

Los derechos de propiedad intelectual en el sector biotecnológico agrario y la protección de los conocimientos tradicionales

Autores: María de los Reyes Corripio Gil Delgado y Rosa María de Couto Gálvez
Universidad Pontificia Comillas

Resumen

Para fomentar la innovación en el sector biotecnológico-agrario, los Estados deben permitir a las empresas el acceso a los recursos biológicos ubicados en los ecosistemas de las comunidades indígenas. Pero, por otro lado, es necesario conciliar los Derechos de Propiedad Intelectual (DPI) derivados de la invención así obtenida -patente o variedades vegetales- con las legítimas expectativas de las comunidades indígenas cuyo estilo de vida se ve afectado por dicha protección. El presente artículo también analiza las dificultades para encauzar dentro de los DPI un sistema de protección jurídica propia de los conocimientos tradicionales.

Palabras clave: biotecnología, patentes, variedades vegetales, conocimientos tradicionales, comunidades indígenas

Abstract

In order to promote innovation activities in the agro- biotechnological sector, regulatory policies must guarantee to the industry the access to natural and biological resources located into indigenous ecosystems. On the other hand, it is necessary to conceal the Intellectual Property Rights based on those resources—patents or plant breeders system- with the protection of indigenous style of life. Also, the present paper studies the difficulties of protect the traditional knowledge of indigenous communities by IPR.

Key words: biotechnology, patents, plant breeders system, traditional knowledge, indigenous communities.

Recibido: 12.06.2008

Aceptado: 14.07.2008

I. Introducción

En el sector biotecnológico agrario coexisten dos sistemas de protección jurídica de la innovación: el régimen de los obtentores y la patente. El primero protege a los obtentores de nuevas variedades de una forma menos restrictiva que el sistema de patentes y tiene la ventaja de reconocer algunas excepciones como el privilegio del granjero. Bajo este sistema se admitió también la protección de las variedades creadas por transgénesis vegetal. Por otra parte y, no sin discusión, se ha abierto la puerta a la patentabilidad de la materia viva admitiéndose finalmente la protección por la patente de productos o procedimientos agro-biotecnológico. Tanto uno como otro pueden considerarse dos regímenes de DPI¹.

A nivel internacional, la dualidad de los DPI sobre el sector agrario se ha reconocido en los Acuerdos ADPIC² que establecen los principios internacionales básicos de la propiedad intelectual e industrial concernientes a disponibilidad, ámbito y uso en el mercado de derechos relativos a la propiedad intelectual. Estos acuerdos, en su art. 27, 3 (b), disponen que los Estados Miembros deberán otorgar protección a todas las obtenciones vegetales mediante la patente, o bien mediante un sistema eficaz *sui generis*, o mediante una combinación de aquéllas y éste.

¹ La expresión DPI comprende las categorías clásicas de propiedad intelectual, industrial y comercial, y en este sentido está recogido en el contexto internacional, en particular por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

² Acuerdo sobre los Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Anexo 1C del Convenio por el que se crea la Organización Mundial del Comercio, 1994. Acuerdo de Marrakesh de 15 de abril de 1994. Ratificado por España y publicado en el BOE de 24 de enero de 1995. 15/04/1994

Como ambos regímenes sustentan sus innovaciones sobre la materia viva a la que acceden y de la que extraen los componentes físicos que darán lugar a las nuevas variedades y a las invenciones biotecnológicas, el acceso a los recursos genéticos en particular a los de ecosistemas con mayor biodiversidad se convierte en una necesidad para la industria. Sin embargo, este acceso choca, por un lado, con los derechos de propiedad sobre los recursos que pertenecen al Estado y, por otro, con los derechos de las comunidades indígenas que viven en dichos ecosistemas. Existe un consenso internacional sobre la necesidad de garantizar el acceso a los recursos genéticos del planeta y una distribución justa de sus beneficios.

