de patentes de microorganismos y sus partes. La Opción 1 es claramente contraria a los ADPIC, que no permiten la exclusión de los microorganismos de los sistemas de patentes. Lo mismo puede aplicarse a las partes de microorganismos.

Bajo los ADPIC no existe la obligación de reconocer el depósito de microorganismos como forma de divulgación pública equivalente a una descripción escrita del organismo.

Opción 1: Excluye los microorganismos del sistema de patentes y por lo tanto no coincide con el Artículo 27.3(b) de los ADPIC.

Opción 2: Excluiría de las patentes sólo a los microorganismos encontrados en la naturaleza y que no han sido modificados por el solicitante. Como los ADPIC mantienen silencio sobre el registro de patentes de sustancias presentes en la naturaleza, habrá quienes sostienen que la Opción 2 cumple con los ADPIC.

Artículo 11: Excepción de fármacos

Opción 0

ninguna disposición [i.e., no hay excepción]

Opción 1

No se otorgarán patentes de fármacos.

Comentario

Esta disposición enfoca uno de los aspectos más polémicos de los ADPIC, la obligación de brindar protección de patentes a los fármacos.

Opción 1: Es incompatible con el texto actual de los ADPIC, excepto en el aspecto destacado en el siguiente párrafo.

En los casos en que un miembro de la OMC no aprobó, antes de 1995, un sistema de patentes para fármacos y productos químicos agrícolas, este Estado debe adoptar un mecanismo para otorgar derechos exclusivos de mercadeo (AB-1997-5, India: Protección de patentes para productos químicos farmacéuticos y agrícolas). Los países en desarrollo miembros que no otorgaron patentes de productos químicos agrícolas y farmacéuticos antes de 1995, pueden continuar excluyéndolos del registro hasta el año 2005.

Artículo 12: Excepción de productos químicos agrícolas

Opción 0

ninguna disposición [i.e., no hay excepción]

Opción 1

No se otorgarán patentes a productos químicos agrícolas.

Comentario

Esta disposición trata sobre productos químicos para la agricultura que, bajo los ADPIC (así como los fármacos), pueden ser excluidos, aunque sólo por un período limitado, por países en desarrollo específicos en condiciones específicas.

Artículo 13: Excepción de procesos biológicos

Opción 0

ninguna disposición [i.e., no hay excepción]

Opción 1

No se otorgarán patentes de procesos biológicos.

Opción 2

No se otorgarán patentes de procesos biológicos para la producción de plantas y animales.

Opción 3

No se otorgarán patentes de procesos esencialmente biológicos para la producción de plantas y animales, con la excepción de procesos no biológicos y microbiológicos.

Opción 4

No se otorgarán patentes de procesos de producción o modificación de productos excluidos del registro de patentes.

Comentario

En esta disposición se ofrecen propuestas para excluir de las patentes a varios tipos de procesos biológicos.

Opción 1: Excluye todos los procesos biológicos. Aunque para algunos es una opción atractiva y otros la consideran totalmente inaceptable, sin duda contradice los ADPIC. El Acuerdo sobre ADPIC sólo permite excluir de las patentes a procesos esencialmente biológicos (excepto procesos no biológicos y microbiológicos para la producción de plantas y animales).

Opción 2: Excluye procesos biológicos para la producción de plantas y animales. Esta opción no cumple con los ADPIC por el motivo señalado en el comentario a la Opción 1.

Opción 3: Restringe la Opción 2 excluyendo del registro de patentes sólo a los procesos esencialmente biológicos, y permitiendo en forma explícita para esa producción, los procesos no biológicos y microbiológicos. Esta opción coincide con el Artículo 27.3(b) de los ADPIC.

Opción 4: Se refiere a los artículos anteriores, excluyendo los procesos para hacer o modificar cualquier elemento excluido de las patentes. La Opción 4 es más abierta y podría ser cuestionada por los ADPIC. Es muy posible que

entre en conflicto con los ADPIC, aunque esto puede depender de cuáles productos están excluidos de las patentes.

Artículo 14: Excepción de métodos para el tratamiento de seres humanos y animales

Opción 0

ninguna disposición [i.e., no hay excepción]

Opción 1

No se otorgarán patentes de métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de seres humanos o animales.

Comentario

La Opción 1 está directamente tomada del Artículo 27.3(a) de los ADPIC.

Segunda Parte: Condiciones para la concesión de la protección

La Segunda Parte versa sobre las condiciones para la adjudicación de los derechos. Algunas de ellas son habituales en los sistemas de patentes, por ejemplo, la novedad y la inventiva. Otras están especialmente adaptadas a los problemas de la protección de material biológico.

Artículo 15: Condiciones de la protección

Párrafo 1: Requisito general

Opción 1

Se otorgará protección de patentes a invenciones, sean tanto productos como procesos, que sean novedosas, involucren una acción inventiva y tengan capacidad de aplicación industrial.

Párrafo 2: Usos nuevos

Opción 1

También se otorgarán patentes de usos nuevos de productos o procesos conocidos, siempre que esos usos sean novedosos, impliquen una acción inventiva y tengan capacidad de aplicación industrial.

Opción 2

No se otorgará protección de patentes a usos nuevos de productos o procesos conocidos.

Comentario

Párrafo 1 (Requisito general): Éstos son los requisitos habituales (especificados en los ADPIC) de novedad, no-obviedad y utilidad. Requisitos adicionales de protección, como por ejemplo consentimiento informado previo (CIP), se presentan en los artículos siguientes.

Párrafo 2 (Usos nuevos), Opciones 1 y 2: Enfoca la cuestión de los usos nuevos de productos o procesos conocidos. Tal como ocurre en la actualidad con muchas leyes de patentes, si alguien encuentra un uso medicinal de una planta hasta entonces desconocido o un segundo uso de un producto medicinal o de un gen, podrá plantearse el interrogante sobre la concesión de una patente para este uso nuevo. Los ADPIC no se refieren específicamente a patentes 'de uso'. Sin embargo, aunque las invenciones 'de uso' no sean específicamente mencionadas, sí se hace referencia a los 'procesos' (Artículo 27.1) y podría alegarse que las solicitudes 'de uso' no son más que solicitudes de 'procesos de uso'. Los 'procesos terapéuticos para el tratamiento de seres humanos' (cuestionados aquí) no necesitan ser patentados bajo los ADPIC, Artículo 27.3(a).

Artículo 16: Novedad

Párrafo 1: Novedad nacional/absoluta

Una invención es nueva si no ha sido:

Opción 1

puesta a disposición del público en cualquier forma en [el país ejecutor], independientemente de su existencia en otros países.

Opción 2

tema de publicación impresa en cualquier lugar, si no ha sido divulgada al público en ninguna forma en [el país ejecutor], si no ha sido usada comercialmente y no ha sido puesta a la venta.

Opción 3

puesta a disposición del público mediante la divulgación no confidencial de cualquier tipo (ya sea impresa, oral o por la vía del uso) en alguna parte del mundo.

Párrafo 2: Novedad de las sustancias

Opción 1

Una invención consistente de material biológico no es novedosa si el material existía previamente en la naturaleza o formaba parte del material que existía previamente en la naturaleza.

Opción 2

Una invención consistente de material biológico que se presenta espontáneamente en la naturaleza es nueva si su existencia era desconocida antes de la fecha de presentación de la solicitud.

Comentario

Esta disposición enfoca la definición general de novedad (Párrafo 1) y los problemas específicos que este requisito puede plantear para el registro de patentes de invenciones relativas a sustancias de generación natural (Párrafo 2).

Párrafo 1 (Novedad nacional/absoluta): Ningún sistema de patentes permite la protección de algo ya conocido --i.e., no novedoso. Sin embargo, la novedad puede definirse de distintas maneras.

Párrafo 1, Opción 1: A veces denominada 'novedad nacional', tiene en cuenta sólo lo conocido en el país en cuestión.

Párrafo 1, Opción 2: Extiende la Opción 1 para incluir la publicación impresa en todas partes.

Párrafo 1, Opción 3: Llamada en ocasiones 'novedad absoluta', es más amplia y tiene en cuenta todo lo anteriormente puesto en conocimiento público, por medios impresos, por vía oral o por el uso.

Todas estas opciones son armónicas con los ADPIC; cada una de ellas está basada en modelos existentes. La Opción 1 era común (por ejemplo, en Gran Bretaña y los países de la Comunidad Británica de Naciones), pero ya no se usa. Bajo esta opción, una empresa podría obtener una patente en el país A por una sustancia química de uso generalizado en el país B, siempre que la información sobre ella no hubiera llegado al país A. La forma en que los países podrían beneficiarse con esta definición es dudosa: podría objetarse que es un medio para obtener derechos sobre una invención ya hecha en otra parte. La Opción 2 es similar a las disposiciones de Estados Unidos, aunque estas últimas son un poco más complejas. La Opción 3 deriva de la Convención Europea de Patentes y abarca la totalidad del conocimiento público en todas partes.

Párrafo 2 (Novedad de las sustancias): Estas opciones complementan las disposiciones de novedad y son otra forma de impedir que los 'descubrimientos' puedan ser patentados (compárese con el Artículo 3, más arriba).

Párrafo 2, Opción 1: Excluye material natural ya existente. Esto incluye material que originalmente formó parte de material presente en la naturaleza. Esta definición de novedad es armoniosa con las normas de los ADPIC. Pocas leyes de patentes permiten la protección de lo que ya existe en la naturaleza.

Párrafo 2, Opción 2: Excluye sólo los materiales biológicos de generación natural cuya existencia se conocía antes de la fecha de presentación de la solicitud. Esta opción refleja los actuales sistemas de patentes de la mayoría de los países industrializados (compárese con las Directrices de Examen de la Oficina Europea de Patentes, C.IV.2.3).

Artículo 17: No obviedad/acción inventiva

Una invención es obvia (involucra un paso no inventivo) cuando:

Elemento 1

es obvia para una persona capacitada en ese arte

Elemento 2

consiste de secuencias genéticas naturales, materiales naturales clonados o copias sintéticas de materiales biológicos existentes en la naturaleza

Comentario

Los términos 'paso inventivo' y 'no-obviedad', utilizados en distintas jurisdicciones, son sinónimos. Si cada avance técnico rutinario pudiera ser patentado, las innovaciones se detendrían. Un requisito para adjudicar derechos de patente es que la invención tiene que ir más allá de la rutina -- debe ser 'inventiva' o 'no obvia'. Este requisito es fácil de formular pero muy difícil de definir.

El Elemento 1 es una formulación estándar del requisito de 'inventiva'. El Elemento 2 es un agregado opcional al Elemento 1, que específicamente adapta el requisito al material biológico.

Elemento 1: Cumple con los ADPIC. Puede ser presentado con diferentes palabras. Por ejemplo, un citado caso canadiense formula la prueba de obviedad (ausencia de invención) de la siguiente manera: "a la fecha de la invención, un técnico poco imaginativo y capacitado ... a la luz de su conocimiento general y los impresos e información sobre el tema disponible en ese momento, ¿podría haber llegado a la invención directamente y sin dificultad?"¹³² '¿Está presente la inventiva o no lo está?' es una cuestión juzgada en las cortes, que a menudo discrepan. Algunas cortes, y los países a los que pertenecen, parecen tener normas más estrictas que otras. Estas normas no son fáciles de aclarar por medio de la legislación. Por ejemplo, no

aportaría mucha claridad en Canadá una ley que dijera que la norma del derecho consuetudinario sobre el "técnico capacitado y poco imaginativo" debería ser sustituida por la de un técnico con una imaginación *promedio*.

Elemento 2: Tiene dos interpretaciones posibles. Podría ser simplemente lo que parece, una adaptación de los requisitos generales de no-obviedad a las circunstancias específicas de la biología. En ese caso, tiene poco sentido. O puede significar mucho más. Una objeción frecuente a las patentes de secuencias genéticas aisladas es que se obtienen mediante procedimientos de rutina, usando procesos de ningún modo inventivos. Quienes plantean esta objeción podrían alegar que el Elemento 2 impedirá la adjudicación de patentes a estas secuencias aisladas. Sin embargo, se está patentando el producto, no el proceso. Procesos rutinarios suelen ser usados para producir productos no rutinarios y no obvios. (Un diseño novedoso de un circuito impreso puede ser realizado mediante un método estándar de grabado de circuitos; nuevos e imaginativos libros se escriben en procesadores de texto comunes). Si un gen y su función son conocidos, si el gen aislado tuviese un uso obvio, y si es sencillo aislarlo por métodos conocidos, entonces todo indica que el gen aislado es obvio. Sin embargo, la naturaleza rutinaria del proceso de aislamiento no es concluyente por sí misma. Si se interpreta que el Elemento 2 prohíbe patentes de productos no obvios logrados con procesos obvios, podría ser rechazado por no concordar con los ADPIC. Está claro que los ADPIC no definen la 'no-obviedad', pero esto no autoriza a los países miembros a definir el término cada uno de manera distinta.

Artículo 18: Utilidad/aplicación industrial

Opción 1

Una invención es útil / susceptible de aplicación industrial si puede ser hecha o usada en cualquier tipo de industria, incluyendo la agricultura.

Opción 2

Una invención es útil / susceptible de aplicación industrial si puede ser hecha o usada en cualquier tipo de industria, incluyendo la agricultura, y es socialmente útil.

