

BIODIVERSIDAD, PROPIEDAD INTELECTUAL Y EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

MANUEL RUIZ MULLER*

Sociedad Peruana de Derecho Ambiental

Resumen

Propiedad intelectual, biodiversidad y libre comercio se han convertido en los últimos años en componentes de un crecientemente y complejo debate. La propiedad intelectual concentrada en manos de las naciones industrializadas, la biodiversidad localizada principalmente en los países en desarrollo del sur, y el libre comercio promovido como parte del proceso de globalización, enfrentan a los países ricos en biodiversidad y a los países industrializados.

La propiedad intelectual (y las patentes de invención, en especial) es percibida como un instrumento a través del cual, directa e indirectamente, se genera una “ apropiación ” de la biodiversidad. Las nuevas tecnologías y la biotecnología contribuyen a reforzar esta sensación.

En este contexto, los Tratados de Libre Comercio y la inclusión de capítulos sobre propiedad intelectual que buscan ir más allá de los estándares multilaterales logrados en el ADPIC, han encontrado serias resistencias de parte de naciones como el Perú. En definitiva, la Carta de Entendimiento en materia de biodiversidad incorporada en el TLC con los Estados Unidos (la primera de su tipo a nivel mundial) por ejemplo, es una respuesta inicial a estas preocupaciones y una manera de cautelar los intereses nacionales con relación a la biodiversidad y su potencial presente y futuro.

Este ensayo plantea algunos de los problemas y debates en torno a estos temas y se centra en los avances logrados y elementos positivos

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios de Maestría en Derecho de la Competencia y la Propiedad Intelectual. Desde el año 1991 trabaja en la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental y actualmente se desempeña como Director del Programa de Asuntos Internacionales y Biodiversidad de dicha institución. Se especializa en temas de biodiversidad, propiedad intelectual, conocimientos tradicionales, biotecnología y agrobiodiversidad.

generados a partir de dicha Carta de Entendimiento. Resume los antecedentes de los problemas, las propuestas sobre divulgación de origen en materia de propiedad intelectual y, asimismo, destaca los elementos positivos y limitaciones de la Carta de Entendimiento, entre otros puntos críticos del proceso de negociación del TLC con los Estados Unidos.

I.- Introducción

La gran mayoría de analistas coinciden en señalar que la tendencia hacia la negociación y firma de tratados de libre comercio entre los países tiene como efecto debilitar el sistema multilateral de comercio¹, cuyo referente es la Organización Mundial de Comercio (OMC). En segundo lugar, facilita la negociación en favor de países más desarrollados en la medida que su “peso” político y económico marca la orientación, ritmo y hasta contenidos de la negociación bilateral.

Esta nueva tendencia al “bilateralismo” se explica a su vez por las propias dificultades políticas que enfrenta el proceso multilateral y la necesidad de los países de buscar de manera expeditiva facilidades comerciales para el tráfico de bienes y servicios con sus principales socios comerciales.

En este contexto, resulta evidente y explicable el interés del Perú en estrechar sus vínculos comerciales con los Estados Unidos (EEUU), su principal socio comercial. El Perú exporta hacia EEUU US \$ 4,620 millones e importa aproximadamente US \$ 1 854² millones lo cual implica el 26,4% de las exportaciones³ y 17,9% de las importaciones⁴, respectivamente.

¹ El sistema multilateral de comercio implica básicamente las reglas de comercio impuestas por el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT por sus siglas en inglés) y que fue el resultado de un proceso iniciado en la década de los años 40 con la Ronda de Negociación de Ginebra (1947) y culminado durante la Ronda de Uruguay (1986 – 1994). El sistema multilateral implica una serie de acuerdos celebrados entre casi todos los países del mundo en una diversidad de temas (servicios, medidas sanitarias, propiedad intelectual, agricultura, textiles, etc.), siendo lo más novedoso del mismo, la existencia de un mecanismo de solución de disputas y controversias que, efectivamente, impone sanciones a países infractores o que se encuentran en falta y que permite medidas de retaliación por la imposición de barreras injustificadas al libre comercio. La OMC administra los diferentes acuerdos del GATT.

² Cifra a noviembre de 2005. Para información más detallada ver:

<http://www.peruvianembassy.us/embajada/relaciones-bilaterales-relaciones-economicas.php>.

³ Ver: <http://www.prompex.gob.pe/Prompex/Documents/ae64f690-7195-4087-8ef0-e8576e0e0e1d.pdf>.

⁴ Ver: <http://www.peruvianembassy.us/embajada/relaciones-bilaterales-relaciones-economicas.php>.