Los peligros de la patentabilidad de los recursos genéticos ha sido denunciada por la Asamblea del Consejo de Europa en su Recomendación núm. 1425 (1999)³. En su punto 9, se pone de manifiesto que el monopolio que otorga la patente “puede arruinar el valor de los recursos genéticos regionales y mundiales y los conocimientos tradicionales de países que dan acceso a estos recursos” y se estima que “el objetivo de compartir las ventajas obtenidas por la valoración de los recursos genéticos en esta perspectiva más amplia requiere un sistema equilibrado para la protección a la vez de la propiedad intelectual y el patrimonio común de la humanidad”. Estos posicionamientos han llevado a reclamar la necesidad de establecer un equilibrio entre la propiedad de los recursos y los conocimientos e invenciones relativos a la biodiversidad y los DPI.

A través de la Convención sobre Diversidad Biológica (CDB) y el Compromiso internacional sobre los recursos fitogenéticos de la FAO se reconocen los derechos de acceso a los recursos genéticos y a la participación en los beneficios resultantes de ese uso de los centros de origen de los recursos genéticos, así como de los portadores de los conocimientos tradicionales utilizados en las invenciones biotecnológicas. La Comunidad Europea también se ha comprometido a garantizar un reparto equitativo de los beneficios generados por las invenciones de la biotecnología con los proveedores de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales utilizados para dicha invención⁴.

La llamada Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones⁵ sobre la propiedad intelectual recoge en su Art. 3, un principio de conciliación de las patentes con los derechos de las comunidades indígenas, de forma que las patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir del material obtenido del patrimonio biológico y genético así como de los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales estarán supeditadas a que ese material haya sido

³ Recommendation 1425 (1999) Biotechnology and Intellectual Property, adopted by the Assembly on 23 September 1999 <http://assembly.coe.int/>

⁴ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, Ciencias de la vida y biotecnología. Una estrategia para Europa. COM (2002)27 final de 23 de enero de 2002.

⁵ http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c_Newdocs.asp?GruDoc=07

adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional.

Por ello resulta evidente que los conocimientos de las comunidades indígenas adquiridos por sus tradiciones deben quedar protegidos dentro del marco de los DPI. Ello introduce un nuevo elemento en los derechos que tienen por objeto creaciones sobre la materia viva y que completa el cuadro del régimen jurídico de la innovación en el sector biotecnológico agrario.

Así pues, los sistemas de protección de las variedades vegetales y de las patentes deben ser reinterpretados buscando un equilibrio con nuevos derechos emergentes como la protección de los recursos filogenéticos para la alimentación y la agricultura, el justo reparto de beneficios y la protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas.

II. Conciliación del régimen de las variedades vegetales con la protección de los conocimientos tradicionales

El sistema *sui generis* de protección de las variedades vegetales tiene por finalidad asegurar la promoción de la innovación técnica en el campo de las especies vegetales, de esta forma, “el esfuerzo que el obtentor desplegó para poner a punto unas variedades de semillas de base” puede ser retribuido⁶. Es un régimen armonizado a escala internacional por el Convenio de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV⁷). Esta armonización internacional impide que se generen sistemas dispares que obstaculicen el comercio internacional y la transferencia de tecnología.

Este DPI, que se extiende a las variedades biotecnológicas a partir de la reforma de la Convención UPOV en 1991, ha tenido un reconocimiento por el derecho comunitario en el Reglamento 2100/94 de 17 de julio (Reglamento básico)⁸ y en la legislación española mediante la Ley 3/2000 de 7 de enero⁹.

Por variedad vegetal debemos entender un conjunto de plantas pertenecientes a un solo taxón botánico del rango más bajo conocido, que pueda definirse por la expresión de los caracteres de cierto genotipo o combinación de genotipos, lo que permite distinguirlo de los demás. Las variedades así definidas podrán ser objeto de protección si son distintas, homogéneas, estables y nuevas y no podrán ser objeto de patente ya que el régimen de protección de las variedades vegetales es excluyente respecto de otros DPI como la patente.

⁶ STJCE Lois Erauw-Jacquery/La Hesbignonne de 19 de abril de 1988 (As. 27/87, Rec. 1919 aps 9 y ss).

⁷ Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, París, 2 de diciembre de 1961.