Comentario

El conocimiento en sí mismo no es patentable, aunque sea novedoso y no obvio. Si el conocimiento no puede ser incluido en alguna aplicación práctica (técnica o industrial), no puede ser patentado. La mayoría de las leyes de patentes exigen que las invenciones sean 'útiles' o 'susceptibles de aplicación industrial': ambos términos son usualmente considerados sinónimos y, en su interpretación actual, excluyen muy pocas invenciones de las patentes.

Cualquier actividad perteneciente a las artes utilitarias o prácticas, diferenciadas de las artes estéticas, se considera 'susceptible de aplicación industrial' bajo la CEP (compare el lector las Directrices de Examen de la Oficina Europea de Patentes, C.IV.4.1). Sin embargo, debe mencionarse que, básicamente por razones históricas, las leyes de patentes de muy pocos países establecen que los métodos para el tratamiento de cuerpos humanos y animales no deben ser consideradas invenciones de aplicación industrial. Esta excepción se trata en el Artículo 14.

La Opción 1 establece que las invenciones deben estar sujetas a aplicación industrial o técnica. La Opción 2 requiere que las invenciones sean además socialmente beneficiosas.

Opción 1: Define el requisito de utilidad con gran amplitud. La agricultura es una industria, pero el arte y la literatura no lo son, de modo que una novela o un cuadro no pueden ser protegidos por patentes (aunque un nuevo pigmento o método de impresión podrían serlo). Si una invención no funciona de ningún modo, no es útil. Habitualmente, las oficinas de patentes no pueden poner esto a prueba, pero podrían rechazar, por ejemplo, una solicitud relativa a un proceso que supuestamente operaría de modo claramente contrario a las leyes establecidas por la física, p.ej., una máquina de movimiento perpetuo.

Opción 2: Es una disposición menos usual y recusable bajo los ADPIC. En Canadá y la mayoría de los otros países (la URSS fue en su momento una excepción), 'útil' no tiene en cuenta el beneficio o detrimento social de una invención. Por ejemplo, en el caso *Visx* (Canadá)³³ no se consideró un impedimento de la utilidad que el arma de rayos del solicitante sirviera para matar personas. La utilidad social es importante, pero también muy difícil de juzgar, y es complicado decidir quién deberá tomar la decisión. Del mismo modo, la definición de 'utilidad social' como tal es escurridiza, ya que algunas innovaciones pueden ser útiles para algunos sectores de la sociedad, en detrimento de otros. Las distintas posiciones de los miembros del Grupo *Crucible* aparecen en el Recuadro de opinión 17.

Artículo 19: Requisitos adicionales de protección

Se otorgará protección de patentes sólo si:

Elemento 1

el solicitante presenta un certificado de origen (CO) sobre el material biológico utilizado en el curso del desarrollo de la invención [y]

Elemento 2

el solicitante obtiene el consentimiento informado previo de los [individuos] [instituciones] [y] [o] [comunidades] de las que ha obtenido materiales biológicos utilizados en el curso del desarrollo de la invención, siempre que la legislación relevante del país de origen requiera ese consentimiento.

Comentario

Este artículo ofrece una selección de las condiciones que deberán alcanzar las invenciones, además de las mencionadas con anterioridad.

Elemento 1: Propone que las solicitudes de patente suministren un CO cuando el desarrollo de la invención ha incluido material biológico.

Elemento 2: Propone que la protección de patentes no sea concedida sin el CIP del suministrador del material biológico.

Los mismos requisitos fueron considerados anteriormente en las opciones para leyes de protección de variedades vegetales (Tema 3, Sección 2, Artículos 12 y 13).

Se ha dicho que estos requisitos podrían entrar en conflicto con los ADPIC si son incluidos en una ley nacional de patentes o de protección de variedades como condición para la protección. Por otro lado, podrían no estar en conflicto con los ADPIC si son incluidos como requisitos administrativos. Podrían ser introducidos en la fase de examen técnico. Claramente, esta estrategia no sería infalible, puesto que podría ser criticada por constituir un criterio adicional de protección. Como ejemplo de este enfoque, véase el proyecto de legislación de acceso de Colombia, Artículo 10(d)(h) del Decreto 533, del 8 de marzo de 1994, 'Presentación de la solicitud y su admisión o rechazo', que introduce el CO, no el CIP.

Intentos de incluir estos requisitos en el Tratado de Leyes de Patentes (de junio de 2000, sobre la armonización de los requisitos formales para los solicitantes de patentes) casi llevan al fracaso del Tratado y finalmente fueron descartados.

Por supuesto, podrían ser incluidos en una ley nacional de patentes si fueran aplicados sólo a material excluido del registro de patentes bajo los ADPIC (p.ej., plantas y animales).

Otro enfoque posible para integrar estos requisitos en la legislación nacional de patentes o de protección de variedades vegetales sería desvincularlos de la validez de la patente (i.e., satisfacer los requisitos de CO y CIP no sería una condición previa necesaria para la adjudicación de la patente) y vincularlos a otro tipo de penas. La violación de estos requisitos podría dar lugar a una multa o al requisito de presentar informes anuales

sobre esfuerzos hechos para rastrear la fuente original del material y/u obtener el CIP.

Los mecanismos y criterios para obtener el CIP en el contexto de una ley nacional de bioacceso se discuten en este tomo en el Tema 1, Sección 2, Artículos 6 a 13.

Recuadro de opinión 17: Los derechos de patente sobre variedades vegetales ¿deberían quedar sujetos a criterios de 'utilidad social'?

Las pruebas de utilidad social probablemente serían consideradas una violación de los ADPIC.

Después del año 2000, el artículo 23.1(b)(c) del GATT de 1994 y el Artículo 64.2 de los ADPIC establecen la posibilidad de presentar recursos ante el organismo de resolución de disputas de la OMC por supuestas violaciones del *espíritu* de los ADPIC, con independencia del hecho de que presuntas ofensas no violan las normas explícitamente previstas por los ADPIC. Estos recursos tienen un alto potencial de restringir aún más la gama de iniciativas que los legisladores podrían introducir en las leyes de patentes. Siguiendo esta argumentación, el espíritu del acuerdo podría ser violado por criterios adicionales de utilidad social, excluyentes de material que de otro modo podría ser protegido.

Que decida el mercado.

Una prueba de 'utilidad social' o 'beneficio público' abriría una Caja de Pandora imposible de resolver mediante la ley. No es fácil decidir --y mucho menos obtener un amplio acuerdo-- sobre qué es socialmente útil. (Inténtelo usted mismo: ¿automóviles? ¿televisión? ¿Internet? ¿DDT? ¿variedades de arroz de la 'Revolución Verde'? ¿píldoras anticonceptivas?) Asimismo, los puntos de vista cambian rápidamente en los 20 años de vida de una patente. La decisión ciertamente no puede ser competencia de una única persona que examina la solicitud. Patentar todo, en primer lugar, y luego dejar al mercado decidir qué vale la pena tener y qué no, es una medida neutral desde el punto de vista de los valores y, en última instancia, la forma más sensible de tratar el tema. Además, negar una patente no impide que la gente explote la invención patentada. Si algo es en verdad objetable, debe ser declarado ilegal, no sólo debe negársele la patente. La investigación y el desarrollo moralmente cuestionables deben ser tratados con otros sistemas, como la ley penal.

Los derechos de propiedad son concesiones gubernamentales: el público tiene un papel en la definición de las prioridades.

Los mercados determinan la utilidad privada, pero no la utilidad social. La utilidad social está vinculada a factores externos ajenos a los precios del mercado y la concesión de patentes no es un acto neutral en materia de valores. Las patentes son beneficios concedidos por el estado. Al brindar beneficios, el gobierno tiene la responsabilidad de asegurar que los intereses del público estén representados. Se dice que el objetivo de las patentes es incentivar los esfuerzos intelectuales, las inversiones financieras y recomendar la divulgación de conocimiento que de otro modo se mantendría en secreto. Por lo tanto, la legislación de patentes no debería recompensar invenciones no beneficiosas para la sociedad. Ante el contenido polémico de muchas innovaciones relativas a la biotecnología, las leyes de patentes deben poseer algún mecanismo legal que tenga en consideración el interés público en la tecnología.

Recuadro de opinión 18: Los certificados de origen (CO) y el consentimiento informado previo (CIP), ¿deben ser incluidos como condiciones para la concesión de patentes?

Deben ser considerados requisitos mínimos para la concesión de patentes justas.

Si ha de haber patentes de materiales biológicos, como demandan los ADPIC, parece justo exigir como mínimo que los solicitantes divulguen dónde obtuvieron los materiales que usaron en sus innovaciones y que obtengan el permiso para usarlos.

Otorgar patentes relativas a materiales genéticos contradice el espíritu del CDB, con independencia del estatuto legal de los recursos de los que se derivaron o aislaron los materiales genéticos.

Podría reunirse una serie completa de situaciones raras que plantearían miles de complejas cuestiones legales. Pero, alternatively, se podría optar por soluciones pragmáticas y encarar algunos de los temas más importantes de un modo que no requiera procedimientos burocráticos pesados. Es indudable que hay muchas dificultades por resolver cuando el CIP y el CO son requisitos para la protección de patentes.

¡No funcionarán! ¡No son prácticos!

En primer lugar, en la medida en que los miembros de la OMC deben otorgar protección de patentes sobre material biológico, como los microorganismos, los requisitos de CO y CIP no son compatibles con los ADPIC, porque éstos presentan una lista exhaustiva de las condiciones en que las patentes deben estar disponibles para esos materiales (inventación, novedad, inventiva, utilidad).

En segundo lugar, no hay conflicto entre los ADPIC y el CDB. Éstos tratan temas diferentes y tienen distintos énfasis. Las supuestas instancias de conflicto se deben a malos entendidos. La mayoría de los países son miembros de ambas convenciones y deben respetarlas igualmente.

Además, hay tantos problemas al exigir CIP y CO como condiciones para la concesión de derechos de propiedad intelectual que resulta difícil saber por dónde empezar. De hecho, este es el primer problema: ¿dónde comienzan esos derechos? ¿Comienzan en la fecha en que el CDB entró en vigor (diciembre de 1993) o antes? Hay demandas comprensibles para una fecha precedente, pero ¿cuánto? Cualquier fecha será arbitraria y remontarse hacia atrás indefinidamente, además de no ser práctico, plantea preguntas sobre la continuidad de las naciones y las agrupaciones políticas pasadas. (¿Tendría Gran Bretaña derecho a reclamar una parte de los beneficios de la nuez macadamia porque su lugar de origen -- Queensland, Australia -- fue una vez una posesión británica?) La mayoría de los países no han legislado bajo cuáles condiciones el CIP y el CO serán regulados y quiénes estarán involucrados. Hasta que esa legislación esté vigente, lo cual podría llevar décadas, en general el CIP y el CO no estarán disponibles. Cuando lo estén, es probable que los procedimientos burocráticos retrasen el proceso de innovación, aun cuando la fuente de un material sea clara y no genere polémica.

Otro problema es la naturaleza del CIP. ¿Qué tipo de información debe brindar la parte que obtiene el CIP para que el consentimiento de los suministradores sea informado? El hecho es que los recolectores de muestras pueden no tener una idea clara de lo que quieren hacer con el material cuando lo están recolectando, lo cual hace difícil satisfacer a los suministradores al informarles sobre el papel en futuras innovaciones del material entregado por ellos. O los recolectores pueden descubrir que el material es útil en alguna innovación imprevista sólo después de recogerlo. Para que un sistema funcione se necesitan reglas claras.

Con el CIP y el CO existe un problema específico para las invenciones patentadas, ya que hacen distintos tipos de usos de material biológico. En primer lugar, están los materiales biológicos específicos que realmente han sido usados, y una gama más amplia de materiales que podrían ser utilizados. Las invenciones, a diferencia de las variedades vegetales, suelen ser genéricas, no específicas, y es imposible obtener el CIP para to-

Sin embargo, ninguno de estos obstáculos parece insuperable. Claro está que la ley de patentes tendría que especificar las condiciones bajo las cuales debe darse el CIP y aclarar que los solicitantes necesitan el CIP sólo para el uso de material realmente involucrado en la innovación en cuestión.

dos los miembros de una clase de materiales, ya que el número de miembros es ilimitado. Asimismo, se plantea la cuestión del grado en el que la naturaleza del material biológico en particular es crucial para la invención. Las discusiones sobre CO y CIP suelen asumir que hay una única muestra, de origen conocido, cuyo uso es crucial para la invención. Esta situación se presenta, pero no es la única, y posiblemente no sea la más común. A modo de ejemplo, considérese la siguiente situación (hipotética, pero difícilmente exagerada):

Invención: Un gen antisentido (especificado) del ADN de maduración presentado por un promotor constituido aceptable, utilizado para retrasar la maduración de frutas y verduras. La descripción presenta varios ejemplos específicos y sugiere muchos usos y alternativas. El gen de maduración fue originalmente obtenido de una variedad de manzanas de Gran Bretaña, si bien se encuentra, de una forma o de otra, en diversas especies frutales. Uno de los promotores constituidos aceptable (utilizado en varios ejemplos) fue obtenido del virus mosaico del pepino, endémico en casi todos los países cultivadores de pepinos. Nadie puede establecer la fuente original del promotor particular, que se ha divulgado ampliamente en círculos académicos durante algunos años. La descripción da ejemplos en funcionamiento de manzanas transformadas (dos variedades, una británica y una mexicana), melones (una variedad estadounidense y una española) y bananas ('compradas en un supermercado de Gran Bretaña'), y propone y reclama, sin dar detalles experimentales, el uso de constructos en duraznos, guayabas y durian.