El presente ensayo analiza brevemente un tema que ha sido objeto de considerable debate, discusión y controversia en el proceso de negociación del Tratado de Libre Comercio (TLC) entre los Estados Unidos de América y el Perú, a saber, la relación entre biodiversidad, conocimientos tradicionales y propiedad intelectual.

En resumen, el ensayo intenta responder a las preguntas: ¿Por qué se incorporan estos temas al TLC y, por ende, por qué son importantes? y ¿cuáles son sus implicancias y relevancia para el Perú? Para ello, el ensayo se ha dividido en seis secciones.

En la primera se plantean algunas definiciones básicas para una mejor comprensión del tema. En la segunda sección se analizan algunos antecedentes al tema de la biodiversidad, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales, así como la forma en que ello se empieza a convertir en un componente del común (“mainstream”) de la discusión política internacional. La tercera sección describe brevemente por qué es importante la biodiversidad para el Perú en términos sociales, económicos y políticos. La cuarta sección pasa a considerar las razones de la inclusión de estos temas en el TLC entre Estados Unidos y el Perú. En el punto quinto se analiza en detalle el contenido de la Carta de Entendimiento en materia de biodiversidad que es parte del TLC y el Capítulo 18 que también incluye referencias específicas a este tema. Por último, el punto sexto plantea algunas ideas sobre cuál podría ser el rumbo que podría tomarse para efectos de una efectiva (y beneficiosa) implementación del TLC a favor del Perú. Se han incluido también unos comentarios finales y reflexiones sobre estos temas.

II.- Definiciones básicas⁵

Conocimientos tradicionales (CT): conocimientos, innovaciones y prácticas específicamente de los pueblos y comunidades indígenas en el campo de la artesanía, creación artística, uso de la biodiversidad, entre otros.

Diversidad biológica (o biodiversidad): variabilidad entre los organismos vivos de todas las fuentes, incluyendo, ecosistemas marinos y acuáticos en general y terrestres, así como los complejos ecológicos de los que forman parte –se incluye la diversidad entre especies, al interior de las especies y entre ecosistemas–.

Propiedad intelectual: sistema legal a través del cual se retribuye el esfuerzo intelectual del ser humano orientado a la creación técnica y artística, a partir del uso de una serie de instrumentos tales como las patentes de invención, derechos de autor, secretos empresariales, indicaciones geográficas, entre otros.

Recursos genéticos: material genético –de origen animal, vegetal o de microorganismos que contiene unidades funcionales de herencia– de valor actual o potencial.

⁵ Estas definiciones se derivan principalmente del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB).

III.- Antecedentes de la discusión

El análisis de las interrelaciones jurídicas, económicas y políticas entre la biodiversidad, los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual se remontan al final de los años 80. En ese entonces se empezó a cuestionar el uso por parte de los países desarrollados de instrumentos de la propiedad intelectual (específicamente patentes de invención y derechos de obtentor) para proteger innovaciones relacionadas con componentes de la biodiversidad y los CT asociados a la misma.

Las razones de este cuestionamiento eran simples: mientras que por la generación de nuevas innovaciones derivadas de esta biodiversidad era necesario reconocer derechos de propiedad y pagar por una serie de rubros, el acceso y uso de esta misma biodiversidad era prácticamente libre, amparado por la figura de un “patrimonio común de la humanidad”.

Este período coincide con la expansión y explosión de los avances en materia de biotecnología e ingeniería genética, producto de las originales investigaciones de Watson y Crack que en los años 50 les valieron el Premio Nóbel por haber encontrado la estructura de los genes⁶. Decisiones fundamentales en la Corte Suprema de Estados Unidos (Caso Anandas Chackrabarty) y en países de Europa (Caso Rote - Taube en Alemania) abrieron las posibilidades a la protección jurídica de invenciones en el campo biotecnológico, en temas otrora considerados casi sagrados e inexplorados⁷.

Toda esta situación se daba en un contexto en el cual las limitaciones económicas y tecnológicas de ciertos países contrastaban con su gran riqueza en términos de biodiversidad, frente al poder económico y tecnológico de otros países con muy limitada riqueza en materia de biodiversidad. Esta imagen del sur *versus* el norte fue la que marcó el derrotero de los debates y las tensiones subsiguientes en la medida que los países del Sur querían también ser parte de estos avances tecnológicos y participar en los beneficios generados toda vez que en muchos casos se derivaban de recursos alguna vez obtenidos de sus territorios.

