



Universidad del Desarrollo

FACULTAD DE DERECHO

“ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL
DE COMUNIDADES INDÍGENAS RELACIONADAS
CON LA BIODIVERSIDAD”

POR: JOCELYN BALICH VELICH

Tesina presentada a la
Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo
para optar al Grado de
Magister en Derecho Ambiental

PROFESOR GUÍA: LORNA PUSHELL HOENEISEN

Diciembre 2020

SANTIAGO

RESUMEN

La biodiversidad, su control y utilización es uno de los grandes debates en materias de propiedad intelectual, sobre todo, en aquellos aspectos relacionados a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. En cuanto a su definición, los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales nos llevan a considerar la relevancia de los saberes ancestrales para comprender el concepto de sustentabilidad y la forma de vida que podríamos adoptar en estos tiempos complejos. Trascienden los diversos instrumentos internacionales que intentan dar solución a los problemas relacionados con la biotecnología y el uso y la apropiación indebida, la biopiratería y, sobre todo, el derecho de patentes en respuesta a la bioprospección y la investigación científica, aún cuando lo esencial, sigue siendo la protección adecuada del conocimiento tradicional y la comprensión que las comunidades deben tener respecto a sus derechos.

Biodiversity, its control and use is one of the great debates in intellectual property matters, especially in those aspects related to traditional knowledge associated with genetic resources. In terms of its definition, the traditional knowledge of indigenous and local communities leads us to consider the relevance of ancestral knowledge to understand the concept of sustainability and the way of life that we could adopt in these complex times. They transcend the various international instruments that attempt to provide solutions to problems related to biotechnology and the use and misappropriation, biopiracy and, above all, patent law in response to bioprospecting and scientific research, even though the essential thing remains the adequate protection of traditional knowledge and the understanding that communities must have regarding their rights.

PALABRAS CLAVES

Conocimiento tradicional; Recursos Genéticos; Convenio de Diversidad Biológica; Protocolo de Nagoya.

INTRODUCCIÓN

Antes de la existencia del Convenio de Diversidad Biológica, los recursos genéticos eran considerados como patrimonio de la humanidad y de libre acceso para los países desarrollados que contaban con la tecnología para desarrollar productos de diversa índole, obviando desde esta perspectiva, el conocimiento consuetudinario que pertenece a los custodios de estos recursos. Desde la época del colonialismo, fue legítimo aprehender a los organismos biológicos sin reconocer los derechos de sus poseedores originales, facilitando un aprovechamiento de los esfuerzos de las comunidades indígenas y comunidades locales por conservar y desarrollar estos conocimientos y sus recursos genéticos relacionados. Si bien se ha avanzado en la protección de estos derechos, en la actualidad pocos países tienen leyes nacionales específicas que regulen el acceso y el uso del conocimiento tradicional, que constituyen aquellos saberes producidos de forma especial y dotadas de ciertas características que los distinguen de otras invenciones.

Junto a ello, los avances tecnológicos y científicos responden a la necesidad de encontrar soluciones que nos permitan tener una mejor calidad de vida. De hecho, el SARS-COV-2, nos demostró que la humanidad está siendo amenazada con nuevas enfermedades que nos llevan a reflexionar sobre la relación del hombre con la biodiversidad que constituye la base esencial de los servicios ecosistémicos que nos proveen de cosas cotidianas y,

los recursos genéticos, que forman parte de la biodiversidad cumplen una función clave en mejorar nuestras condiciones de vida y en otorgar seguridad alimentaria.

Claramente la biotecnología utiliza los recursos genéticos y respecto a ello, es esperable que sus usuarios, a un ritmo y velocidad que permita la sostenibilidad de la biodiversidad, desarrollen y avancen en la investigación biotecnológica en una forma equilibrada y en condiciones justas, accediendo a estos recursos y tomando en cuenta las consecuencias de su extracción y su utilización comercial, repartiendo sus beneficios a quienes lo proveen.

Sin embargo, el interés por la defensa, protección, promoción y garantía de los derechos consuetudinarios de los pueblos indígenas y comunidades locales, custodios del conocimiento ancestral de la biodiversidad, plantean diversas dificultades, en relación con el control sobre la prospección de los recursos genéticos y, el conocimiento tradicional relacionado a ellos.

Se reconocen en diferentes instrumentos internacionales derechos de las comunidades indígenas a sus recursos genéticos, conocimiento y propiedad intelectual, desde la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos de las Plantas para la Agricultura, el Convenio de Diversidad Biológica y, de forma más específica, el Protocolo de Nagoya.

Por otra parte, los derechos de propiedad intelectual que protegen la materialización de las invenciones creativas y los instrumentos internacionales de propiedad intelectual, junto a sus organizaciones, como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual debaten sobre la forma en que se debe incorporar y proteger los conocimientos tradicionales ya sea revisando criterios existentes y trabajando para la incorporación de un sistema de protección relacionado expresamente a conocimientos tradicionales relacionados a los recursos genéticos de las comunidades indígenas y locales.