⁸ Reglamento núm. 2100/94 de 27 de julio de 1994, relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales (Diario Oficial n° L 227 de 01/09/1994 p. 0001 – 0030) modificado por el Reglamento (CE) n° 1650/2003 del Consejo, de 18 de junio de 2003 y por el Reglamento (CE) n° 873/2004 del Consejo, de 29 de abril de 2004.

⁹ Ley de régimen jurídico de protección de las variedades vegetales. BOE 10 enero 2000, núm. 8.

Una de las particularidades de este sistema radica en la denominada “excepción del agricultor”, que les permite utilizar el material genético producido en sus propias fincas para su uso en las mismas, sin necesidad de autorización del obtentor de la variedad utilizada o de realizar contribución económica al mismo¹⁰. El derecho del agricultor que le permite conservar semillas obtenidas de su cosecha y volverlas a sembrar sin requerir el consentimiento del obtentor constituye una importante excepción a los derechos del obtentor. El Art. 9 del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la alimentación y la Agricultura (TIRF) establece que “la conservación, la utilización, el intercambio, la venta de material de siembra y de propagación conservados en las fincas” es un derecho del agricultor. El derecho del agricultor también denominado “el privilegio del granjero” puede enlazar, en no pocos casos, con una función de protección de la biodiversidad y de los conocimientos y sistemas de vida de determinadas comunidades, entre las que mayormente se encontrarían las comunidades indígenas. Esta nueva perspectiva encuentra una reciente traba en las enmiendas del Convenio UPOV cuyo objeto es la derogación del privilegio del granjero (Art. 14.1) si bien los Estados pueden mantenerlo en sus legislaciones nacionales, (Art. 15.2). Quitando este privilegio los derechos de los obtentores pueden convertirse en una seria amenaza para las comunidades indígenas, pues les dificultaría, seguir utilizando libremente las semillas y especies vegetales necesarias para la alimentación, cultivo y medicinas. Además, si no pueden guardar las semillas y resembrarlas se reduce la disponibilidad e intercambio de los recursos genéticos vegetales.

Por otra parte, las propias comunidades indígenas pueden ser consideradas como verdaderos obtentores de las variedades que cosechan. En este caso habría que arbitrar un sistema para garantizar su acceso al registro o, al menos, impedir su apropiación indebida por terceros.

En este contexto cobra gran interés reformular algunos conceptos del régimen de las obtenciones vegetales: en primer lugar, habría que mantener el privilegio del granjero reforzándolo con el reconocimiento de un auténtico derecho de las comunidades indígenas a explotar libremente los recursos naturales de su ecosistema; y en segundo lugar, mejorar el sistema de registro de la variedad, reconociéndoles como obtentores de las variedades mejoradas a través de conocimientos tradicionales y arbitrar un sistema que impida que un tercero pueda obtener derechos exclusivos sobre dichas variedades.

III. El acceso a los recursos genéticos y la protección de los conocimientos tradicionales ante el derecho de patente

La patente concede un derecho exclusivo sobre una invención, por el que se le faculta al inventor a impedir que otro sujeto la explote sin su consentimiento. La titu-

¹⁰ Exposición de motivos, nº. 3, de la Ley 3/2000 de régimen jurídico de protección de las variedades vegetales.

laridad sobre una patente implica la protección jurídica de los derechos con eficacia frente a terceros, lo que supone el reconocimiento legal de la propiedad o el dominio sobre los derechos, aunque dicho dominio es siempre temporal (veinte años). La concesión de patentes sobre los recursos naturales vivos, esto es, sobre una materia idéntica a la que se puede encontrar en la naturaleza, como plantas o animales en su estado natural, cuando el material biológico (un material que contiene información y es capaz de reproducirse por sí mismo o ser reproducido en un sistema biológico como reconoce el Art. 2.1.de la Directiva), se sujeta a una condición, que haya sido aislado de su entorno natural y producido mediante un procedimiento técnico. Pero la patente choca, por un lado con la necesidad de los investigadores de acceder a los recursos naturales de otros países y, por otro, con el interés de los Estados y de las comunidades indígenas de preservar sus recursos naturales y de obtener un reparto equitativo de los beneficios de la patente.