Pregunta: En este caso, ¿de quién, y para qué, deberían obtenerse el CO y el CIP?

Debido a todos estos problemas, algunas personas consideran la demanda de CO y CIP como una forma de negar la protección de patentes a muchas invenciones meritorias de naturaleza biológica.

Tercera Parte: Derechos conferidos

Introducción

La Tercera Parte comienza con las opciones relativas a quién puede estar facultado para recibir una patente. A continuación nos referimos a cuáles derechos tendrá y cuáles no tendrá el titular de derechos, según esta ley. Con relación a los derechos conferidos, principalmente nos basamos en el Artículo 28 de los ADPIC. Sin embargo, con respecto a los elementos que podrían ser excluidos del registro de patentes según los ADPIC, en particular plantas y animales, los miembros de la OMC tienen la libertad de otorgar derechos distintos de los que deben otorgar a invenciones que no pueden ser excluidas de las patentes. Por lo tanto, un miembro de la OMC podría optar por ofrecer protección de patentes a nuevas mejoras de animales, pero podría establecer derechos asociados más estrechos que los conferidos en patentes 'normales'.

Artículo 20: Habilitación al derecho

Párrafo 1: Inventores - empleados

Opción 1

El derecho de patente deberá pertenecer a los inventores o sus sucesores en los títulos. Si el inventor es un empleado, el derecho de patente se determinará en concordancia con la ley del estado en que el empleado trabaja principalmente. Si el estado en que el empleado trabaja principalmente no puede determinarse, se aplicará la ley del estado en que el empleador tiene el negocio al que está vinculado el empleado.

Párrafo 2: Inventores múltiples

Opción 1

Si dos o más personas hicieron una invención con independencia una de la otra, el derecho a la patente deberá pertenecer a la persona cuya solicitud de patente tiene la fecha más temprana.

Opción 2

Si dos o más personas hicieron una invención con independencia una de la otra, el derecho de patente deberá pertenecer a la persona que hizo la invención en primer lugar.

Comentario

Párrafo 1 (Empleados - inventores): El derecho a la invención pertenece en general al inventor y la situación se complica si el inventor es un empleado o si varios inventores hicieron la misma invención. En el primer escenario, cuando el inventor es un empleado, son posibles distintas soluciones. La solución ofrecida aquí se refiere a la ley del estado en que el empleado trabaja principalmente o a la ley del estado en que el empleador tiene el negocio al que está vinculado el empleado.

Párrafo 2 (Inventores múltiples), Opción 1: Refleja el principio del primero en presentar la solicitud.

Párrafo 2, Opción 2: Refleja el principio del primero en inventar.

Ambas opciones tienen ventajas y desventajas. En teoría, el principio del que inventó primero parece más justo que el principio del primero en presentar la solicitud. Por otro lado, significa que los legisladores tienen que definir qué constituye 'hacer una invención' y en qué fecha está terminada, lo cual no es tan sencillo como parece, y los inventores deben probar que realmente hicieron la invención primero, lo cual podría ser extremadamente difícil y costoso.

Artículo 21: Actos que requieren la autorización del titular de derechos

Párrafo 1: Productos

Cuando el material sujeto a una patente es un producto, la patente confiere al titular el derecho de impedir a terceras partes que no obtuvieron el consentimiento del titular de derechos que:

Elemento 1

hagan ese producto

Elemento 2

usen ese producto

Elemento 3

ofrezcan ese producto para la venta

Elemento 4

vendan ese producto

Elemento 5

importen ese producto con los fines mencionados más arriba

Párrafo 2: Materiales biológicos derivados de productos patentados

La protección conferida por una patente sobre un material biológico que posea características específicas como resultado de la invención:

Opción 1

se extenderá a cualquier material biológico derivado de ese material biológico mediante la disseminación o la multiplicación de forma idéntica o divergente y que posea esas mismas características.

Opción 2

no se extenderá a material biológico que ha sido meramente derivado de ese material biológico mediante la disseminación o la multiplicación.

Párrafo 3: Procesos

Cuando el material sujeto a una patente es un proceso, la patente confiere a su titular el derecho de impedir a terceras partes que no obtuvieron el consentimiento del propietario que:

Elemento 1

usen el proceso

Elemento 2

usen el producto obtenido directamente del proceso

Elemento 3

ofrezcan para la venta el producto obtenido directamente del proceso

Elemento 4

vendan el producto obtenido directamente del proceso

Elemento 5

importen para usar o vender el producto obtenido directamente del proceso

Párrafo 4: Materiales biológicos derivados de procesos patentados

La protección conferida por una patente a un proceso que permite que un material biológico con características específicas sea producido como resultado de la invención se extenderá al material biológico directamente obtenido mediante ese proceso y:

Opción 1

a cualquier otro material biológico derivado de material biológico directamente obtenido mediante la diseminación o multiplicación de forma idéntica o divergente y que posea esas mismas características.

Opción 2

no se extenderá a nuevo material biológico obtenido mediante diseminación o multiplicación de ese material biológico directamente obtenido.

Comentario

Los párrafos 1 y 3 se basan en el Artículo 28 de los ADPIC. Como se mencionó en la introducción a esta parte, no hay necesidad de que los miembros de la OMC sigan el Artículo 28 con respecto a las invenciones que podrían ser excluidas de las patentes bajo los ADPIC. Para esas invenciones, los miembros de la OMC pueden otorgar derechos diferentes de los previstos en los ADPIC.

Párrafo 1 (Productos): Trata sobre las patentes de productos.

Párrafo 2 (Materiales biológicos derivados de productos patentados), Opciones 1 y 2: Abordan la cuestión del significado real de una patente de material biológico. ¿Significa que el titular de la patente tiene el derecho de impedir que terceras partes usen cualquier material biológico derivado del material patentado mediante la diseminación o la multiplicación de forma idéntica o divergente y que posea las mismas características que el material patentado (Opción 1)? ¿O la patente sólo otorga a su titular derechos

exclusivos más limitados, sin incluir, por ejemplo, derechos sobre la progenie o derivados (Opción 2)? El Acuerdo sobre los ADPIC no trata directamente qué derechos debe otorgar una patente de material biológico. Sin embargo, algunos podrían argumentar que la patente de un producto que no proteja contra la competencia de productos idénticos obtenidos mediante multiplicación del original no satisface los requisitos del Artículo 28.1(a) de los ADPIC.

Párrafo 3 (Procesos): Trata el alcance de las patentes de procesos. Bajo los ADPIC, las patentes de procesos conferirán al titular el derecho de impedir que terceras partes que no obtuvieron el consentimiento del propietario usen el proceso patentado. Además, los titulares de patentes deberán tener el derecho de impedir a otros los actos de usar, ofrecer para la venta, vender o importar con esos fines el producto obtenido directamente de ese proceso. Para cumplir con los ADPIC, por lo tanto, las leyes deberían incluir todos los Elementos 1 a 5.

Párrafo 4 (Materiales biológicos derivados de procesos patentados): Con respecto a las patentes de procesos para la modificación de materiales biológicos, se plantea la cuestión de si la patente debe extenderse sólo al material biológico directamente obtenido mediante ese proceso (Opción 2), o también a material biológico derivado de la diseminación o multiplicación del material biológico directamente obtenido (Opción 1).

Artículo 22: Terminación de los derechos

Párrafo 1: Patentes de productos

Opción 1

La protección conferida mediante una patente a un material biológico no se extenderá al material biológico obtenido de la diseminación o multiplicación de material colocado en el mercado [en el territorio de este país] por el titular de la patente, o con su consentimiento, cuando la multiplicación o diseminación necesariamente resulta de la aplicación para la que el material biológico fue sujeto a mercadeo, siempre que el material obtenido no se use posteriormente para otra diseminación o multiplicación.

Opción 2

La protección conferida mediante una patente a un material biológico no se extenderá al material biológico obtenido de la diseminación o multiplicación de material colocado en el mercado [en el territorio de este país] por el titular de la patente, o con su consentimiento.

Párrafo 2: Productos directamente obtenidos

Opción 1

La protección conferida mediante una patente a un proceso que permite que un material biológico con características específicas sea producido como

resultado de la invención no se extenderá al material biológico obtenido de la diseminación o multiplicación de material biológico colocado en el mercado [en el territorio de este país] por el titular de la patente, o con su consentimiento, cuando la diseminación o multiplicación necesariamente resulta de la aplicación para la cual el material biológico fue sujeto a mercadeo, siempre que el material obtenido no se use posteriormente para otra diseminación o multiplicación.

Opción 2

La protección conferida por una patente a un proceso que permite que un material biológico con características específicas sea producido como resultado de la invención no se extenderá al material biológico obtenido de la diseminación o multiplicación de material biológico colocado en el mercado [en el territorio de este país] por el titular de la patente, o con su consentimiento.

Comentario

Esta disposición considera la terminación de las patentes. Si alguien compra un producto patentado a quien registró la patente, espera poder usarlo y venderlo. Se dice que una patente ha 'terminado' si la invención patentada ha sido colocada en el mercado por el titular de la patente, o con su consentimiento. Si alguien compra entonces el producto patentado, el uso de este producto es libre, pues los derechos del titular de la patente ya no se extienden a este uso. El derecho exclusivo del titular de la patente sigue siendo la reproducción del producto. En el caso de material patentado que se repite a sí mismo y ha sido mercadeado con el consentimiento del titular de la patente, se plantea el interrogante sobre si es necesario el consentimiento del titular para posteriores diseminaciones de ese material.

Párrafo 1 (Patentes de productos): Considera la terminación de las patentes de productos.

Párrafo 1, Opción 1: Es pertinente sólo si las patentes de productos se extienden al material biológico derivado de material biológico patentado mediante la diseminación o multiplicación (Artículo 21, Párrafo 2, Opción 1). Si este fuere el caso, una patente otorgada a semillas de plantas también se extendería a la cosecha producida por las semillas. En consecuencia, quienes deseen vender o usar el producto cosechado, por ejemplo para la producción de harina, necesitarán el consentimiento del titular de la patente. Para evitar esto, la Opción 1 estipula (no obstante el Artículo 21, Párrafo 2, Opción 1) que la patente no se extenderá a la cosecha obtenida de la diseminación de la semilla patentada, siempre que las semillas hayan sido colocadas en el mercado por el titular de la patente con el objetivo de la diseminación. Habiendo comprado semillas, el agricultor espera al menos poder plantarlas,

cosecharlas y venderlas para el consumo. Pero si el agricultor quiere usar o vender material cosechado para nuevas disseminaciones, no se considerará que la patente ha terminado. Esta opción ofrece al titular de una patente un control similar al del titular de derechos sobre variedades vegetales; sin embargo, si la excepción de los agricultores (véase el Artículo 23, a continuación) es reconocida para la protección de variedades vegetales y no para patentes, esto puede marcar una diferencia significativa.

Párrafo 1, Opción 2: Toma un camino más radical y es atractiva sólo para los países que desean minimizar la protección de patentes en este campo y a la vez cumplir --en forma discutible-- con los ADPIC. La patente habrá terminado tan pronto como la semilla se venda con el objetivo de la disseminación, en lo que concierne a esa semilla y toda su progenie. Por lo tanto, los agricultores podrían replantar libremente la cosecha de esas semillas sin el consentimiento del titular de la patente. Además, los agricultores y otras personas podrían multiplicar libremente y vender esas semillas compitiendo con el titular de la patente. La Opción 2 da al titular de la patente derechos muy limitados: en efecto, el derecho a vender semilla patentada libre de competencia por una única estación. Esto ciertamente no será considerado satisfactorio por los titulares de patentes y podría argumentarse que contradice el Artículo 30 de los ADPIC (por constituir un perjuicio irrazonable de los intereses legítimos del propietario de la patente).

Párrafo 2 (Productos directamente obtenidos): Aborda la terminación de las patentes de procesos.

Párrafo 2, Opción 1: Sólo es pertinente si la protección conferida por una patente de proceso también se extiende a material biológico derivado del material biológico obtenido directamente mediante la disseminación o la multiplicación. (Artículo 21, Párrafo 4, Opción 1). Si este fuera el caso, la patente de proceso también se extendería a la cosecha producida a partir del material patentado. En consecuencia, quienes quieran vender o usar el producto cosechado necesitarán una vez más el consentimiento del titular de la patente. Para evitar esto, la Opción 1 estipula (no obstante el Artículo 21, Párrafo 4, Opción 1) que la patente de proceso no se extenderá a la cosecha obtenida por la disseminación de la semilla patentada, siempre que las semillas hayan sido colocadas en el mercado por el titular de la patente con el objetivo de la disseminación. Pero si el agricultor quiere usar el material cosechado para fines de disseminación, la patente no se considerará terminada.