Este trabajo aborda en su primer capítulo conceptos relacionados a conocimientos tradicionales, a su protección y a ideas para contribuir a las comunidades indígenas en el abordaje de la aplicación de los tratados internacionales.

En relación al segundo capítulo, se aborda brevemente, la relación existente entre la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos.

La pretensión de este trabajo es aproximar la relación existente entre los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos y el derecho de propiedad intelectual abordando su protección jurídica. Sin embargo, es la intención de la tesista, seguir desarrollando la investigación en torno a la percepción que las comunidades indígenas y locales chilenas tienen respecto a

los recursos genéticos, a los conocimientos relacionados a ellos y a sus mecanismos de protección y defensa.

CAPÍTULO I.

1.1 Biodiversidad y Recursos Genéticos.

“Streptomyces hygroscopicus” son dos palabras que al leerlas no podrían entregarnos más información, sin embargo, tienen una gran relevancia en la historia genética chilena. En el año 1965, una expedición canadiense en la que viajaba el microbiólogo de la Universidad de Montreal, Georges Nogrády, quien formó parte de la expedición científica a la Isla de Pascua, recopiló muestras del suelo aislando un microorganismo al que se le llamó rapamicina (por su origen en Rapa Nui) respecto al cual *“los ensayos biológicos iniciales indicaban que tenía actividades antifúngicas y antibacterianas débiles; lo que, en principio, descartaba su utilidad terapéutica. Sin embargo, la actividad biológica (12 años después) hizo que se retomase el estudio de la rapamicina como posible agente inmunosupresor¹”* la que actualmente está indicada para los pacientes que rechazan órganos en un trasplante renal. Se menciona este caso como un claro ejemplo, de la forma en que la rapamicina fue apropiada y utilizada por un usuario de la industria farmacéutica, sin la existencia de una regulación al acceso del recurso genético que le dio origen, sin que pudiese distribuirse equitativamente los beneficios a la comunidad

¹ <https://www.sebbm.es/web/es/divulgacion/> La rapamicina y los productores naturales inmunosupresores. Bernardo Herradon.

indígena y local de Rapa Nui. Actualmente existe un derecho de propiedad intelectual patentado por el laboratorio *Pfizer*² quien es dueño de esta invención sin que sus proveedores puedan participar en este avance de la tecnología de forma justa y equitativa. Este hecho puntual, nos demuestra que la biodiversidad es un complejo ecosistema constituido por diversos recursos que conforman el cimiento de nuestra existencia en la humanidad y que desde tiempos inmemoriales, los sistemas culturales, el uso de los recursos y las prácticas consuetudinarias de los pueblos indígenas, le otorgan a la biodiversidad genética un dinamismo continuo que trascendió más allá de sus fronteras, cuando se aceleró el intercambio de los recursos biológicos con el colonialismo.

La biodiversidad, es la variedad de los seres vivos que habitan la tierra y podríamos definirla como *“el diccionario de la vida, la biblioteca genética formada por el conjunto de los genomas de los organismos existentes”*³ y, una de sus variaciones, la diversidad genética debe ser salvaguardada de la apropiación indebida. Los recursos genéticos pueden ser modificados o mejorados, no sólo para el desarrollo de nuevas enzimas, sino que también en la utilización de cultivos o en el desarrollo de medicamentos, ya sea para su uso comercial o no comercial, según sea el caso y, con todo ello, la

² https://www.pfizer.es/sobre_pfizer/medicamentos/rapamune.html

³ Alianza Geográfica, Mollinelli. La biodiversidad. www.alianzageografica.org/leccionbiodiversidad.pdf

biodiversidad se convierte en un factor estratégico en el desarrollo de proyectos de bioprospección.

La preocupación por proteger los recursos naturales empezó en 1972 en Estocolmo, con la primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente. Desde esa época se han elaborado y debatido diversas iniciativas siendo una de las principales, la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo – conocida también como Cumbre de la Tierra, realizada en el Rio de Janeiro, Brasil, en junio de 1992 – que intentó mostrar la importancia de adoptar una serie de compromisos entre países sobre cuestiones relativas al medio ambiente. Ante el histórico libre acceso que caracterizó el uso de los recursos de la biodiversidad, nace el Convenio de Diversidad Biológica, en adelante, C.D.B. en el que se reconoce que los países tienen derechos soberanos sobre sus recursos genéticos, por lo tanto, cambia el paradigma de “patrimonio común de la humanidad”, otorgando la autoridad a los Estados miembros del C.D.B., para regular el acceso a sus recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado en ámbito de su jurisdicción.

El Convenio de Diversidad Biológica es el primer intento de la comunidad internacional para abordar la diversidad biológica, propone cumplir el objetivo de conservar la diversidad biológica de una forma activa, asegurando el uso sostenible de los recursos y distribuyendo justa y equitativamente los beneficios que deriven del uso los recursos genéticos y del conocimiento tradicional asociado a ellos. En relación, a ello, a referencia

explícita de las comunidades tradicionales en el C.D.B. aparece en el Art. 8 (j) el reconocimiento respecto a la obligación de los Estados Miembros de preservar el conocimiento tradicional, que ha sido el aporte de las comunidades a la generación y mantenimiento de los conocimientos, innovaciones y prácticas.