III.1. La patentabilidad de la materia viva

De acuerdo con lo señalado en el Art. 27, 1 ADPIC, podrán obtenerse patentes por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. Así pues y citando al Art. 4 de la Ley española 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de utilidad, las cualidades que debe cumplir una investigación para que sea objeto de patente:

- Deben ser invenciones nuevas;
- Deben implicar una actividad inventiva; y
- Deben ser susceptibles de aplicación industrial.

La norma específicamente reconoce como patentables las investigaciones que tengan por objeto “un producto” que esté compuesto o que contenga materia biológica o “un procedimiento” mediante el cual *se produzca, transforme o utilice materia biológica*. Así, igualmente, la “materia biológica aislada” de su entorno natural o producida por medio de un procedimiento técnico, podrá ser objeto de una invención, aun cuando ya exista anteriormente en estado natural.

A continuación del mismo precepto, la Ley española describe detalladamente los resultados de investigación u obras creativas no patentables:

- descubrimientos, teorías científicas y métodos matemáticos;
- obras literarias, artísticas o cualquier otra creación estética, así como obras científicas. Estas últimas, en la medida en que no sea posible su calificación como invención, o lo que es lo mismo, cuando no concurren los requisitos exigidos para su valoración como invención patentable;

- formas de presentar informaciones;
- planos, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, para juegos o para actividades económico-comerciales; y
- métodos de tratamiento quirúrgico o terapéutico y métodos de diagnóstico aplicados al cuerpo humano o animal, siempre que no tengan aplicación industrial.

El reconocimiento de la patente sobre materia viva tratada o modificada genéticamente tiene su origen en una sentencia de la Corte Suprema americana de 1980 que estableció que “un microorganismo vivo producido por el hombre era patentable¹¹. Ello dio inicio a una era de inversiones privadas masivas en biotecnologías, y una expansión de las patentes en productos y procesos biotecnológicos en Estados Unidos.

La patentabilidad de invenciones biotecnológicas en Europa no fue pacífica. Se suscitaron numerosas controversias de carácter moral relacionadas con la patentabilidad de seres vivos, sobre todo a raíz de la solicitud de patente de la Universidad de Harvard sobre un ratón modificado genéticamente (*the oncomouse*), que finalmente, fue concedida por la Cámara de Recursos. Las reacciones adversas a que la Unión Europea regulara la patentabilidad de invenciones biotecnológicas llevaron a criticar duramente la Directiva 94/88/CEE¹². A estas dificultades hay que añadir la necesidad de precisar el concepto de descubrimiento e invención patentable cuando el objeto es materia viva. Europa acabó reconociendo la patentabilidad de las invenciones biotecnológicas bajo los dos regímenes de protección actualmente existentes: el sistema de la Convención Europea de la Patente (EPC), de 5 de octubre de 1973¹³ y en los regímenes nacionales de patentes de cada uno de los Estados miembros que han transpuesto la Directiva 94/88/CE. La uniformidad de criterios entre ambas instituciones se logró con la implementación por la EPO de las reglas de la Directiva EU.

El sistema de patentes estadounidense es más amplio que el europeo al considerar patentables los descubrimientos¹⁴, cosa que en la legislación española y europea no está admitido¹⁵. Para salvar este obstáculo y admitir la patentabilidad de la materia viva se ha llegado a la conclusión de que el material biológico puede ser objeto de una invención aunque previamente acontezca en la naturaleza si es aislado de su entorno natural o producido mediante un proceso técnico. De esta forma, aunque los genes en su forma natural de existencia no puedan ser patentados por tratarse de descubri-

¹¹ *Diamond v. Charkrabarty*. Se trataba de una bacteria creada por ingeniería genética (del gen *Pseudomonas* que fue modificado genéticamente para separar los componentes del crudo).

¹² STJCE de 9 de octubre de 2001 asunto C-377/98: Reino de los Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea.

¹³ La primera decisión de la Oficina Europea de patentes que reconoció una patente biotecnológica fue *Alpha interferon/Biogen T 301/87* [1990] OJ EPO 335.

¹⁴ Art. 35 USC 101 states that “any discovery or invention...” is patentable.

¹⁵ Art. 4.4 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes (BOE 26 de marzo, nº. 73).

mientos, si lo pueden ser cuando son descritos y aislados de su forma natural de existencia¹⁶.