Párrafo 2, Opción 2: Adopta un enfoque más radical y sólo es atractiva para los países que desean minimizar la protección de patentes en este campo mientras cumplen --en forma discutible-- con los ADPIC. La patente de

semillas derivadas de material modificado mediante un proceso patentado terminaría tan pronto como las semillas se vendan con fines de diseminación. Por lo tanto, los agricultores podrían replantar libremente la cosecha producida a partir de esa semilla, sin el consentimiento del titular de la patente, y los agricultores y otras personas podrían multiplicar y vender libremente esa semilla en competencia con el titular de la patente. La Opción 2 concuerda con el Artículo 21, Párrafo 4, Opción 2 (aunque aquí la Opción 2 sólo se refiere a semilla vendida por el titular de la patente, mientras en el Artículo 21, Párrafo 4, Opción 2 se aplica a todas las semillas).

Artículo 23: Excepciones de los derechos conferidos

Párrafo 1: Uso privado

Opción 0

ninguna disposición

Opción 1

Los derechos conferidos a los titulares de las patentes no se aplicarán a actividades realizadas en forma privada y con fines no comerciales.

Párrafo 2: Investigación

Opción 0

ninguna disposición

Opción 1

Los derechos conferidos no se aplicarán a actos realizados con fines experimentales.

Opción 2

Los derechos conferidos no se aplicarán a actos que constituyan investigación relacionada a las invenciones patentadas.

Párrafo 3: Mejora

Opción 0

ninguna disposición

Opción 1

No constituirán infracciones actos realizados con el fin, y durante el curso de, la mejora y el desarrollo de nuevas variedades.

Párrafo 4: Agricultura

Opción 0

ninguna disposición

Opción 1

El ministro responsable podrá, dentro de límites razonables, y sujeto a la salvaguardia de los intereses legítimos de los mejoradores, restringir los Derechos de los Mejoradores con relación a variedades de géneros y especies de plantas específicas, con el propósito de permitir que los agricultores [de pequeña escala] usen con fines de disseminación, en su propia tierra, el producto de la cosecha obtenida mediante la siembra, en su propia tierra, de una variedad de cualquier género o especie sujeta a derechos conferidos por esta Ley.

Opción 2

No obstante los derechos conferidos por esta Ley, se permitirá a los agricultores [de pequeña escala] volver a plantar, en su propia tierra, semillas cultivadas en su propia tierra e intercambiar semillas con otros agricultores, sobre una base no comercial.

Opción 3

No obstante los derechos conferidos por esta Ley, se permitirá a los agricultores [de pequeña escala] volver a plantar, en su propia tierra, semillas cultivadas en su propia tierra, intercambiar semillas con otros agricultores, sobre una base no comercial, y vender semillas en las siguientes cantidades limitadas [dar detalles de las cantidades].

Párrafo 5: Derivación local

Opción 0

ninguna disposición

Opción 1

Se permitirá a los residentes de este país usar invenciones biológicas derivadas de, o basadas en, germoplasma recolectado en [el país ejecutor] sin la necesidad de solicitar permiso al titular de los derechos [pagando regalías a una tasa determinada por regulación gubernamental].

Comentario

Toda la legislación de patentes reconoce una variedad de excepciones a los derechos otorgados. Aquí presentamos una lista de varios elementos que podrían ser excluidos.

El Párrafo 1 se refiere puramente a actos privados, siempre que sean realizados con fines no comerciales. El Párrafo 2 presenta varias opciones para eximir la investigación. El Párrafo 3 se refiere a una excepción de los mejoradores. El Párrafo 4 incluye varias excepciones relativas a los agricultores. El Párrafo 5 presenta una excepción de invenciones hechas sobre la base de material de origen local y para fines consuetudinarios.

Las Opciones para la definición de 'agricultores de pequeña escala' se presentan en el Tema 3, Sección 2, Artículo 6, más arriba.

Párrafo 1 (Uso privado): La excepción del uso privado es muy común. En algunas leyes está implícita, en otros es explícita. Concuerda con el Artículo 30 de los ADPIC y de ningún modo interfiere con el usufructo normal de los derechos conferidos al titular de la patente.

Párrafo 2 (Investigación), Opción 0: Rechaza la idea de una excepción de la investigación. Esta disposición puede no aparecer en ninguna ley existente, pero no se aleja demasiado de la jurisprudencia estadounidense. En Estados Unidos (independientemente de la excepción específica '*Bolar*' a la experimentación con fármacos patentados para satisfacer requisitos de seguridad), esta excepción se aplica únicamente a la 'indagación filosófica', la búsqueda del conocimiento por sí mismo. Las empresas nunca hacen esto y los académicos mucho menos que antes. La desventaja de esta opción es que puede obstaculizar en forma desproporcionada la investigación sobre materiales biológicos, pues puede caer en infracción al reproducirlos (aun cuando han sido obtenidos del titular de la patente). Por ejemplo, en Estados Unidos, el propietario de una variedad patentada puede prohibir a un competidor cualquier uso, con cualquier fin, de una variedad vegetal o parte de una planta patentadas. Esta prohibición se extiende incluso al uso de partes de plantas protegidas por patentes en investigaciones que culminan en la creación de una variedad de planta que no incluyó el material protegido.

Párrafo 2, Opción 3: Es la forma de excepción de la investigación común en Europa. Permite realizar experimentos sobre la invención patentada (para ver cómo funciona o para mejorarla), pero no el uso regular de la invención como parte del desarrollo comercial de un producto. No está claro, sin embargo, hasta qué grado puede usarse material vegetal patentado, sin el consentimiento del titular de la patente, para el desarrollo de otro material.

Párrafo 3 (Mejora): Introduce una excepción especial para los mejoradores. Podría ser útil especificar la excepción acostumbrada de la investigación con relación a las actividades de mejora. La excepción de la mejora no exime la explotación comercial de productos de la actividad de mejora. Para decidir si esos productos están en infracción debe juzgarse comparando las variedades resultantes con los derechos relevantes, teniendo en cuenta las disposiciones aplicables bajo el Artículo 21, Párrafos 1 y 2.

Párrafo 4 (Agricultura): Introduce la excepción de los agricultores en una ley de patentes. Las opciones presentadas son idénticas a las del Tema 3, Sección 2, Artículo 17, Párrafo 3. La Opción 2, que otorga a los agricultores el derecho a comerciar semillas protegidas de variedades vegetales en competencia con el titular de los derechos de patente, puede resultar totalmente inaceptable para la mayoría de los mejoradores formales, quienes alegarían que esos derechos de los agricultores no satisfacen el requisito de los ADPIC de

establecer 'un sistema *sui generis* eficiente' para la protección de las variedades vegetales.

Párrafo 5 (Derivación local): La Opción 1 brinda una excepción para el uso, por parte de los ciudadanos del país, de material biológico de origen local. Para materiales de origen combinado (p.ej., obtenidos mediante el cruzamiento) podría ser necesario especificar qué proporción de origen nacional sería suficiente. La preferencia por los residentes locales entra en conflicto con el principio de tratamiento nacional de los ADPIC si el material en cuestión no está exento del registro de patentes. Además, la Opción 1 entraría en conflicto con los ADPIC porque brinda una licencia obligatoria automática.

Recuadro de opinión 19: ¿Cómo se aplican a las excepciones los principios de los ADPIC?

Excepciones extremadamente amplias son posibles para patentes de material no cubierto por los ADPIC.

Para cumplir con los ADPIC, las excepciones de los derechos de patente en la legislación nacional pueden ser tan amplias como se quiera, siempre y cuando los ADPIC no exijan patentar el material. Como consecuencia, la legislación nacional puede tener excepciones muy amplias para las plantas --aunque no necesariamente para las variedades vegetales--, animales y procesos esencialmente biológicos. Esto se desprende del Artículo 27.3, que permite a los miembros eximir esas categorías del registro de patentes y por lo tanto de la aplicación de los principios de los ADPIC, como se los presenta en el Artículo 27.1.

Por lo tanto, incluso cuando un miembro decide otorgar, por ejemplo, patentes para animales tradicionalmente mejorados pero no transgénicos, ese miembro no violaría el principio de los ADPIC según el cual las patentes deberán estar a disposición 'de todos los campos de la tecnología'.

Una vez que un miembro de la OMC ofrece protección de patentes, todas las excepciones deben concordar con los ADPIC, incluso en el caso de material no cubierto por los ADPIC.

Los ADPIC requieren que las patentes sean otorgadas sin discriminación alguna entre materiales. En el caso de material que no debe ser protegido, los países tienen el derecho de negar las patentes. No obstante, si deciden otorgar esas patentes, están obligados a no discriminar en función del material supeditado, y deben garantizar los mismos derechos para todas las patentes.

Recomendación

El Grupo *Crucible* recomienda que todo sistema de protección de variedades vegetales brinde excepciones 'apropiadas' para actividades agrícolas y de mejora. La excepción de mejora debe permitir, como mínimo, la investigación del material protegido y el desarrollo de productos a partir del mismo, que caigan fuera del alcance de los derechos (en el caso de las patentes, fuera de la definición dada en las solicitudes de patentes). El alcance de esas excepciones debe decidirse a la luz de las circunstancias específicas.

Artículo 24: Derogación de las excepciones

Opción 0

ninguna disposición

Opción 1

Con independencia de cualquier contrato privado que restrinja el uso de las invenciones, se aplicarán las excepciones previstas en el Artículo 23.

Comentario

El fin de este artículo es evitar que titulares de patentes y partes saquen ventaja de las excepciones previstas en una ley de propiedad intelectual al 'no contratar' esas excepciones, --en otras palabras, al crear restricciones a otras partes sobre el uso de materiales que de otro modo estarían disponibles en conformidad con las excepciones. Algunos integrantes del Grupo *Crucible* creen que la inclusión de una cláusula como ésta es esencial, dado que las excepciones reflejan importantes posiciones sobre políticas públicas. En consecuencia, no debería permitirse que los propietarios de patentes socaven las excepciones mediante acuerdos negociados en privado. Otros integrantes sostienen que esta cláusula interfiere innecesariamente con la libertad de las partes de celebrar cualquier pacto contractual privado que deseen.

Recuadro de opinión 20: La duración de los derechos de patente, ¿debe variar según los distintos materiales sujetos a la protección?

La duración de los derechos siempre debe ser la misma.

Fijar el término de los derechos de propiedad intelectual no constituye una ciencia exacta. Algunas invenciones necesitan o justifican un plazo más prolongado de protección; sin embargo, no hay una forma acordada de decidir el plazo y no es práctico hacerlo caso por caso. La conclusión de los negociadores de los ADPIC fue que un plazo de 20 años es suficiente en la mayoría de los casos. Éste es un compromiso práctico razonable para el uso general.

La duración debe ser distinta para distintos tipos de cosas.

Diferenciar entre distintos tipos de materiales puede presentar problemas, pero hay principios relevantes a tener en cuenta.

Las opciones sobre qué derechos conferir a los titulares de patentes pueden variar dependiendo de la combinación de: (a) el grado de exigencia de los criterios de protección, y (b) la amplitud del material que puede ser sujeto a protección en conformidad con esos criterios. Derechos más fuertes, como por ejemplo un plazo mayor, el derecho a excluir a otros de actividades como la duplicación, la venta, la importación y otros, deberían reservarse a patentes de una gama relativamente estrecha de materiales.

Artículo 25: Duración

Los derechos de patente durarán 20 [u otro número] años a partir de la fecha de presentación de la solicitud.

Comentario

El término de una protección de patente debe ser establecido en la legislación de patentes. Para satisfacer el Artículo 33 de los ADPIC, este plazo no debe ser menor a los 20 años a partir de la fecha de solicitud de la patente.

Artículo 26: Licencias obligatorias

Párrafo 1: Condiciones formales

Una licencia obligatoria puede otorgarse por cualquier patente de material o proceso biológico a un solicitante que dé muestras de:

Elemento 1

capacidad de hacer funcionar la invención patentada

Elemento 2

que la patente ha sido otorgada al menos por tres años

Elemento 3

que el titular de la patente se negó a otorgar una licencia en términos razonables, o se negó por completo a otorgarla

Párrafo 2: Motivos sustanciales

No podrá otorgarse ninguna licencia obligatoria si no es de interés público que el solicitante obtenga la licencia para trabajar la patente en el país por una o más de las siguientes razones:

Elemento 1

el titular de la patente no está explotando la invención en el país

Elemento 2

el titular de la patente está abasteciendo al mercado con la invención básicamente mediante la importación

Elemento 3

el titular de la patente no está abasteciendo con la invención, en términos razonables, a un mercado o un mercado potencial en el país

Elemento 4

el solicitante hizo una mejora significativa a la invención del titular de la patente, que el solicitante no puede explotar en el país a causa de la negativa del titular de la patente a otorgar una licencia en términos razonables

Elemento 5

la adjudicación de una licencia al solicitante promovería la salud pública, la seguridad alimentaria o la protección del medio ambiente dentro del territorio

Elemento 6

el titular de la patente siguió prácticas anticompetitivas con respecto al material de la invención

Elemento 7

la invención patentada utiliza material biológico originado en el país, o se deriva de él

Comentario

Los párrafos 1 y 2 presentan algunos elementos que podrían ser incluidos en una disposición de licencias obligatorias. Al leer estas opciones, es importante recordar que el Artículo 31 de los ADPIC define una lista de condiciones relativamente restringidas para la adjudicación de licencias obligatorias. Los siguientes comentarios dan detalles sobre la relación entre los elementos contemplados en este artículo y los incluidos en el Artículo 31 de los ADPIC.