El Convenio define en el Art.2 a los recursos genéticos como *“todo el material genético de valor real o potencial”*; en otras palabras, a todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que se puede modificar, que puede transmitir esa herencia y que puede ser utilizado con fines de mejorar o de obtener nuevos compuestos para nuevos usos. Este dinamismo tuvo como consecuencia que los usuarios de los recursos genéticos diseñen formas contractuales para realizar actividades de bioprospección e investigación a través de los denominados contratos de acceso, que tienen el efecto de asignar derechos privados de propiedad intelectual sobre el material e información genética. Al respecto, señala Teresa Agüero, investigadora de ODEPA, que *“los recursos genéticos, exponentes tangibles de la biodiversidad presente en nuestro planeta, adquieren cada día mayor importancia y utilidad, principalmente por el fuerte desarrollo de la investigación biotecnológica, por el uso por parte de la industria farmacéutica, por la actividad de la industria de semillas, que busca la obtención de nuevas variedades vegetales, y por la fitomedicina. Tienen un rol clave en el desarrollo agrícola y forestal, por su contribución para enfrentar los desafíos ambientales, como son la*

*desertificación, la adaptación al cambio climático, el estrés hídrico, la aparición de nuevas plagas y enfermedades, entre otros. Esta expansión tecnológica ha permitido una valorización de los recursos genéticos y, consecuentemente, una creciente demanda.”*⁴ En relación a ello, el material genético guarda información hereditaria de una forma de vida orgánica, almacenándola en el núcleo de una célula; dándole características particulares, individuales y únicas a cada planta o animal. Otra definición de los recursos genéticos la plantea el profesor Jaime Estrella señalando que *“recursos genéticos son el material genético contenidos en determinada planta, animal, hongo o microorganismo y que tiene actual o potencialmente algún o valor uso”*⁵, por lo tanto, se puede considerar que la diversidad genética tiene una función esencial de cambio, adaptación y evolución siendo la base de la biotecnología.

El C.D.B. establece dos obligaciones esenciales que tienen por finalidad facilitar el acceso a los recursos genéticos: a) el consentimiento previamente fundamentado por la parte que proporciona el recurso que implica que, ante la solicitud de un usuario potencial, el país de origen decide si concede el acceso y b) en condiciones mutuamente acordadas por las partes sin que el Convenio establezca el mecanismo en que se pactarán estas condiciones.

Expresamente el Art. 15 determina los derechos del país que suministran los recursos genéticos: a) las Partes que son países de origen y b)

⁴ Disponible en: <http://www.odepa.gov.cl/odepaweb/publicaciones/doc/2283.pdf> (Enero, 2015).

⁵ Estrella, Jaime y otros. Op. Cit página 23.

las partes que han adquirido los recursos genéticos; respecto a este último, se excluyen los recursos genéticos adquiridos antes de la vigencia del C.B.D. y los recursos genéticos adquiridos ilegalmente del país de origen.

En relación al consentimiento libre, previo e informado, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas determina las situaciones en las cuales es obligatorio obtener este consentimiento: a) reubicación b) administración de medidas legislativas y administrativas c) eliminación de desechos tóxicos en sus tierras y d) proyectos que afecten sus tierras o recursos. Por otra parte, el Convenio 169 determina los requisitos específicos para la consulta al pueblo indígena obligando a los Estados a efectuarla de buena fe y de una forma apropiada y, el Protocolo de Nagoya, que finalmente expresa que las comunidades indígenas y locales, tienen derechos que protegen el acceso a sus recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado.

Además, los proveedores de los recursos genéticos deberán participar en la investigación de la biotecnología de una forma justa y en condiciones equitativas. En este sentido, el C.D.B. señala expresamente que cada parte contratante *“Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la*

*participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente*⁶ El artículo referido aspira a una equitativa repartición de los beneficios, sin embargo, son los países en vías de desarrollo quienes han debido preocuparse de regular el acceso a sus recursos genéticos, siendo complejo que quienes usen de estos recursos manifiesten su voluntad de regular normativamente la distribución de esos beneficios y, en este sentido, los proveedores de estos recursos deben asumir un alto costo cuando se trate de monitorear el cumplimiento de las obligaciones de los usuarios ya sea por factores estratégicos o por factores de regulación.

En otras palabras, si se lleva a cabo una investigación que genera un nuevo conocimiento cuyo origen es un recurso genético, el beneficio deberá ser compartido entre quienes aportaron el recurso genético y aquel que efectuó la investigación con el propósito de que el acceso de los recursos genéticos permita el intercambio material y el trabajo de los avances científicos. Es en este punto en el que los derechos de propiedad intelectual y el registro de patentes deben proteger innovaciones creativas, que en muchos casos provienen de conocimientos tradicionales que deben ser respetados.