Admitida la patentabilidad de la materia viva en las condiciones antedichas podríamos barajar la posibilidad de incluir también los procedimientos creados por las comunidades tradicionales. Perez Salom¹⁷, manifiesta la dificultad de encajar la protección de los conocimientos tradicionales en los estrechos límites de la invención nueva, resultado de actividad inventiva y susceptible de aplicación industrial, quedando así pues fuera de la protección que otorga el régimen de la patente. Ello puede resultar injusto en tanto que las comunidades indígenas “han podido contribuir al descubrimiento de nuevas sustancias y procesos que sí han recibido una protección plena” mediante los DPI¹⁸, por ello se hace preciso arbitrar la forma en que puedan obtener una justa compensación en la explotación de los resultados.

III.2. Los derechos soberanos de los Estados y el justo reparto de beneficios

En la CDB de 1992¹⁹ se ha reclamado la necesidad de compatibilizar los DPI con el derecho de acceso a los recursos genéticos implantando un sistema equilibrado para la protección de los DPI y del “patrimonio común de la humanidad”. Actualmente se entiende que el Estado continua siendo soberano sobre su territorio pero está obligado a gestionar el medio ambiente en él comprendido de manera tal que los demás Estados no resulten perjudicados por el mal uso que realiza del mismo²⁰.

Es preciso, pues, establecer condiciones de negociación y acceso mutuamente beneficiosas entre los propietarios de los recursos biológicos (Estados, organizaciones públicas y comunidades indígenas) y los usuarios (empresas de la industria de ciencias de la vida), así como establecer incentivos para llevar a cabo acciones de conservación. El CDB propone los contratos bilaterales de mercado entre las dos partes para una asignación óptima de los recursos genéticos y un reparto equitativo de los beneficios derivados de su uso sostenible.

Las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) inició en 1994 negociaciones intergubernamentales para adoptar acuerdos legales conforme a la

¹⁶ FERNANDEZ DIEZ, M.C., CORRIPIO GIL-DELGADO, R. “Regulatory factors affecting the agri-food biotechnology sector in the European Union”. *International Journal of BioTechnolgy (IJBT)* Volume 6.

¹⁷ PEREZ SALOM, R. “El acceso a los recursos genéticos y la distribución de los beneficios”. Vol. *Recursos Genéticos, Biotecnología y Derecho Internacional*, CAM y Aranzadi, 2002, p. 203.

¹⁸ Idem.

¹⁹ La Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa en su Recomendación núm 1425 (1999) *Biotecnologie et propriété intellectuelle*, *Gazette Officielle du Conseil de l'Europe*, septembre 1999, cree necesario (apdo. 5) obligar a los científicos y a los centros de investigación y de desarrollo científico a conformarse a la Convención sobre la diversidad biológica y garantizar tanto el principio de libre acceso científico a los recursos genéticos mundiales como a los intereses de los países en vías de desarrollo compartiendo con ellos las ventajas del progreso tecnológico.

²⁰ CASADEVANTE, C., *La protección del medio ambiente en el derecho internacional, derecho comunitario europeo y derecho español*. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno vasco, Bilbao, 1991, pp. 29-50.

CBD. De esta forma se ha intentado llegar más lejos, estableciendo tanto normas para la conservación de los recursos genéticos ya existentes como un sistema multilateral de acceso a recursos para la investigación y reproducción, reparto de beneficios procedentes de la investigación y reproducción de los donantes de material disponible bajo este sistema, fundamentalmente países en vías de desarrollo.

En la Sexta Conferencia de las Partes del Convenio sobre Diversidad Biológica se avanzó en la mejor distribución de los beneficios entre las empresas que explotan los recursos genéticos de plantas y animales, y los países en desarrollo y pueblos indígenas que albergan y conocen estos recursos, previéndose una normativa, de aplicación voluntaria y nacional, para garantizar el reparto equitativo de los múltiples beneficios derivados de la explotación de las plantas y animales de los bosques tropicales, entre los explotadores y las naciones y pueblos indígenas poseedores de tales recursos²¹.