Párrafo 1 (Condiciones formales): Fija los requisitos a ser cumplidos por el solicitante de la licencia. Cualquier elemento puede ser omitido en la ley; sin embargo, cualquier elemento incluido debe ser cumplido por el solicitante. Para satisfacer los ADPIC, deben incluirse los Elementos 2 y 3. El Elemento 2 es especificado por la Convención de París y el Elemento 3 es el tema del Artículo 30(b) de los ADPIC.

Párrafo 2 (Motivos sustanciales): Establece las posibles bases para la adjudicación de una licencia obligatoria, y el solicitante sólo debe incluir una de ellas. Algunas de estas bases pueden no cumplir con los ADPIC. El Elemento 2 no los cumple porque el Artículo 27.1 de los ADPIC no permite la discriminación contra la explotación mediante la importación. El Elemento 7 puede ser contrario a los ADPIC porque discrimina según país de origen del material patentado, infringiendo, en forma discutible, el Artículo 27.1. Podría alegarse que el Elemento 5 discrimina con respecto al campo tecnológico o que está redactado de modo tan amplio que contradice el Artículo 30 de los ADPIC.

Las disposiciones sobre licencias obligatorias se incluyen en las legislaciones de patentes de la mayoría de los países (a excepción de Estados Unidos, donde estas licencias pueden ser otorgadas para corregir violaciones de las leyes antimonopólicas). Hay dos tipos principales de licencias obligatorias: discretas y automáticas.

Licencias obligatorias automáticas: Fueron otorgadas en el pasado en muchos países típicamente a invenciones vinculadas a los alimentos y los fármacos, y esto fue hecho para asegurar que las innovaciones relativas a alimentos y medicamentos estuvieran disponibles al menor precio posible. Los titulares de patentes de estas invenciones consideraron tales disposiciones una confiscación de sus derechos y un severo obstáculo al incentivo de la innovación en áreas importantes. Este tipo de licencias es raro en la actualidad, por contradecir las obligaciones de no discriminación del material sujeto a la protección previstas por los ADPIC.

Licencias obligatorias discretas: En algunos países son vistas principalmente como salvaguardia contra el fracaso del titular de la patente al intentar hacer funcionar la invención, o contra intentos del titular de la patente de suprimir avances técnicos que compiten con el producto del titular. En otros países, el titular de la patente no está obligado a hacer funcionar la invención patentada y las licencias obligatorias se otorgan sólo como correctivos de infracciones de leyes antimonopólicas (por ejemplo, cuando el titular de la patente hace de la compra o uso de un producto no patentado una condición para la concesión de una licencia de uso de una patente de proceso).

En ambos casos, la adjudicación de licencias es relativamente rara. En parte esto se debe a que la sola presencia de este tipo de disposiciones (en los territorios en los que existen) estimula a los titulares de patentes a negociar razonablemente. Las licencias voluntarias con frecuencia conducen a relaciones constructivas y promotoras del desarrollo, pero lo mismo no suele ocurrir con las licencias obligatorias. Los titulares de las patentes rechazan, comprensiblemente, los intentos de procurar esas licencias, sean o no exitosas.

Aunque una ley de patentes no incluyera disposiciones de licencias obligatorias, las cortes podrían de todos modos aplicarlas como correctivo de infracciones de normas antimonopólicas.

Artículo 27: Prácticas anticompetitivas

Opción 0

ninguna disposición

Opción 1

Se prohibirán los siguientes: todos los acuerdos entre empresarios [empresas]

las decisiones de asociaciones de empresarios [empresas] y las prácticas concertadas que puedan afectar el comercio y que tienen por objeto o efecto la prevención, restricción o distorsión de la competencia en el mercado, y en particular aquéllos que:

- a) directa o indirectamente fijen los precios de compra o venta o cualesquiera otras condiciones de comercialización;
- b) limiten o controlen la producción, los mercados, el desarrollo técnico o la inversión;
- c) compartan mercados o fuentes de suministro;
- d) apliquen condiciones desiguales a transacciones equivalentes con ciertas partes comerciantes, colocándolas en desventaja competitiva; o
- e) sujeten la conclusión de contratos a la aceptación de otras partes de obligaciones suplementarias que, por su naturaleza o según el uso comercial, no tienen conexión con el sujeto de esos contratos.

Todos los acuerdos o decisiones prohibidos de conformidad con esta ley serán automáticamente anulados.

Comentario

La mayoría de los sistemas políticos se apoyan en algún grado en los mercados para satisfacer al menos parte de las necesidades económicas de su población. Algunos sistemas subrayan la libertad económica y un mínimo de controles, otros desconfían profundamente de los mercados, los controlan y restringen sus operaciones al menor número posible de sectores, y la mayoría adopta una posición intermedia entre estos extremos. Sin embargo, apoyarse en la competencia significa combatir las prácticas anticompetitivas que impiden el movimiento eficaz de los mercados libres --prácticas como fijación de precios, reparto de los mercados, acuerdos para no competir y el mal uso del poder monopólico. Cuanto mayor es la dependencia de los mercados, mayor es la necesidad de asegurar que funcionen como debieran. Esto es tan importante como difícil.

El Grupo *Crucible*, cuyos miembros tienen una amplia gama de opiniones sobre el valor y la eficacia de los mercados, sostiene de todos modos la posición de que la actividad anticompetitiva puede dañar la prosperidad de las naciones más ricas y el desarrollo de las más pobres, y también puede amenazar la diversidad biológica y el medio ambiente.

Sin embargo, de esto no se desprende que las actividades anticompetitivas deban ser tratadas específicamente en un proyecto legislativo para la protección de invenciones biológicas. Podría argumentarse que el tema es demasiado importante para esto. Ciertamente su complejidad es tal que el Grupo *Crucible* no puede brindar una serie exhaustiva de opciones. Por consiguiente, la Opción 0 propone que no haya disposición al respecto y asume que la cuestión será tratada en leyes separadas. La Opción 1 se da a modo de ejemplo del tipo de disposición que podría incluirse en una legislación de protección de invenciones biotecnológicas.

Recomendación

El Grupo *Crucible* recomienda a los países introducir y garantizar el cumplimiento de leyes antimonopólicas para asegurar prácticas competitivas justas en la industria de semillas. Arreglos similares son necesarios en el ámbito internacional para complementar la legislación nacional.

Cuarta Parte: Cuestiones administrativas y de procedimiento

Artículo 28: Personas facultadas para presentar solicitudes

Opción 1

Una solicitud de patente puede ser presentada por una persona natural o legal o por cualquier organismo equivalente a una persona legal en virtud de la ley que lo regula.

Opción 2

Una solicitud de patente puede ser presentada por:

Elemento 1

un ciudadano de este país

Elemento 2

un extranjero que tenga residencia [o una oficina registrada] [o un establecimiento] en este país

Elemento 3

un representante con residencia local debidamente autorizado para actuar en nombre de un extranjero

Comentario

Este artículo brinda opciones sobre quiénes pueden solicitar patentes.

Artículo 29: Correctivos

Comentario

Los derechos presentados en este conjunto de opciones legislativas crean una base legal para posibles acciones civiles y/o procesos penales por el uso no autorizado de la innovación protegida. Los correctivos contra partes encontradas culpables de esas acciones podrían ser variados e incluir

prohibiciones de compensaciones, multas, períodos a prueba y en prisión. Algún tipo de apelación o revisión judicial tendría que estar disponible para las decisiones de la primera instancia. El Grupo *Crucible* optó por no profundizar en el análisis de posibles 'causas' de acción, delitos penales, correctivos y castigos relativos a las opciones presentadas en las partes anteriores.

Artículo 30: Autoridad competente

Opción 1

La oficina nacional de patentes será responsable de la concesión de derechos bajo esta Ley.

Quinta Parte: Relación con otras leyes

Artículo 31: Relación con leyes de protección de variedades vegetales

Opción 0

Ninguna disposición

Opción 1

Las excepciones previstas en el Artículo 23 se aplicarán con independencia de cualesquiera derechos de patentes que restrinjan el uso de material de variedades vegetales o sus partes.

Comentario

Una discusión más detallada de este tema puede encontrarse en 'La relación entre derechos de patente y otros derechos (p.ej., protección de variedades vegetales)', en el Apéndice.

Apéndice

Antecedentes en materia de opciones legislativas

Contenidos

- 1 Una introducción a las leyes de acceso y su relación con las leyes de propiedad intelectual
- 2 La relación entre derechos de patente y otros derechos (p.ej., protección de variedades vegetales)
- 3 Consentimiento informado previo (CIP) y la excepción de los mejoradores

1. Una introducción a las leyes de acceso y su relación con las leyes de propiedad intelectual

¿Qué son leyes 'de acceso' y cómo se relacionan con las protecciones de propiedad intelectual de recursos genéticos y de conocimiento indígena y local?

A. ¿Qué es una ley de acceso?

Los recursos genéticos son de dominio público o están sujetos a alguna forma de control. Si son de dominio público, cualquiera puede recolectarlos y utilizarlos. Si están sometidos a alguna forma de control exclusivo o restrictivo, las partes que buscan usarlos deberán obtener el permiso de las partes que los controlan. Las leyes de acceso surgen en este último escenario, donde alguien tiene o ejerce el derecho de control.

Tal como se indica en el párrafo anterior, dos pasos legales distintos conforman el cumplimiento de una ley 'de acceso'. En primer lugar, debe haber una base legal por la cual una parte puede negar a otra el acceso al recurso en cuestión, sea un recurso tangible, como una planta, o intangible, como conocimiento relativo al uso de la planta. En segundo lugar, opcionalmente, puede haber reglas sobre: (a) procedimientos que las partes que buscan y suministran los recursos deben seguir durante la negociación de acuerdos de acceso, y (b) condiciones mínimas a ser incluidas en esos acuerdos. Por ejemplo, estas reglas podrían crear el requisito de procedimiento según el cual partes que aspiran al acceso publiquen un comunicado informando de su solicitud. O podrían incluir una condición mínima para que la parte recolectora haga un depósito de las muestras recolectadas en un sitio del gobierno nacional.

Estas reglas pueden aplicarse a acuerdos bilaterales y multilaterales. Por ejemplo, en el contexto de la creación de un sistema multilateral de intercambio, las partes podrían acordar mutuamente renunciar a su derecho a decir 'no' a propuestas de recolección de recursos protegidos. Ésta es la naturaleza del Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para

la Alimentación y la Agricultura. En este caso, las partes que firmen el acuerdo de acceso multilateral aceptarán suspender su derecho a decir 'no' a solicitudes de una lista cerrada de especies vegetales.

El segundo conjunto de normas sobre procedimientos y términos mínimos no sería posible sin la preexistencia de la capacidad de las partes para negar la recolección del recurso en primera instancia. Las partes no podrían estar en la posición de negociar y posiblemente aceptar acuerdos bilaterales o multilaterales sin tener primero la capacidad de impedir las recolecciones propuestas.

A.1 Derechos primarios de control

La base legal del derecho primario a decir 'no' está enraizada en distintas leyes de propiedad y en la soberanía nacional. Brindamos a continuación descripciones de estos mecanismos.

- 1 La legislación de propiedad real otorga a la parte suministradora el derecho de negar a otros el acceso cuando el recurso deseado está físicamente ubicado en la propiedad real del suministrador. La ley de propiedad real no requiere la propiedad efectiva de la tierra, sino sólo un derecho reconocido de acceso físico a la tierra. Es el derecho a prohibir el ingreso a la tierra, arraigado en la ley de propiedad real, el que otorga al titular de los derechos de propiedad real la capacidad de negar el acceso. *Mi capacidad de mantenerte fuera de mi propiedad es la base de tu necesidad de hacer un acuerdo conmigo si quieres acceder a un recurso situado en mi tierra. Si puedes ubicar el recurso en otro lugar, no necesitas llegar a un acuerdo conmigo.*
- 2 La legislación de propiedad otorga a la parte suministradora el derecho de negar a otros el acceso cuando el recurso deseado está físicamente ubicado en la propiedad personal del suministrador. De esta forma, la propiedad opera igual que la propiedad real como base para impedir acceso al recurso. La propiedad personal de un recurso puede utilizarse para impedir que otros lo tomen, esté o no en mi tierra. *Mi capacidad de impedir que utilices mi propiedad es la base de tu necesidad de obtener mi permiso para usarla, y de acercarte a mí en términos que esperas me resulten aceptables. Una vez más, si puedes encontrar el recurso en algún otro lado, no necesitas llegar a un acuerdo conmigo.*
- 3 La legislación de propiedad intelectual otorga el derecho de negar a otros el acceso a un recurso cuando el recurso es la materialización de la propiedad intangible protegida. La propiedad intelectual de un recurso puede usarse para negar a otros el uso del recurso, esté o no sobre o en la propiedad real o personal de alguien. A veces, los límites entre estos distintos tipos de legislación pueden borrarse porque es posible afirmar que la propiedad intelectual de alguien forma parte de su propiedad personal. Esto no tiene gran importancia aquí. Lo más importante es el principio de que los derechos de propiedad intelectual del recurso brindan el derecho a negar a otros el acceso al recurso en más situaciones que las

habilitadas por la legislación de propiedad real y personal. Éste es, por supuesto, el motivo subyacente a la creación de leyes de propiedad intelectual *sui generis* del conocimiento indígena y local.