⁶ Convenio Diversidad Biológica Artículo 8J

1.2 Conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos.

En la Región de Magallanes, una interesante publicación del Instituto de Investigaciones Agropecuarias, I.N.I.A. se refiere al calafatillo, un arbusto endógeno de la zona, en su propiedad funcional como conocimiento ancestral y como uso etnobótico. Destaca que, para las comunidades indígenas, la recolección de estos frutos silvestres era una actividad esencial para obtener alimentos complementarios a su dieta y para aliviar ciertas enfermedades y dolencias digestivas y, en relación a ello, el estudio de prospección del I.N.I.A., determinó que el calafatillo es importante en *“su incorporación en la dieta diaria debido a que mejora la digestión, ayuda al control de los niveles de colesterol, entregando además un efecto de saciedad. Además, destaca su bajo contenido graso, siendo inferior al 3%⁷”*. Sin duda, esta investigación confirma que las comunidades indígenas, mantienen una serie de conceptos en los cuales el conocimiento tradicional, no es una simple información, teniendo un significado invaluable en cuanto es considerado como una cosmovisión espiritual y un derecho consuetudinario, transmitidos por sus ancestros, un conocimiento que precede la existencia de todo lo que conocemos.

⁷ <file:///C:/Users/valdi/Downloads/Info42Calafatillo-FINALMAYO2020.pdf>: Calafatillo, otra especie Berberis alta en antioxidantes.

Existen diferentes definiciones de conocimiento tradicional:

- a) *Es conocimiento tradicional el conocimiento intangible que conlleva todo tipo de conocimiento, innovación y práctica individual o colectiva, con valor real o potencial asociado al recurso genético⁸.*
- b) *Es conocimiento tradicional el conocimiento dinámico que mejora con la innovación y experimentación constante, además, hace referencia al elemento tradicional como la forma en que se adquiere, comparte y utiliza por medio del proceso social de aprendizaje que es único en cada cultura indígena⁹.*
- c) *Es conocimiento tradicional la sabiduría, experiencia, actitudes y prácticas que se desarrollan, mantienen y transmiten de generación en generación en el seno de una comunidad y que a menudo forman parte de su identidad cultural o espiritual.¹⁰*

Considerando estas definiciones, se puede observar que los términos conocimiento tradicionales y conocimiento indígena son diferentes, de hecho, los conocimientos indígenas forman parte de la categoría de conocimientos tradicionales, los cuales tienen la finalidad de satisfacer las necesidades de las

⁸ www.pgrweb.go.cr/scij

⁹ Normas de acceso a los Recursos Genéticos Costa Rica.

¹⁰ www.wipo.int/tk/es/ indigenous.

comunidades relacionadas con la diversidad biológica, la seguridad alimentaria, el arte, los rituales y las prácticas a las generaciones futuras.

Podríamos señalar que todo este conocimiento, transmitido de generación en generación es un aprendizaje que requiere protección, por ello, el acceso y participación en los beneficios del conocimiento tradicional relacionado a los recursos genéticos se relaciona directamente con las experiencias y con las estrategias de subsistencia y desarrollo de este conocimiento y con la regulación, conservación y preservación de la biodiversidad.

Respecto al conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos la pregunta surge en relación en quien radica la propiedad de estos recursos. Una primera aproximación refiere a que el poder de regular el acceso a los recursos genéticos es consecuencia del derecho soberano de los Estados sobre los recursos naturales y, por otra parte, que el conocimiento tradicional tiene un derecho de propiedad sobre quien o quienes lo poseen existiendo jurisprudencia y tratados internacionales que refieren a la protección del derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios y sus recursos naturales.

1.3 Protocolo de Nagoya y conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos.

Relacionado directamente al C.D.B., el Protocolo de Nagoya tiene por finalidad evitar el uso y apropiación indebida de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a ellos *“entendiendo por uso indebido la utilización de los recursos genéticos de un modo no acordado y sin compartir ningún beneficio. Y por apropiación indebida la adquisición de los recursos genéticos en violación a la legislación nacional de acceso y participación en beneficios que requiere el consentimiento fundamentado previo y las condiciones mutuamente acordadas”*¹¹.

El Protocolo de Nagoya fue adoptado en la Conferencia de las Partes del C.D.B. (COP 10) el año 2010, entrando en vigor cuatro años después, impulsando el tercer objetivo del C.D.B. sobre los requisitos de acceso, la distribución de los beneficios, la utilización de los recursos genéticos, el cumplimiento de las medidas de control y el monitoreo de dicho cumplimiento, el conocimiento tradicional de los pueblos indígenas y comunidades locales y los recursos transfronterizos, estableciendo obligaciones que cada parte deberá asumir para asegurar el cumplimiento de la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de la Parte que proporciona los recursos genéticos y, la obligación de cumplir con las condiciones mutuamente acordadas siendo

¹¹ Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo LXIX Número 275, Septiembre-Diciembre 2019: “El Protocolo de Nagoya” Sergio Hernández Ordoñez, página 614.

una decisión soberana de los Estados quienes deberán regular el acceso a los recursos genéticos a través del consentimiento fundamentado previo y la existencia de condiciones mutuamente acordadas o a través de un contrato de acceso a los recursos genéticos. También es importante señalar las Directrices de Bonn sobre Accesos a Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios (A.B.S.) formuladas adoptadas en la Sexta Conferencia de las Partes del C.B.D. el año 2002, las que ayudaron a implementar este Convenio, otorgando opciones a las partes contratantes para crear, modificar o fortalecer sus sistemas de acceso; no eran lineamientos vinculantes, pero permitieron aportar a los países proveedores de experiencias que fueron consideradas al acordar el Protocolo de Nagoya.