El acceso a los recursos genéticos se realiza sobre la base de un consentimiento fundamentado previo del Estado que los aporta, y de unas condiciones de acceso mutuamente acordadas (Art. 15 CDB). De esta forma ambas partes deben llegar a un acuerdo para el acceso y la distribución de los beneficios. Así pues, puede resultar conveniente incluir los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas entre los recursos naturales objeto de acceso; lo que les permitiría participar en la distribución de los beneficios según lo previsto en dichos acuerdos, y de esta forma aunque no puedan acceder al sistema de patentes sí podrán participar en cierta medida de los resultados de la invención.

IV. Los derechos de las comunidades indígenas

Son indígenas los pueblos descendientes de poblaciones que habitaban en un país o región geográfica cuando fue colonizado; estas comunidades indígenas de las que existen 300 millones de personas tienen en común su vinculación con la tierra²². Estas comunidades están asentadas en países que tienen el 70% de la riqueza en biodiversidad de nuestro planeta, pero que carecen de infraestructura científica y recursos suficientes para crear sus propios programas tecnológicos, por ello, es preciso establecer un régimen específico de protección de sus conocimientos tradicionales colectivos.

Las comunidades locales e indígenas y los agricultores de todas las regiones del mundo han contribuido enormemente a la conservación de los recursos y a mejorar el habitat. En general, se entiende que es responsabilidad de los Estados proteger los conocimientos tradicionales de interés para los recursos fitogenéticos, para la alimentación y la agricultura, y amparar el derecho a participar equitativamente en la dis-

²¹ LOZANO CUTANDA, B. *Derecho ambiental administrativo*. Dykinson, 4ª edición, 2004, p. 51.

²² LOZANO ESCRIBANO, T. "Los pueblos indígenas y el medio ambiente". Vol. LOZANO CUTANDA, B. *Derecho ambiental administrativo*. Dykinson, 4ª edición, 2004, p. 558.

tribución de los beneficios y el de participar en la toma de decisiones sobre la conservación y utilización sostenible de los mismos. El art. 9 del TIRF reconoce la necesidad de proteger sus conocimientos tradicionales, además de garantizar su participación en la adopción de decisiones y en la distribución de los beneficios que se deriven de la utilización de material genético de origen vegetal.

La cuestión es determinar la forma en que los Estados pueden proteger estos conocimientos tradicionales a través de un sistema diferente al de la Propiedad Industrial donde tienen más difícil cabida. Se han planteado diversas alternativas entre las que destaca la protección mediante un derecho *sui generis* comunitario. En el presente trabajo buscamos también explorar la posibilidad de protegerlos mediante los derechos de las creaciones científicas.

IV.1. Mediante un sistema *sui generis*

La opción de la protección mediante un derecho *sui generis* ha sido adoptada en diversos países como Costa Rica o Perú. Costa Rica en su Ley de Biodiversidad, (Arts. 82-85) establece una suerte de derecho comunitario o colectivo de propiedad intelectual, “específicamente orientado a la protección de los conocimientos indígenas, es decir, un derecho *sui generis* de naturaleza colectiva o comunitaria”²³. Con esta solución en el fondo se pretende desvincular de los instrumentos de protección de la propiedad intelectual o industrial y garantizar tres objetivos²⁴: a) La distribución de beneficios derivados del acceso y uso del conocimientos, b) El reconocimiento y fomento de la existencia e importancia del mismo, y c) Su respeto, lo cual conlleva la necesidad de evitar su apropiación indebida por parte de terceros.

En Perú, la Ley n^o 27811²⁵, que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos reconoce el derecho de estos pueblos a decidir sobre sus conocimientos colectivos. Entendidos tales como todo “conocimiento acumulado y transgeneracional desarrollado por los pueblos y comunidades indígenas respecto a las propiedades, usos y características de la diversidad biológica” (Art. 2 b). Mediante un contrato de licencia de uso de conocimientos colectivos se pueden establecer directamente acuerdos con la organización representativa de los pueblos indígenas poseedores de un conocimiento para su uso y explotación. La publicidad de los conocimientos también se garantiza mediante un sistema de registros (dos Registros nacionales, uno público y otro confidencial, de conocimientos colectivos de los pueblos indígenas y unos Registros locales).