- 4 Los países soberanos tienen el derecho de prohibir a terceras partes el acceso a recursos tangibles ubicados en sus territorios. Aunque la soberanía no se reduce a una mera afirmación de derechos de propiedad, al menos por analogía, la soberanía nacional otorga un derecho de control de recursos nacionales equivalente a un derecho de propiedad real y a un derecho de propiedad personal (siempre que el recurso provenga originalmente del país en cuestión). En función de su soberanía, un gobierno nacional tiene el derecho de prohibir la entrada a su territorio y a regular los términos bajo los cuales partes extranjeras pueden recolectar recursos genéticos dentro del país, de modo que el gobierno podría exigir, por ejemplo, que los recolectores obtengan permiso de comunidades locales suministradoras de los recursos deseados. El requisito de que la comunidad se involucre en el proceso general de concesión del consentimiento es una función del derecho soberano de un país a controlar el recurso.

Ninguna de estas cuatro bases de control depende de lo que llamamos ley de acceso; existían mucho antes de la creación de las llamadas leyes de acceso. Un gobierno nacional podría aprobar un conjunto de leyes que, en forma simultánea, creara tanto derechos de control sobre recursos tangibles o conocimiento relacionado como reglas de procedimiento para negociar la recolección y el suministro de esos recursos o conocimiento. Vale la pena señalar, sin embargo, que las leyes de acceso existentes, hasta donde sabemos, no incluyen la creación de esos derechos de control. En cambio, se limitan a la segunda etapa de creación de normas y regulación. Por ejemplo, la Orden Ejecutiva No. 247 de Filipinas no crea en el estado derechos de control sobre sus recursos genéticos. Tampoco crea derechos novedosos de control en las poblaciones locales. En cambio, se limita a la creación de reglas de procedimiento que los solicitantes deben respetar al pedir el acceso y de términos sustantivos mínimos que deben ser incluidos en esos acuerdos.

A.2 Regulación secundaria para la negociación del suministro y la recolección de recursos sujetos a derechos primarios de control

Cuando ya existen derechos primarios de control, las personas que buscan usar el recurso controlado deben acercarse a la parte que tiene el control para pedir permiso para usarlo. Si se logra un acuerdo, la parte que posee el control suministrará el recurso sobre la base de términos mutuamente acordados. Estos son acuerdos de naturaleza contractual, es decir, que representan un acuerdo entre ambas partes sobre la forma en que se comportarán. Son acuerdos en que ambas partes han dado su CIP a los términos o condiciones sobre cuya resolución tienen autoridad. En el contexto de recursos protegidos por leyes de propiedad intelectual, el acuerdo es de naturaleza contractual, pero se le llama 'licencia'. En principio, las partes que

buscan usar conocimiento indígena y local protegido por leyes *sui generis* de propiedad intelectual también tendrían que obtener una licencia de los 'propietarios' de ese conocimiento, para poder usarlo. Este tipo de acuerdos, y la necesidad de negociar términos acordados con los propietarios de los recursos, existían mucho tiempo antes de que se comenzara a hablar de 'leyes de acceso'. El principio del CIP es esencial en todas las leyes contractuales. No es una creación del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB) ni de legislaciones nacionales de acceso. Si todos los involucrados estuvieran satisfechos con la forma en que discurren esos acuerdos, no sería necesario hacer nada nuevo. Pero por ahora se sigue escuchando una y otra vez que, libradas a sí mismas, las partes que buscan acceso no regulado y las que brindan ese acceso, no están alcanzando tratos satisfactorios. El segundo paso en la creación de una ley de acceso consiste en regular los medios por los que se alcanzan estos acuerdos y en establecer términos mínimos que deben ser incluidos en esos acuerdos.

Es posible crear, por ley, procedimientos adicionales que las partes de esos acuerdos deben cumplir para poder cerrar el acuerdo. Por ejemplo, es posible exigir que la parte aspirante a recolectar plantas ubicadas en tierras indígenas obtenga el consentimiento escrito de la comunidad indígena involucrada, mediante un formulario preparado en la lengua de esa comunidad. Del mismo modo, y también por prescripción de la ley, la parte recolectora podría tener que presentarse en una audiencia pública para responder a preguntas sobre el propósito de sus actividades de recolección.

De modo similar, es posible, mediante la ley, imponer condiciones mínimas a ser incluidas en los contratos mutuamente acordados para el suministro y la recolección de los recursos genéticos. Por ejemplo, la parte recolectora podría tener que cumplir el requisito de compartir un porcentaje de las ganancias que obtendrá en el futuro con la investigación y el desarrollo de los recursos recolectados. O podría exigirse que la parte recolectora incluyera expertos locales en su tarea de recolección. En ambas instancias --las disposiciones de procedimiento y las basadas en el contenido-- el CIP de la parte suministradora no tendrá un efecto legalmente obligatorio si no se cumplen los términos. Estas reglas no crean el principio del CIP, simplemente regulan las condiciones bajo las cuales el CIP puede obtenerse de modo significativo.

Estas normas relativas a la conducta de las partes en general constituyen lo que se denomina leyes 'de acceso'. Como se dijo más arriba, la mayoría de las leyes de acceso no incluyen componentes cuando crean derechos de propiedad (o soberanos) fundamentales sobre los recursos. Podrían hacerlo, pero en general no lo hacen.

En el contexto internacional y bilateral, las leyes de acceso son acuerdos regionales en que los estados miembros de la región acuerdan armonizar leyes nacionales de acceso como las descritas aquí. La Decisión No. 391 del Pacto Andino es un ejemplo de este tipo de acuerdos regionales internacionales de base bilateral.

En el contexto multilateral, las leyes de acceso son acuerdos internacionales en que los estados miembros crean un sistema de intercambio, más o menos encadenado, de recursos genéticos ubicados en sus territorios, sujetos a un conjunto (mínimo) de condiciones reguladas. El Compromiso Internacional sobre RFAA es un ejemplo de este tipo de acuerdos.

La mayoría de las personas alegan que las disposiciones del CDB sobre soberanía nacional, acceso, reparto de beneficios y transferencias de tecnología, colaboran con la estandarización de los intercambios bilaterales. De este modo, el CDB se asemeja a la Decisión No. 391, pero difiere en que es global en su aplicación y mucho más general. Otros arguyen, sin embargo, que es posible interpretar el CDB como una forma de estimular acuerdos multilaterales como el que se negocia en el Compromiso Internacional sobre RFAA.

B. Protecciones *sui generis* de conocimiento indígena y local y su relación con las leyes de acceso.

Como establece la Parte A, la capacidad de las partes para recolectar y/o utilizar recursos protegidos por regulaciones de propiedad intelectual está limitada en virtud de los derechos de control adjudicados a los poseedores de esa propiedad intelectual. Las partes que pretenden utilizar propiedad intelectual protegida deben obtener el CIP de los titulares de la propiedad intelectual antes de poder usarla. Las protecciones de propiedad intelectual *sui generis* de conocimiento indígena y local no son una excepción. Si estas leyes protegen el conocimiento indígena y local otorgando a una comunidad en particular derechos de uso exclusivo del conocimiento protegido, las partes que busquen usar ese conocimiento deberán pedir el permiso a la comunidad. Al promulgar estas leyes, el gobierno ha delimitado el conocimiento indígena y local protegido, lo ha separado del dominio público y ha restringido la capacidad de otras partes de recolectarlo y usarlo. Al hacerlo, satisfizo el primer prerrequisito legal para la creación de una ley nacional 'de acceso'.

Una vez que este derecho de control ha sido establecido, los legisladores pueden optar entre dejar que las partes interesadas en usar el conocimiento protegido y los tenedores de ese conocimiento se acerquen y negocien por sus propios medios del modo que prefieran o crear reglas para regular la forma en que las partes deben tratarse e insistir sobre términos mínimos a ser respetados en sus acuerdos.

Todos los países de los que tenemos conocimiento adoptan este último y menos regulado enfoque en sus esquemas de protección de patentes, derechos de autor, diseño y variedades vegetales. Por ejemplo, una vez establecidos los derechos de control de la propiedad intelectual de una variedad de planta, queda a las partes negociar, si lo desean, los términos de acceso, suministro y uso de la variedad de planta protegida.

Pero los legisladores podrían ser menos liberales con relación al conocimiento indígena y local protegido por las leyes *sui generis* de propiedad intelectual. Por ejemplo, un gobierno podría querer aplicar reglas adicionales sobre la forma en que las partes negocian acuerdos (o licencias) para usar conocimiento indígena y local protegido. Estos requisitos podrían incluir garantías de procedimiento diseñadas para proteger de la explotación a las comunidades indígenas y locales, así como el requisito que pide la traducción del permiso a la lengua local, su consideración en una audiencia pública o la revisión por los gobiernos nacionales, etc. También podrían incluir términos mínimos de acuerdo diseñados para proteger los intereses de las comunidades (como el reparto obligatorio de cierto porcentaje de ganancias derivadas de la comercialización directa). Las leyes que incluyen este tipo de reglas se superpondrían al segundo nivel (optativo) de regulación del acceso. (Nota: en el Tema 2, Sección 3, el Grupo *Crucible* incluye esas opciones. La Quinta Parte, Artículo 19, ofrece opciones para reglas secundarias (opcionales) para regular las relaciones contractuales que surgen de los derechos *sui generis* de propiedad intelectual fundamentales establecidos de la Primera a la Cuarta Parte).

Por otro lado, los gobiernos podrían simplemente optar por establecer el derecho de control de su conocimiento y dejar a las comunidades la negociación de los términos que ellas consideren apropiados. En todo caso, es importante mantener separados los posibles niveles de desarrollo de las protecciones *sui generis* de propiedad intelectual del conocimiento indígena y local. La legislación de acceso podría incluir a la vez la creación de derechos primarios de control y reglas secundarias (opcionales) sobre las relaciones contractuales entre las partes. De modo similar, las protecciones *sui generis* del conocimiento indígena y local (o de variedades de los agricultores, para ese fin) podrían incluir no sólo la creación de derechos primarios de control, sino también requisitos secundarios de procedimiento y términos mínimos sobre las relaciones contractuales. Se incluyan o no ambos niveles en una única ley, es importante recordar que, al menos conceptualmente, son distintos.

2. La relación entre derechos de patente y otros derechos (p.ej., protección de variedades vegetales)

Pueden plantearse problemas de interacción cuando: (1) un estado decide otorgar protección para variedades vegetales mediante una combinación de patentes y de un sistema *sui generis* ('doble protección'), y (2) distintas formas de propiedad intelectual afectan el uso de una y la misma variedad vegetal ('protección superpuesta').

A. Doble protección

El Artículo 27.3(b) de los ADPIC permite la protección de variedades vegetales mediante patentes, derechos *sui generis* y "una combinación de

ambos". La Convención UPOV de 1978 permite la protección de nuevas variedades vegetales mediante un "título especial de protección" o una patente. Ambas formas de protección no deben, sin embargo, aplicarse a uno y el mismo género o especie botánica³⁴. La Convención UPOV de 1991 no contiene esta prohibición de la doble protección y sólo exige que los estados adheridos protejan todos los géneros y especies de plantas en armonía con las disposiciones de esa Convención.

Un motivo lógico que sustentó la prohibición de la doble protección consistió en que pueden plantearse problemas cuando se otorgan patentes y Derechos de los Fitomejoradores a variedades de uno y el mismo género o especie. Si algunas variedades son patentadas mientras otras son protegidas por los Derechos de los Fitomejoradores, los agricultores y mejoradores podrían enfrentar una situación confusa: las variedades protegidas por los Derechos de los Fitomejoradores podrían ser usadas libremente para fines de mejora y nueva siembra, mientras el uso de las variedades patentadas con esos fines requeriría la autorización del titular de la patente. Los países que consideran que estos problemas son serios podrían optar por evitarlos excluyendo las variedades vegetales de la protección de patentes y creando un sistema *sui generis* para la protección de las variedades vegetales. Este enfoque coincidiría con los ADPIC y con UPOV 1991.

B. Protección superpuesta

La legislación de patentes y de protección de variedades son dos formas independientes de protección de la propiedad intelectual. Aunque tienen principios comunes, están sujetas a distintas normas con relación al material protegido y a los requisitos y efectos de la protección. En el pasado, cuando la mejora comercial de plantas estaba básicamente en las manos de los fitomejoradores, ambas formas de protección de la propiedad intelectual coexistían sin asperezas. Pero la tecnología moderna ha permitido que sectores económicos externos a la industria de mejora hagan innovaciones relevantes para la mejora de variedades vegetales. Si los gobiernos deciden otorgar patentes a esas innovaciones biotecnológicas, puede plantearse el interrogante de cuáles de esas patentes afectarán el ejercicio de posibles privilegios (excepciones de los mejoradores y los agricultores) previstos por la protección de variedades vegetales.

Posibles superposiciones de distintas formas de protección quedan demostradas en el siguiente ejemplo:

Un gen patentado es insertado en una planta protegida por un derecho de mejoradores del tipo de UPOV. ¿Puede la planta ser usada libremente bajo la excepción de los mejoradores como fuente inicial para la mejora de una nueva variedad o este uso infringiría la patente del gen insertado? Un interrogante más profundo es si los agricultores podrán volver a plantar semilla almacenada de esa variedad, como permite la excepción de los agricultores, o si la nueva siembra requerirá la autorización del titular de la patente.

Hay dos enfoques:

- 1 No existe un problema de interacción y no hay necesidad de elaborar disposiciones especiales.
- 2 El conflicto entre los derechos otorgados por las patentes y otros estatutos requiere disposiciones especiales de interacción.