El Protocolo de Nagoya, regula el acceso al conocimiento tradicional relacionados a los recursos genéticos en sus Artículos 7, 12 y 16 y en relación a ello, se indica que *“los conocimientos tradicionales que regula el Protocolo de Nagoya constituyen un subconjunto de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que llevan estilos de vida tradicionales pertinentes para la conservación y el uso sostenible de los recursos biológicos, reconocidos en el artículo 8 letra j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica¹²”* El Art. 12 incluye una serie de obligaciones para las partes al aplicar el Protocolo como el deber de tener en cuenta el derecho

¹² <https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/54165/59154> / Lorna Püschel Hoeneisen

consuetudinario de las comunidades indígenas y locales, los protocolos y los procedimientos comunitarios estableciendo mecanismos que para poder informar a los usuarios de esos conocimientos tradicionales, apoyando al desarrollo de las comunidades indígenas y locales incluso en los requisitos mínimos y los modelos de cláusulas contractuales, organización de reuniones de las comunidades indígenas e incluso el intercambio de experiencias fomentando la participación.

Una de las mayores novedades en torno a las obligaciones relacionadas con el acceso a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos en los términos de protección internacional es la aprobación y la participación de las comunidades indígenas y locales, en el sentido que, siempre que existan conocimientos tradicionales, que estén en posesión de comunidades indígenas y locales se deben dictar normas nacionales que regulen el acceso.

1.4 Conocimientos tradicionales y protocolos bioculturales.

El Art. 12 del Protocolo de Nagoya exige a los Estados implementar obligaciones para proteger los derechos sobre conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos, señala que los Estados para estos efectos, tomarán en consideración las leyes consuetudinarias, los protocolos comunitarios y los procedimientos de las comunidades indígenas y locales. Uno

de los instrumentos que ha aportado a generar lineamientos de trabajo y participación de las comunidades indígenas y locales son los protocolos comunitarios bioculturales los que tienen por objetivo ser facilitadores del conocimiento tradicional y del patrimonio biocultural colectivo; las comunidades reflexionan, deliberan y determinan sus planes, percepciones y empoderamiento social y legal revitalizando también ciertas prácticas consuetudinarias que influyen en su interacción con el medio ambiente.

Se puede mencionar el ejemplo de la Comunidad El Piro, Comarca Ngäbe de Panamá, que diagnosticó la situación de sus conocimientos tradicionales relacionados a los recursos genéticos. En relación a ello, esta comunidad tuvo conocimiento de los instrumentos internacionales que protegen los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, abordaron sus efectos y determinaron que no existía beneficios para ellos, directa ni indirectamente, sobre el acceso y uso de estos recursos; consideraron también que sus prácticas culturales, espirituales, sus conocimientos tradicionales, su medicina, su danza, sus cultivos son biodiversidad y que nada de ellos, está separada del concepto. Por lo tanto, fue necesario iniciar un trabajo comunitario que los empoderara respecto a su posición en relación a todo lo concerniente a los conocimientos tradicionales relacionados a los recursos genéticos.

Claramente la adopción de protocolos bioculturales por parte de las comunidades indígenas impulsa a que se adopten medidas que regulen el consentimiento previo e informado, a que puedan resolverse conflictos y que

puedan cumplirse las obligaciones por todas las partes. Estos protocolos ayudarán al usuario y a los Estados a conocer y tener información relevante no sólo respecto al acceso de los recursos genéticos, sino que también, respecto a la percepción del conocimiento tradicional que tienen las comunidades y, desde una visión optimista, esto beneficiaría en la identificación de la pérdida de esta información valiosa y trascendental para la conservación, preservación y recuperación de la biodiversidad. Por otra parte, las comunidades indígenas y locales podrán proteger su conocimiento, comprendiendo que la transmisión de sus prácticas y costumbres a terceros puede significar una apropiación indebida. En este sentido, el Protocolo de Nagoya, protege exclusivamente al conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos y no así las expresiones culturales tradicionales, sin embargo, las comunidades aprenden que parte de estas expresiones tienen elementos de sus recursos genéticos, como lo es el caso de los tejidos y bordados, que contienen colores vegetales derivados de la extracción de los pigmentos naturales que otorga la biodiversidad, por lo tanto, es un conocimiento tradicional que se debe proteger y no divulgar sin recibir los beneficios justos y equitativos que el Protocolo de Nagoya establece.

Es importante considerar que el patrimonio biocultural colectivo es el conocimiento, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas vinculadas al territorio y a sus recursos naturales, a la diversidad genética, a la variedad de especies y ecosistemas y a los valores culturales y espirituales.

CAPÍTULO II. PROPIEDAD INTELECTUAL Y CONOCIMIENTOS TRADICIONALES RELACIONADO A LOS RECURSOS GENÉTICOS.