²³ PEREZ SALOM, R. “El acceso a los recursos genéticos y la distribución de los beneficios”. Vol. *Recursos Genéticos, Biotecnología y Derecho Internacional*, o.cit., p. 203.

²⁴ CABRERA MEDAGLIA, J. “El sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales: un estudio de la ley de biodiversidad de costa rica y normativa relacionada”. OMPI, Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, 23 julio 2003. http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_5/wipo_grtkf_ic_5_inf_7.doc

²⁵ Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 10 de agosto de 2002.

Este sistema de protección tiene la ventaja de su adaptabilidad a las particularidades de las comunidades indígenas aunque también adolece de algunas dificultades prácticas como son la de elaborar el inventario de los conocimientos colectivos, deslindarlos de lo que serían meros recursos genéticos de los pueblos indígenas, y de garantizar la coexistencia de éste con otros regímenes de propiedad industrial.

IV.2. Mediante los derechos de propiedad intelectual

Los conocimientos podrían encajar como una obra científica²⁶. Sus ventajas serían obvias en tanto que, una vez aceptada como tal, podría tener una protección internacional (Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y científicas) y, además, ello permitiría reconocerle tanto un contenido moral como patrimonial. Explícitamente la normativa española reconoce los derechos morales de autor aplicados a una obra científica (Arts. 14 y 15 RDL 1/1996 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual).

Sin embargo para encajarlos en esta concepción de obra, los conocimientos indígenas tropiezan con diversas dificultades: la expresión de la obra, la determinación de la autoría y la extensión de los derechos de autor.

La primera dificultad sería determinar si la obra que hemos denominado científica, ha sido de alguna forma expresada y es original. El conocimiento de las comunidades indígenas de sus tierras, recursos y medio ambiente debe estar de alguna manera expresado en un soporte. Los derechos de autor protegen las creaciones expresadas en cualquier soporte, tangible o intangible, conocido o que pueda conocerse en el futuro. Por ello entendemos que la forma tradicional de seleccionar y de hacer cultivos así como la tradición directa puede constituir una forma válida de exteriorización de una obra protegida por derechos de autor.

Por otra parte, al ser creados por una pluralidad de sujetos, únicamente podríamos conceptualarla como obra colectiva. La obra científica o de investigación llamada “colectiva” es una obra única y autónoma resultante de las aportaciones de los diferentes autores, sin que sea posible atribuir a cada uno de ellos derechos (pro indiviso) sobre la obra realizada. La iniciativa o coordinación corresponde a una persona natural o jurídica que la edita y divulga y los derechos de Propiedad intelectual pertenecerán a esta persona –editor-. No obstante, es posible un pacto en contrario a lo dispuesto en esta norma, y una redistribución de los derechos. En este sentido podemos entender que los conocimientos colectivos de las comunidades constituyen un elemento intelectual que les resulta propio, y es posible mantener en un criterio favorable a reconocerles su condición de autor.

Finalmente, otra cuestión importante y que enlaza con lo visto anteriormente, es considerar el momento en que se entiende fijada la obra, de forma que será a partir

²⁶ Vid DE COUTO GALVEZ, R. M^º. *Propiedad Intelectual e Industrial de la obra científica. 1. La protección*. Ed. Universidad Pontificia Comillas y Editorial Complutense, 2008.

de ese momento cuando se inicie el cómputo para la duración de los derechos patrimoniales. Si por un lado decimos que se fijaron hace muchos años, incluso siglos, habría de concluirse, necesariamente, que esos conocimientos integran ya el dominio público, negándose finalmente toda ventaja económica relacionada con la explotación de los mismos. Para esta última objeción no encontramos por el momento una solución fácil, quizás un sistema de registro, como el seguido para la protección sui generis de los conocimientos colectivos podría ser un instrumento adecuado para fijar el comienzo de la duración de los derechos.

V. Conclusiones

PRIMERA. El desarrollo de la innovación en el sector biotecnológico agrario, que es un sector emergente de la Nueva Economía, requiere por un lado una conciliación de los sistemas de protección de DPI con la protección de nuevos derechos emergentes como son los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y, por otro lado, establecer un marco claro en otros aspectos que envuelven la investigación y el desarrollo biotecnológico como son el acceso a los recursos y la protección del medio ambiente.