Según el primer punto de vista, los derechos de propiedad intelectual otorgan *solamente el derecho a excluir*. Todo lo que no está explícitamente prohibido es permitido. Sin embargo, las acciones no prohibidas por un estatuto pueden estar prohibidas por otro. Cada sistema es independiente. Por ejemplo, mientras un libro puede no estar sujeto a derechos de patente como creación artística, su uso sí puede estar prohibido como violación de derechos de autor. Del mismo modo, la nueva siembra de semilla almacenada en un establecimiento agrícola puede estar permitida por los derechos de variedades vegetales, pero prohibida si la semilla contiene un gen patentado. Según este punto de vista, todo uso de la variedad vegetal con fines de mejora haría uso del gen patentado requiriendo, por lo tanto, la autorización del titular de la patente, al menos en la medida en que la nueva variedad contenga (y exprese) el gen patentado.

En el segundo punto de vista, las leyes de propiedad intelectual crean, por un lado, derechos para excluir, pero reconocen, por otro, ciertos derechos positivos que permanecen inmutables. De este modo, las leyes de protección de variedades vegetales pueden reconocer principios generales, materializados, por ejemplo, en el derecho de los agricultores a almacenar semilla (excepción de los agricultores) y en el derecho de los mejoradores a usar variedades protegidas como fuente inicial de mejora de nuevas variedades (excepción de los mejoradores). Si esto es así, estos derechos no deberían ser anulados por reclamos de patentes relativos a un gen o una característica específica de la variedad, o a un proceso por el cual fue transformada la célula de la planta a partir de la cual se generó la variedad. Para determinar bajo qué circunstancias deben anularse los derechos se necesitan disposiciones especiales de interacción.

Las ventajas declaradas del primer enfoque incluyen la simplicidad y el estímulo a la inversión mediante estrictos derechos de patente. Los derechos a realizar investigación y un uso privado no comercial aseguran el equilibrio y el nivel adecuado de libertad, alegan sus promotores. A favor del segundo enfoque se afirma que las condiciones especiales de los agricultores, en particular en los países en desarrollo, y la necesidad de asegurar el acceso continuo a germoplasma, justifican un enfoque especial de la legislación de propiedad intelectual con respecto a las innovaciones biotecnológicas.

Consecuencias

- 1 Para el primer enfoque no son necesarias disposiciones especiales de interacción. Sin embargo, debe haber excepciones generales apropiadas para la investigación y el uso privado aplicables a todos (no sólo a los

agricultores). Estas excepciones pueden otorgar a los agricultores de subsistencia la libertad de almacenar y volver a usar semillas con genes patentados, aunque no a vender sus cosechas comercialmente.

- 2 En el segundo enfoque se requiere una decisión sobre dónde colocar la interacción de modo de equilibrar eficazmente los derechos de los titulares de las patentes y de otras personas. Una forma de evitar algunos problemas de interacción es excluir de la protección de patentes a innovaciones que utilizan o se relacionan con material genético. Además, o alternativamente, los problemas de interacción pueden enfrentarse con reglas especiales sobre la terminación de los derechos de patente de material genético. Las opciones incluyen:
 - a) Excluir del registro de patentes las sustancias que se presentan en la naturaleza, incluyendo los materiales genéticos. Podría sostenerse que esas sustancias no constituyen una invención ni satisfacen el requisito de novedad, por lo que su exclusión sería --en forma discutible-- compatible con los ADPIC³⁵.
 - b) El derecho del titular de la patente termina cuando éste vende material de variedad que contiene un gen patentado. Cualquier uso subsiguiente del material o de cualquier cosa derivada de él (progenie) está libre de patente.
 - c) El derecho del titular de la patente termina por la venta de material de variedad con un gen patentado con respecto a ese material y su progenie inmediata (primera generación). La semilla se vende con el derecho implícito de reproducirla una vez. Sin embargo, nuevas reproducciones equivalen a manufactura no autorizada en competencia con el titular de la patente y no están permitidas.
 - d) La excepción de los agricultores, según está prevista en la legislación de protección de variedades, se aplica a todas las variedades vegetales (o a variedades especificadas), haya o no patentes relacionadas con la variedad o con partes de ella. Este enfoque se utiliza en la Directiva sobre la Protección Jurídica de las Invenciones Biotecnológicas de la Unión Europea.
 - e) El titular de la patente retiene los derechos de control de la reproducción de un gen patentado hasta que autoriza su uso en una variedad de planta comercial. A partir de ese momento, la excepción de los fitomejoradores tiene precedencia, de modo que nadie puede disponer de la variedad de planta comercial y utilizarla en mejoras.
 - f) El titular de la patente retiene el derecho de controlar el uso del gen patentado en una posterior mejora comercial, pero su derecho termina cuando el material que contiene el gen se vende a los agricultores. Los agricultores se benefician de un 'privilegio del agricultor' generalizado y no podrán ser enjuiciados por la reproducción o venta del material que contiene los genes patentados cuando éstas no se equiparan a la mejora comercial.

Puede pensarse en otras condiciones de interacción³⁶, pero éstas parecen ser las principales. Posiblemente las opciones (b), (e) y (f) puedan discutirse por no cumplir los requisitos de los ADPIC, en particular el Artículo 30, porque no otorgan al titular de la patente del gen los derechos que una patente acostumbra a otorgar.

Sin embargo, dado que en su conjunto las plantas, incluyendo variedades vegetales, pueden ser excluidas de la protección de patentes, podría alegarse: (1) que las partes de plantas también pueden ser excluidas del registro de patentes, y (2) que el derecho a excluir las plantas de la protección de patentes incluye el derecho a rechazar reclamos de patentes que finalmente se extenderían a las plantas --el derecho de asegurar a las plantas la inmunidad bajo la protección de patentes.

3. CIP y la excepción de los mejoradores

El acceso a las variedades vegetales, en particular a variedades locales y tradicionales, puede depender de la autorización de comunidades o naciones - estado, p.ej., mediante un procedimiento que involucre el CIP en el que pueden construirse mecanismos de reparto de beneficios. Por otro lado, la protección de variedades vegetales permite en general a los mejoradores utilizar variedades vegetales como fuente inicial de nuevas mejoras, bajo la excepción de los mejoradores. Pero puede plantearse el problema de que los actos autorizados bajo la protección de variedades vegetales queden restringidos por la legislación de acceso que puede incluir límites a nuevos usos hechos por terceras partes.

Se podría argumentar que las cuestiones relativas al acceso deberían mantenerse separadas de la protección de variedades vegetales. Esto significa que la excepción de los mejoradores puede seguir siendo enteramente válida en el sistema de protección de variedades vegetales. Por lo tanto, la legislación de acceso resolvería el asunto exclusivamente si los mejoradores necesitan el CIP para usar una variedad protegida o antes de comercializar una nueva variedad derivada de la variedad protegida. Este enfoque sugeriría no tratar en absoluto el CIP en la legislación de variedades vegetales o solamente crear un vínculo entre ambos, por ejemplo, haciendo del CIP un requisito para la protección de variedades vegetales.

Otra solución sería eximir ciertas especies (o variedades, o usos) de la necesidad de contar con el CIP.

Una línea de separación podría trazarse con una lista de especies (comparable a UPOV 1978) o con una lista de variedades. Las especies (variedades) están en la lista de protección de variedades vegetales y disponibles para nuevas mejoras, sin restricciones, o no figuran en esta lista y requieren acceso normal y procedimientos de CIP. Esta solución se adaptaría bien a un sistema multilateral de intercambio (MUSE, por su sigla en inglés), que podría basarse en una lista idéntica e internacionalmente acordada.

También parece posible hacer una excepción del procedimiento del CIP cuando se pretende un cierto uso (p.ej., mejora de plantas). Sin embargo, esto sería muy difícil de controlar en la práctica.

Cuando dos principios no están separados, i.e., cuando existe la necesidad de autorización para nuevos usos según la legislación de acceso y, a la vez, un sistema de protección de variedades vegetales con una clara excepción de los mejoradores, esta excepción podría ser al menos parcialmente salvada haciendo de la necesidad de obtener autorización una excepción limitada en el tiempo del privilegio de los mejoradores.

Mientras que la solución discutida en 2.A (separación según especies) se adecuaría mejor a un sistema multilateral de intercambio abierto de recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, también podrían usarse las excepciones de tiempo limitado del privilegio de los mejoradores, como se lo discute en la Tercera Parte, para proteger a las 'variedades comunitarias' de ser incorporadas a programas de mejora comercial sin el consentimiento de la comunidad hasta que haya transcurrido cierto plazo.

Abreviaturas

ADPIC	Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, suele usarse la sigla en inglés: TRIPs
CAET	Centro Africano de Estudios Tecnológicos (ACTS - African Centre for Technology Studies)
CCD	Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación (corresponde al inglés: Convention to Combat Desertification)
CDB	Convenio sobre Diversidad Biológica
CI sobre RFAA	Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura
CIID/IDRC	Centro Internacional de Investigación para el Desarrollo/International Development Research Centre
CIP	consentimiento informado previo
CNUMAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo
CO	certificado de origen
COP-CDB	Cuarta Conferencia de las Partes del Convenio sobre Diversidad Biológica (por su sigla en inglés: Conference of Parties)
CRGAA	Comisión de Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura
DHF	Fundación Dag Hammarskjöld (en inglés, Dag Hammarskjöld Foundation)
ECOSOC	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (en inglés, Economic and Social Council)
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (por su sigla en inglés: Food and Agriculture Organization)
FAO-COC	Código de Conducta para la Recolección y Transferencia de Germoplasma Vegetal de la FAO (del inglés, Code of Conduct)
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (corresponde al inglés: General Agreement on Tariffs and Trade)
GBS	Sociedad Bio-Recolectora Global (por su sigla del inglés: Global Bio-Collecting Society)
GCIAI	Grupo Consultivo de Investigación Agrícola Internacional, conocido también por su sigla en inglés: CGIAR
ICESR	Convención Internacional sobre Derechos Sociales y Culturales (en inglés International Convention on Social and Cultural Rights)

IPGRI	Instituto Internacional de Recursos Fitogenéticos (corresponde al inglés: International Plant Genetic Resources Institute, antes IBPGR)
OIT 169	Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes
OMC	Organización Mundial de Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
OUA	Organización de la Unidad Africana
RFAA	recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura
RTM	Red del Tercer Mundo
UPOV	Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales
VCU	valor de cultivo y uso

Notas

Tema 1, Sección 1, pp 3-4

1. Los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura (RFAA) han sido ampliamente intercambiados durante milenios, creando una situación en la que las regiones y países del mundo son altamente interdependientes en el acceso a la diversidad genética, que asegura la continuidad y la viabilidad de importantes cultivos para la alimentación. En reconocimiento de este libre flujo de material genético que constituye la base de la seguridad alimentaria mundial, se está creando un sistema multilateral para el acceso y el reparto de los beneficios, como piedra angular del CI de los RFAA. Actualmente en la FAO se negocia un acuerdo internacional a través de su Comisión de Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura (CGRFA, su sigla en inglés).
2. Véase el Tema 3, Sección 2, Artículos 12 y 13 y el Tema 3, Sección 3, Artículo 19.
3. Véase el Apéndice, 'Introducción a las leyes de acceso y su relación con las leyes de propiedad intelectual'.

Tema 1, Sección 2, pp 7-32

4. Véase, por ejemplo, El Programa Europeo Cooperativo sobre Redes de Recursos Genéticos para el Cultivo (ECP/GR), la Red de Recursos Fitogenéticos de Asia Occidental y África del Norte (WAWANET), el Centro de Recursos Fitogenéticos de la Comunidad para el Desarrollo de África del Sur (SPGRC), el Comité Regional para el Sudeste Asiático (RECSEA), la Red de Centros de Recursos Fitogenéticos de Australia y Nueva Zelandia (ANZNPGRG), la Red Amazónica de Recursos Fitogenéticos (TROPIGEN), la Red Andina de Recursos Fitogenéticos (REDARFIT), la Red Centroamericana de Recursos Fitogenéticos (REMERTFI), el Programa Cooperativo para el Desarrollo Tecnológico Agropecuario del Cono Sur (PROCISUR).
5. Véase *Siembra de Soluciones*, Tomo 1, (págs. 9-10), que presenta una discusión general sobre la reducción de diferentes tipos de diversidad biológica.
6. Compárense los Artículos 11 a 14 del Proyecto del Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos, que incorpora los Elementos del Presidente (CGRFA/CG-4/00/2).
7. Orden ejecutiva No. 247 del 18 de mayo de 1995, 'De prescripción de pautas y creación de un marco regulador para la prospección de recursos biológicos y genéticos, sus productos derivados con fines científicos y comerciales y otros fines'.