2.1 Propiedad intelectual y biodiversidad.

El término protección puede significar diferentes cosas en función del contexto que se utilice. Para la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, la protección implica el reconocimiento y el ejercicio de derechos que son exclusivos, derechos que permiten el control sobre la explotación comercial y la competencia desleal. Si el concepto de protección se relaciona a los conocimientos tradicionales, podríamos señalar que proteger estos conocimientos, implicará asegurar que ellos no desaparezcan, sino que se mantengan y que se fomenten como tal. Pero, además de eso, el sentido de proteger el conocimiento tradicional, es parte de un asunto complejo que aún no está resuelto y que tiene relación con la clasificación de los derechos de propiedad intelectual, específicamente, el sistema de derechos sui generis y que implica el reconocimiento de derechos de propiedad colectiva de las comunidades indígenas, las formas de distribución equitativas de beneficios, determinar la forma en que se protegerían sus derechos más allá de considerarlos como propiedad en sí mismos. Consecuencialmente a lo señalado, parte de la doctrina considera que los derechos de las comunidades indígenas y locales sobre sus creaciones tendrían la naturaleza de propiedad

intelectual colectiva. En relación a ello, no existe un acuerdo respecto a si los conocimientos tradicionales se generan colectivamente, de forma tal, que cada miembro de la comunidad contribuye con su aporte o si se trata de una titularidad colectiva donde no hay un único propietario o si se trata de la combinación de ambas ideas. Sin embargo, para poder determinar la naturaleza jurídica de los derechos sobre los conocimientos tradicionales debemos tener presente que la propiedad intelectual tiene una relación directa con la biodiversidad, involucrando aspectos científicos y económicos en la utilización de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos y con el acceso y participación en los beneficios, la divulgación del origen y las cláusulas de propiedad intelectual.

En relación a la modalidad de protección sui generis, los recursos genéticos están sujetos a normas de acceso y de participación de los beneficios, no constituyen propiedad intelectual por sí mismos, sin embargo, si se consideran como tal las invenciones basadas o efectuadas a partir de recursos genéticos y relacionadas a los conocimientos tradicionales. Ahora, en torno a la propiedad intelectual, para que se concedan patentes basadas en recursos genéticos, las invenciones deben ser novedosas para que se pueda prevenir la concesión errónea de patentes, respetando el principio del consentimiento fundamentado previo, obligando a consultar al proveedor de estos recursos y logrando acuerdos en cuanto a su utilización por medio de contratos o licencias.

La mayoría de los países ha basado su protección de las variedades vegetales a través del sistema de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, en adelante, U.P.O.V.) que entró en vigencia el año 1968, y que protege a los obtentores de variedades vegetales, otorgándoles un derecho exclusivo de obtención por 25 años en el caso que las variedades sean nuevas, homogéneas y estables, incorporando el principio de libre acceso a las variedades mejoradas para mayor investigación y mejoramiento. Las tecnologías aplicadas para obtener nuevas variedades vegetales tienen implicancias respecto de la conservación de la diversidad biológica y sobre los derechos de propiedad intelectual, sobre los genes incluso en relación a los recursos fitogenéticos. Por otra parte, el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, en relación a los conocimientos tradiciones, establece que cada Parte deberá adoptar medidas para proteger ese conocimiento de interés para los recursos fitogenéticos y el derecho a participar equitativamente en la distribución de los beneficios, creando un Sistema Multilateral, para facilitar el acceso a los recursos fitogenéticos, para la alimentación y la agricultura favoreciendo el intercambio de información, el acceso a la tecnología y su transferencia lo que tendría como efecto que los agricultores tienen un difícil y complejo acceso a la protección de sus propias obtenciones ya que ellos están interesados en promover

condiciones para el crecimiento y adaptación de sus semillas y no en venderlas a gran escala ni innovar con nuevos cultivos.

Diversas conversaciones y debates en torno a los derechos de propiedad intelectual sobre los recursos genéticos se han desarrollado en los últimos años con la finalidad de limitar su protección aumentando las posibilidades de utilizar estos recursos fitogenéticos libremente, sin embargo, para cultivos importantes se acuerda que sus receptores no reclamarán ningún derecho de propiedad intelectual que limite el acceso, facilitando a los recursos fitogenéticos para la alimentación, la agricultura o a sus partes o componentes genéticos. Ambos contextos de protección, las variedades vegetales y los recursos fitogenéticos, nos demuestran la importancia de poder definir el concepto de conocimiento tradicional desde una perspectiva de sustentabilidad para poder otorgarle una protección adecuada, sobre todo en relación al derecho de patentes, a la posibilidad de poder generar un marco regulatorio cohesionado en el que se pueda abarcar la titularidad del conocimiento tradicional otorgando más garantías, intentando unificar el criterio entre la protección de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado sin tener que aislar la propiedad intelectual de las condiciones justas de acceso, control, utilización y apropiación de este conocimiento porque si bien el Protocolo de Nagoya estableció un sistema jurídico vinculante para regular el reparto de beneficios, no reconoce un derecho ejecutable en favor de las

comunidades indígenas y locales sobre sus recursos genéticos y su conocimiento tradicional.