SEGUNDA. La protección de los conocimientos de las comunidades indígenas suponen, en lo que se refiere al régimen de obtentores, la necesidad de reformular la excepción del agricultor, reforzándola como un auténtico derecho de las comunidades indígenas al libre acceso y explotación de los recursos naturales de su ecosistema; en segundo lugar, mejorar el sistema de registro de variedades, reconociendo a las comunidades indígenas que han mejorado variedades autóctonas, su condición de obtentores, y arbitrar un sistema que impida que un tercero pueda obtener derechos exclusivos sobre dichas variedades.

TERCERA. Pese a las disputas sobre la patentabilidad o no de la materia viva, finalmente los distintos regímenes de patentes existentes han acabado admitiéndolo siempre que cumplan con los requisitos de actividad inventiva, novedad y aplicación industrial. La dificultad de encajar los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas en dichos conceptos impide reivindicarlos como invenciones patentables, lo cual puede resultar injusto en la medida en que dichos conocimientos han contribuido al desarrollo de una invención protegida, quedando, sin embargo, fuera de los beneficios derivados de su explotación comercial. Para salvar este obstáculo y puesto que, en definitiva, la innovación en el sector biotecnológico agrario depende del acceso a los recursos genéticos de otros países, pueden incluirse los conocimientos tradicionales en el régimen de acceso a los recursos, incorporándose reglas particulares para su protección y explotación económica en el contrato previo firmado con el Estado donde radican los recursos. Así se garantizará no sólo el acceso a los conocimientos y la forma en que éste debe hacerse, sino también la participación en la distribución final de beneficios procedente de la innovación sobre dichos recursos.

CUARTA. Los conocimientos tradicionales como un bien autónomo pueden protegerse mediante la creación de un DPI propio, o bien integrándolos en la categoría de obra científica protegida por los Derechos de Autor. El establecimiento de un sistema *sui generis* como el seguido en Costa Rica o en Perú, tiene la ventaja de su adaptación a las particularidades de las comunidades indígenas y garantiza su autonomía respecto de otros DPI; aunque también adolece de algunas dificultades prácticas a la hora de realizar el inventario de los conocimientos colectivos, o al deslindarlos de lo que serían meros recursos genéticos de los pueblos indígenas, y de garantizar la coexistencia de éste con otros regímenes de propiedad industrial. Por otra parte, la consideración como obra protegida por los derechos de autor puede plantear algunas cuestiones como la determinación de la autoría de la obra o el momento en que empieza el cómputo de los derechos de explotación. Si se salvan estos obstáculos, en cualquier caso, sería más efectivo reglamentar normas específicas de protección.

Bibliografía

- CABRERA MEDAGLIA, J. “El sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales: un estudio de la ley de biodiversidad de costa rica y normativa relacionada”. OMPI, Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, 23 julio 2003. http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_5/wipo_grtkf_ic_5_inf_7.doc
- CASADEVANTE, C., *La protección del medio ambiente en el derecho internacional, derecho comunitario europeo y derecho español*. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno vasco, Bilbao, 1991, pp. 29-50.
- DE COUTO GALVEZ, R. M^a. *Propiedad Intelectual e Industrial de la obra científica. 1. La protección*. Ed. Universidad Pontificia Comillas y Editorial Complutense, 2008.
- FERNÁNDEZ DIEZ, M.C., CORRIPIO GIL-DELGADO, R. “Regulatory factors affecting the agri-food biotechnology sector in the European Union”. *International Journal of BioTechnology (IJBT) Volume 6*.
- LOZANO ESCRIBANO, T. “Los pueblos indígenas y el medio ambiente”. Vol. LOZANO CUTANDA, B. *Derecho ambiental administrativo*. Dykinson, 4^a edición, 2004, p. 558.
- PEREZ SALOM, R. “El acceso a los recursos genéticos y la distribución de los beneficios”. Vol. *Recursos Genéticos, Biotecnología y Derecho Internacional*, CAM y Aranzadi, 2002, p. 203.