Tema 2, Sección 1, pp 35-42

8. Véase *Siembra de Soluciones*, Tomo 1, (págs. 10-12).

Tema 2, Sección 2, pp 45–58

9. Véase en *Siembra de Soluciones*, Tomo 1, (págs. 9-10) una discusión general sobre la reducción de la diversidad biológica.
10. Véase el debate en *Siembra de Soluciones*, Tomo 1, (págs. 10-12) sobre los indicadores del acelerado ritmo de desaparición de culturas, lenguas y biodiversidad indígenas.
11. Las leyes de muchos países clasifican la propiedad intelectual como un tipo de propiedad personal; por lo tanto, resulta un tanto impreciso colocar la propiedad intelectual y la propiedad personal en títulos separados.
12. Véase, por ejemplo, 'Research principles for community-controlled research with the Inuit Taparistat of Canada', desarrollados por los Inuit Taparistat de Canadá, y 'Guidelines for conduct of participatory community research to document traditional ecological knowledge for the purpose of environmental assessment and environmental management', Dene Cultural Institute [Grenier, L. 1998. *Working with indigenous knowledge: a guide for researchers*. IDRC, Ottawa. Apéndice 1, págs. 87-97].
13. El término 'arte previo' se utiliza en las leyes de patentes para describir invenciones o novedades que ya existen, pero son divulgadas al público de modo estipulado por la ley. En las leyes de protección intelectual que incluyen la novedad como condición para la protección, la existencia de arte previo significa que nadie puede obtener la protección de la propiedad intelectual en conformidad con esa ley por algo idéntico a ese arte previo. La novedad se utiliza en la protección de variedades vegetales y en las leyes de patentes. Véanse Tema 3, Sección 2, Artículo 8, y Tema 3, Sección 3, Artículo 16, que presentan detalles sobre el significado de estos términos en el contexto de esas leyes. También puede ser incluida como condición para la protección en una ley *sui generis* de propiedad intelectual para la protección del conocimiento indígena y local. Véase Tema 2, Sección 3, Artículo 10, que discute la forma en que la novedad podría (o posiblemente no debería) ser incluida en ese tipo de leyes.
14. Drahos, P. 2000 'Indigenous knowledge, intellectual property and biopiracy: is a global bio-collecting society the answer?' EIPR, págs. 245-9.
15. *Siembra de Soluciones*, Tomo 1 (pág. 95).

Tema 2, Sección 3, pp 61–127

16. *New Shorter Oxford English Dictionary* [CD-ROM]. 1997. Oxford University Press, Oxford, UK.
17. Véase Tema 3, Sección 2, Artículos 12 y 13 y Tema 3, Sección 3, Artículo 19.
18. El tratado OIT 169 establece que "El presente Convenio se aplica: (...) Artículo 1(b) a los pueblos en países independientes considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas."

El único tratado internacional que presenta una guía sobre el significado de la palabra 'local' es el Convenio 169 de la OIT. Brinda la siguiente definición de 'tribal', que puede o no contener elementos que los gobiernos quisieran incluir en una definición de 'local' en sus propias leyes. El Artículo 1(a) del Convenio 169 OIT define a los pueblos tribales como aquéllos "cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial." El Artículo 1(2) estipula que "la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio."

Los párrafos 379 y 380 del estudio Cobo afirman:

los pueblos indígenas se consideran a sí mismos distintos de otros sectores de las sociedades que ahora predominan en esos territorios. En el presente forman sectores no dominantes de la sociedad y están decididos a preservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica, como la base de la continuidad de su existencia como pueblos, de acuerdo a sus propios temas culturales, instituciones sociales y sistemas legales. Esta continuidad histórica puede consistir en el mantenimiento, durante un período extendido hasta el presente, de uno o más de los siguientes factores:

- a) ocupación de tierras ancestrales, o parte de ellas;
- b) ancestros comunes compartidos con los ocupantes originales de esos territorios;
- c) cultura;
- d) lengua;
- e) residencia en ciertas partes del país o el mundo;
- f) otros factores relevantes.

El principio de autoidentificación también está incluido en el informe Cobo.

El Artículo 1 de la Declaración Interamericana de los Derechos de los Pueblos Indígenas estipula:

1. En esta Declaración los pueblos indígenas son aquéllos que representan la continuidad histórica junto con las sociedades que existieron antes de la conquista y asentamiento de los europeos en sus territorios. (Alternativa 1) [así como pueblos llevados involuntariamente al Nuevo Mundo que se liberaron y reestablecieron las culturas de las que habían sido arrancados]. (Alternativa 2) [así como a pueblos tribales cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otras secciones de la comunidad nacional y cuyo estatuto jurídico es regulado en todo o en parte por sus propias costumbres o tradiciones o por regulaciones o leyes especiales].
2. La autoidentificación como indígenas o tribales deberá considerarse como criterio fundamental para determinar los pueblos a los que se aplican las disposiciones de la presente Declaración...

El Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas evita deliberadamente incluir una definición de 'indígena'. Los delegados indígenas a las negociaciones del Proyecto de Declaración lucharon firmemente contra la introducción de esa definición, por temor a que fuera utilizada para excluir a pueblos que deberían ser reconocidos como indígenas en distintos países y para restringir su autodeterminación [Tauli-Corpuz, V. 1998 Dec. 'Indigenous peoples' lobbying and advocacy in the international arena'. *Indigenous Perspectives* 1(1):30-35]. Pero la autoidentificación indígena es incluida como un componente clave para determinar quién es 'indígena' en conformidad con el Proyecto de Declaración. El Artículo 8 del Proyecto de Declaración establece que "Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo e individual a mantener y desarrollar sus propias características e identidades, incluido el derecho a identificarse a sí mismos como indígenas y a ser reconocidos como tales."

19. En general, el conocimiento tradicional no tiene 'fecha de invención', ya que, típicamente, se genera a la vez que aumenta. Esto deja sin sentido la discusión sobre lo que sería obvio en una fecha determinada.
20. *oster v. Mountford & Rigby*, 14 ALR 71 (1976).
21. Ley Canadiense de Patentes, Sección 2. (Idéntica a la definición de 'invención' de la Ley de Patentes de Estados Unidos).

Tema 3, Sección 2, pp 140–190

22. Para este cálculo partimos de la Ley de Patentes de Plantas de Estados Unidos (1930), diseñada primariamente para crear protección de propiedad intelectual para plantas floridas ornamentales.
23. ¿Qué es el ADN 'humano'? ¿Es sólo ADN obtenido de un ser humano mediante clonación y multiplicación, o incluye ADN con la misma secuencia de bases, pero obtenido de otras fuentes, o sintetizado *in vitro*? Es posible que el último sea físicamente idéntico al anterior. Las secuencias cortas de ADN en un organismo son como palabras en un libro, en el que muy pocas serán únicas para el organismo (o libro). De hecho, los organismos se parecen entre sí tanto como los libros, porque los organismos evolucionan a partir de organismos anteriores, como las ediciones sucesivas de un libro. Una cadena larga de ADN puede encontrarse en una variedad de organismos, o puede ser característica del (sólo encontrada en un) organismo particular, como una cita puede ser única en un libro en particular. Aunque sea característica, puede no ser importante. Un organismo, y en especial el organismo humano, es más que la suma de sus partes.
24. UPOV TG-ROM 2000 Test Guidelines (Directrices de Examen) en <<http://www.upov.int/tg-rom/start.htm>>.
25. Una excepción es la vieja Ley de patentes de la ex Unión Soviética, que fue un fracaso total.
26. La lógica de la protección de los Derechos de los Agricultores figura en la Resolución 5/89 de la FAO como "los derechos que provienen de la contribución pasada, presente y futura de los agricultores a la conservación,

mejora y disponibilidad de los recursos fitogenéticos, particularmente de los centros de origen/diversidad". La Resolución 3/91 agrega que "los derechos de los agricultores se aplicarán por medio de un fondo internacional para recursos fitogenéticos que apoyará de forma específica pero no exclusiva, los programas de conservación y utilización en los países en desarrollo". Esta norma fue adoptada por la Conferencia de la FAO (175 países) en 1991.

El Artículo 15 del Compromiso Internacional sobre el Plan Mundial de Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (PGRFA) define los Derechos de los Agricultores de la siguiente manera:

- 15.2 Las Partes acuerdan que la responsabilidad de cumplir con los Derechos de los Agricultores, en cuanto se relacionan a Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura reposa en los gobiernos nacionales. Cada parte debe, de acuerdo con sus necesidades y prioridades, de modo apropiado y de conformidad con su legislación nacional, tomar medidas para proteger y promover los Derechos de los Agricultores, incluyendo:
 - a) protección del conocimiento tradicional relacionado con recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura;
 - b) el derecho a participar equitativamente en el reparto de beneficios que surge de la utilización de recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura;
 - c) el derecho a participar en la toma de decisiones, en ámbito nacional, sobre asuntos relacionados con la conservación y el uso sustentable de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura.
 - 15.3 Nada en este Artículo debe ser interpretado como un límite a los derechos de los agricultores a almacenar, usar, intercambiar y vender semillas/material de diseminación almacenado en sus establecimientos, sujetos a la legislación nacional y de modo apropiado.
27. 513 US 179 (1995).
 28. Rappert, B. 1995. The US extension of plant variety protection: a critical evaluation. (La extensión de la protección de variedades vegetales de Estados Unidos: una evaluación crítica.) *Science and Public Policy* (22)2:95-105.

Tema 3, Sección 3, pp 194–238

29. ¿Qué son "comunidades indígenas y locales"? ¿Qué distingue sus estilos de vida tradicionales que sea especialmente relevante para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica? Una gama de respuestas a estas preguntas se discute en el Tema 2, Sección 3 de este tomo, especialmente en la Segunda Parte.
30. 51 Cal. 3d. 120, 793 P.2d 479, 271 Cal. Rptr. 146 (9 de julio de 1990).
31. Decisión G01/98.
32. *Windsurfing International Inc. v. Trilantic Corp* (1985), 7 CIPR 281 (Fed CA).

33. *Visx Inc. v. Nidek Co. Ltd* (1995), 68 CPR (3d) 272 (Fed Ct).

Apéndice, pp 240–250

34. A menos que esa fuera la práctica en un Estado antes del 31 de octubre de 1979 y ese estado desee continuar con su práctica después de convertirse en miembro de UPOV.
35. Sin embargo, esto no favorecerá solicitudes de secuencias de ADN que *no* ocurren en la naturaleza, por ejemplo de un gen vegetal específico bajo control de un promotor viral específico. Encontrar formas permitidas de solicitud (quizás un poco más estrictas que las actualmente garantizadas) no sería un reto demasiado grande para las legislaciones de patentes.
36. Por ejemplo, se ha sugerido que el derecho a controlar el uso del gen patentado en la mejora podría terminar cuando el gen ha sido insertado, por ejemplo, en cinco variedades. Pero esto no estimula al titular de la patente a colocar en el mercado la mayor cantidad posible de variedades distintas.

Siembra de Soluciones

Tomo 2. Opciones para leyes nacionales de control sobre recursos genéticos e innovaciones biológicas



Los temas de la propiedad, la conservación y el intercambio de germoplasma vegetal son complejos y se politizan cada vez más. **Siembra de Soluciones**, Tomo 1. *Alternativas políticas en materia de recursos genéticos (actualización de Gente, Plantas y Patentes)* ofreció a los responsables de las decisiones políticas una descripción clara de los hechos, las luchas y los foros relevantes con respecto a los recursos genéticos. Y presentó una imagen lúcida sobre la importancia del germoplasma y su relación con las negociaciones comerciales, con los conflictos sobre propiedad intelectual y con la seguridad alimentaria y sanitaria, tanto en el ámbito nacional como internacional.

Siembra de Soluciones, Tomo 2. *Opciones para leyes nacionales de control sobre recursos genéticos e innovaciones biológicas* es una herramienta de gran utilidad para que los responsables de las decisiones políticas puedan resolver los temas planteados en el Tomo 1. Este volumen contiene conjuntos comentados de disposiciones legislativas opcionales para la creación de leyes nacionales con el fin de regular el acceso a los recursos genéticos y la elaboración de diversas formas de protección de la propiedad intelectual para variedades vegetales, innovaciones biológicas y el conocimiento indígena y local. Aunque no han sido escritas para ser adoptadas por ninguna legislación nacional en su forma actual, estas disposiciones proveen un excelente medio por el cual los líderes políticos y los gobernantes pueden evaluar la gama de opciones que tienen por delante.

El Grupo *Crucible II* espera que los lectores encuentren estos dos tomos de utilidad para su propia comprensión de los temas y el mejor ejercicio de sus responsabilidades de decisión política y de formación de opinión.

Grupo Crucible II

El Grupo *Crucible II* es una agrupación de personas muy diferentes, que discuten apasionada y respetuosamente sobre propiedad intelectual, derechos de los agricultores, mecanismos de beneficio mutuo y estructuras convenientes para la conservación de semillas. Más de 45 personas de 25 países participaron en una o más de las reuniones realizadas e intercambiaron opiniones y datos por vía electrónica. El común denominador entre los miembros del Grupo *Crucible II* es que comparten una pasión por los recursos fitogenéticos y una creciente preocupación por que uno de los recursos vitales de la humanidad se encuentre amenazado y sea dilapidado.

El proceso del *Crucible II* ha contado con el apoyo de BMZ/GTZ (Ministerio Federal de Cooperación Económica de Alemania / Agencia Alemana de Cooperación Técnica), Alemania; ACDI/CIDA (Agencia Canadiense de Desarrollo Internacional), Canadá; FDH (Fundación Dag Hammarskjöld), Suecia; CIID (Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo), Canadá; COSUDE (Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación), Suiza; y Asdi-SAREC (Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo), Suecia.

Coeditado por
el Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo
el Instituto Internacional de Recursos Fitogenéticos
y la Fundación Dag Hammarskjöld

ISBN 0-88936-991-7



9 780889 369917