En relación a lo señalado y para seguir trabajando en este criterio, el Comité Intergubernamental de Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimiento Tradicional y Folclore, en adelante, C.I.G. de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual O.M.P.I, fue mandatado a abordar la protección del conocimiento tradicional, creando un instrumento jurídico que impida que se concedan erróneamente patentes para invenciones que no clasifiquen como una actividad inventiva y que se pueda lograr la transparencia en el otorgamiento de las patentes. Este Comité elaboró un proyecto de instrumento internacional el año 2019, el que no ha sido aprobado, sin embargo, permite tener una aproximación respecto a la forma en que abordan los derechos de propiedad intelectual y la divulgación de la información existente entre la invención y los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a ellos. En primer lugar, no existe un acuerdo respecto a una definición del conocimiento tradicional y cada Estado debe definir y abordar el concepto en sus propias legislaciones y sí considera que las partes contratantes puedan exigir al solicitante de la patente que divulgue el país de origen de los recursos genéticos, forjando la intención, el ánimo y voluntad de la O.M.P.I. para estar alineados a los instrumentos internacionales que protegen la biodiversidad.

Por otra parte, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio A.D.P.I.C. es el instrumento internacional de mayor alcance suscrito en materia de propiedad intelectual. El A.D.P.I.C, administrado por la Organización Mundial de Comercio O.M.C., abarca todas las esferas de los derechos de propiedad intelectual e industrial en el comercio internacional y, en su Art. 27 se definen los tipos de invención que los gobiernos deben considerar susceptibles de protección mediante patente y los que pueden excluir *“tales como las plantas, los animales y los procedimientos “esencialmente” biológicos (aunque los microorganismos y los procedimientos no biológicos o microbiológicos han de ser objeto de patentes)*.¹³ En relación a este artículo, se puede inferir que los países más desarrollados, sí pueden patentar la información natural si sus intereses lo recomiendan, dado que tienen la tecnología que los países soberanos de los recursos genéticos no tienen. Claramente, esto genera un desequilibrio y una desigualdad en el acceso de oportunidades considerando que las innovaciones, la biotecnología y las investigaciones tienen un costo más alto y que como tal, la propiedad intelectual al resolver las fallas de mercado, sólo se ocuparía de parte del problema. Sin embargo, A.D.P.I.C. es el primer sistema global sobre biodiversidad, sobre las variedades de plantas y requiere que sus miembros otorguen patentes por todas las invenciones, en todos los campos de

¹³ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/art27_3b_background_s.htm

la tecnología, excluyéndose algunas patentes con el objeto de proteger el orden público, la moralidad, la salud o vida de las personas y de los animales, para preservar los vegetales o evitar daños al medio ambiente. Sin embargo, este Acuerdo colisionaría con el C.D.B. ya que establece que los microorganismos se deben proteger por patentes, respecto de las cuales no se exige que se establezca el origen del recurso genético o del conocimiento tradicional asociado, considerándolo de dominio público.

Claramente las negociaciones en torno a un nuevo instrumento jurídico internacional de propiedad intelectual relacionada directamente a los conocimientos tradicionales, generan debates y conflictos en los países soberanos de los recursos genéticos y sobre todo en las comunidades indígenas, custodios de esos conocimientos tradicionales. Por otra parte, en materia de propiedad intelectual, regular y proteger incluso las expresiones culturales, son parte del objetivo del C.I.G., no exento de debate, porque la biodiversidad y su protección no están ajenos a los derechos de propiedad intelectual.

CONCLUSIONES

Infinitud del conocimiento.

Sin duda, estas son las palabras que podrían definir la trascendencia de los conocimientos tradicionales, las comunidades indígenas crearon el mundo que habitamos con sus experiencias, saberes, rituales y prácticas siendo las invenciones que provienen de ellas las primeras que conocemos hasta que en un momento determinado, el conocimiento ancestral de la biodiversidad, transformó la vida de todos aquellos que no eran parte de las comunidades indígenas entregando conocimiento que trasciende fronteras. En las últimas décadas, la “ciencia indígena” ha sido subestimada y, en relación a ello, se hace esencial la necesidad de una política de desarrollo de los saberes y conocimientos tradicionales en el que se debe respetar y valorar la acumulación de los conocimientos ancestrales, otorgándole relevancia a la participación de las comunidades en la conservación de la diversidad biológica y protegiendo a la vez el conocimiento del fomento de nuevas tecnologías e innovaciones. En relación a esta protección, diversos instrumentos internacionales contemplan obligaciones que tienen por finalidad asegurar el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas como una precondition para acceder a explotar sus recursos, tierras y conocimientos tradicionales, no siendo suficiente, la existencia del Protocolo de Nagoya, que

si bien establece las obligaciones en el acceso a los recursos genéticos, no ha podido tener la fuerza vinculante para que los países desarrollados lo adopten. Es esperable que los países puedan implementar legislaciones que aseguren la implementación de los instrumentos internacionales y hagan frente al desarrollo de la bioprospección actual, respecto a los recursos genéticos, bioquímicos y los conocimientos tradicionales porque a pesar de las utilidades que se obtienen sigue existiendo una asimetría en el acceso, uso y control de la biodiversidad, de hecho, al respecto plantea Francis Fukuyama *“la biotecnología representa una amenaza para la integridad de la propia naturaleza humana, y a menos que sea rigurosamente regulada, podría expandir un nuevo tipo de tiranía, a través del mejoramiento genético como medio para monopolizar los recursos y el poder político¹⁴”* siendo un hecho irrefutable, en los proyectos de bioprospección, la diferencia entre el producto procesado y su valor de venta existiendo una dificultad al determinar mecanismos efectivos para concretar pagos por las utilidades que se originan por el acceso a los recursos genéticos y al conocimiento tradicional.

La implementación de un marco integral para la bioprospección implicará el fortalecimiento de la institucionalidad que gestione las políticas públicas, el desarrollo y la gestión del conocimiento y de las cadenas de valor y de integración de todos quienes participan en la generación de este valor, sin

¹⁴ Fukuyama, F (2002) Our posthuman future. Nueva York, Ferrar, Strauss & Giroux.

embargo, es una tarea sensible y compleja valorar económicamente a la biodiversidad sobre todo considerando su conservación y sostenibilidad.

En esencia, la pregunta es ¿podríamos tranzar en un mercado de valores el conocimiento? ¿qué consecuencias traería consigo la valorización de los recursos genéticos? ¿se pueden otorgar derechos de propiedad intelectual a los poseedores de las plantas que entregan información genética? A lo largo de esta monografía, mi intención fue dar a conocer las formas de protección existentes en torno a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos y el contraste existente en términos de los derechos de propiedad intelectual, pareciera ser que no existe fórmula que pueda lograr unir ambas visiones aun cuando exista voluntad por parte del C.I.G de abordar estos temas de la manera más cercana posible a lo que plantea el Convenio de Diversidad Biológica y el Protocolo de Nagoya y, en mi opinión, sigue siendo lo más relevante la percepción que las comunidades indígenas puedan tener al respecto, no se pueden crear políticas públicas sin conocer la opinión de quienes custodian recursos y conocimiento, más allá de cualquier mecanismo de propiedad intelectual.

Termino esta tesina inmersa en la Patagonia Magallánica. A mi alrededor abundan los árboles, el viento y, mientras observo los primeros brotes de esos calafatillos que mencioné en algún momento, es inevitable no imaginar a sus recolectores ancestrales, los Selknam, Kaweskar y Hanush. Incluso, un poco más lejos, al fondo del Estrecho de Magallanes, otros

misterios afloran en los bosques submarinos, los guardianes de la biodiversidad silenciosa, algas marinas que son extraídas constantemente para investigación y bioprospección. El pueblo Kaweskar probablemente desconoce que frente al acceso de estos recursos ellos también tienen derechos que deben ser protegidos y haciendo justicia, siendo merecedores de una distribución justa y equitativa de beneficios. Es inevitable no poder comprender la tardanza en tantas cosas, sobre todo del derecho: un proyecto de ley de biodiversidad que aún no ve la luz y el Protocolo de Nagoya aún no adherido por Chile. Sí, es cierto, no es perfecto, deja pendiente mecanismos claros y firmes de protección al acceso entregándole mandatos a los Estados para definir en sus legislaciones nacionales la forma en que lo abordará, sin embargo, es el gran impulsor para comenzar a abordar estos temas.

Siento que en esta gran inmensidad la infinitud del conocimiento es el comienzo. Nunca olvidemos que es lo primero, todo lo demás, es un después.

BIBLIOGRAFIA

Cabrera Jorge (2013). Aspectos conceptuales y básicos del acceso a los recursos genéticos.

Cabrera Jorge (2019) Recursos genéticos marinos y distribución de beneficios.

Cabrera Jorge (2020) La implementación del Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura en Costa Rica.

Convenio sobre Diversidad Biológica, 1992.

Decisión Andina 391: Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos, 1996.

Herve, Dominique (2015). Justicia Ambiental y Recursos Naturales. Ediciones Universitarias de Valparaíso.

Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. FAO, 2010. El segundo informe sobre el estado de los recursos fitogenéticos para la agricultura y la alimentación en el mundo.

Pushel Hoeneisen, Lorna. “Lineamientos para una regulación sobre un acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios en Chile”

Protocolo de Nagoya sobre Acceso a Recursos Genéticos y la Distribución Justa y Equitativa de los Beneficios Derivados de su Utilización al Convenio de Diversidad Biológica, 2010.

Ribadeneira Sarmiento (2012). Contexto internacional de la apropiación indebida en el marco del Convenio de Diversidad Biológica.

Trommeter. M (2012) Empresas transnacionales y Estados: ¿cómo abordar una política de propiedad intelectual en las biotecnologías agrícolas?

Vogel, J. (2007) Una propuesta basa en la tragedia de los comunes: un museo de bioprospección, propiedad intelectual y el conocimiento público. Recuperado de www.bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/pr/cis/rcs/16

BIBLIOGRAFÍA