IV.- La importancia de la biodiversidad y los conocimientos tradicionales para el Perú desde una perspectiva política, económica, cultural y ambiental

El Perú es uno de los diez países megadiversos del mundo que, en su conjunto, albergan aproximadamente el 70% de la biodiversidad del planeta. Concentra

⁶ Correa (1990), p.53.

⁷ Ibid.

una gran riqueza biológica a nivel de ecosistemas, especies y genes que resultan importantes para una amplia gama de actividades que incluyen: el turismo, la producción de fármacos y suplementos nutricionales, la agricultura y la agroindustria, la extracción forestal, la pesca, la ganadería, entre otros. El Perú es un centro de origen de biodiversidad a nivel de especies silvestres y también de diversificación en el caso de especies domesticadas utilizadas en la agricultura⁸.

Si se valoriza en términos de la contribución de la biodiversidad a la economía nacional, basta simplemente considerar: la actividad pesquera (1% del PBI), la actividad forestal (1% del PBI)⁹, la agricultura (7% del PBI)¹⁰ y los servicios ambientales. Gran parte de la actividad económica del país se encuentra directa o indirectamente ligada a la biodiversidad y depende fuertemente de ella.

Solamente a modo de ejemplo, se calcula que en los procesos de investigación y desarrollo de nuevos fármacos (actividad que realizan principalmente los países desarrollados) puede ahorrarse hasta 25% de los costos de producción (US\$ 300–500 millones) utilizando información etnobotánica o, lo que es lo mismo, conocimientos tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas sobre usos y aplicaciones de plantas medicinales. En la década de los años 80, se calculó que aproximadamente el 25% de las drogas vendidas en los Estados Unidos, provenían directa o indirectamente de componentes de la biodiversidad.

A mayor ahondamiento, el mercado global anual de componentes de la biodiversidad que se usan directa o indirectamente en la industria (farmacéutica, biotecnológica, agrícola, de pesticidas, cosmética, de suplementos nutricionales) es de US\$ 500 – 800 billones¹¹.

Finalmente, debe tomarse en cuenta que en el mundo casi el 80% de la población satisface sus necesidades básicas de salud a partir del uso y aplicación de productos que se derivan directamente de la biodiversidad (aplicaciones de plantas medicinales, ungüentos, aceites, extractos bebibles, etc.)¹²

Por otro lado, no es coincidencia que esta biodiversidad esté también asociada a una enorme riqueza y variedad cultural. En el caso del Perú, el país es también uno de los diez países culturalmente más diversos del planeta con 14 familias lingüísticas y 44 etnias distintas. Cuarentidós de éstas se encuentran en la Amazonía. Las comunidades indígenas (tanto andinas como amazónicas) utilizan cientos de especies para alimentos, abonos, condimentación, bebidas, forestería, ornamentación, artesanía, vestido, fibras, látex, utensilios, medicinas, etc. Casi

⁸ Ver: Decisión 523, Estrategia Regional de Biodiversidad para los países del Trópico Andino, Comunidad Andina (2000).

⁹ Ver: <http://www.elperuano.com.pe/edc/2005/12/13/inf.asp>.

¹⁰ Ver: <http://www.minag.gob.pe/agricola.shtml>.

¹¹ Para mayores detalles ver: Laird and Ten Kate (1999).

¹² Según la OMS este 80% se concentra básicamente en los países en desarrollo. Para un análisis más detallado ver: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs134/en>.

900 especies se usan con fines alimenticios; 1 600 con fines ornamentales y 1 400 para fines medicinales. Culturalmente, la biodiversidad juega un rol vital en la supervivencia inmediata de estas comunidades.

La importancia de la biodiversidad es múltiple. Desde geopolítica (por ejemplo, en relación al rol que juega la parte alta de la cuenca del Amazonas en la agricultura brasilera), cultural (por ejemplo, en el sentido que el Perú tradicional y nuestra esencia como cultura y nación está estrechamente ligada al uso y conservación de la biodiversidad, especialmente a nivel de nuestras comunidades), hasta económica (por ejemplo, en la medida que la gran mayoría de los pobladores amazónicos depende directamente para su supervivencia de la explotación de componentes de esta biodiversidad – frutas, verduras, peces, etc. Y en el hecho que la industria pesquera y forestal dependen de esta biodiversidad para subsistir como actividades).

V.- ¿Por qué incluir biodiversidad y conocimientos tradicionales en el TLC?

Es recién a mediados de los años 90, cuando se empiezan a hacer más evidentes los esfuerzos de los países en desarrollo (ricos en diversidad biológica) por incorporar los temas de biodiversidad y conocimientos tradicionales a las agendas internacionales en materia de propiedad intelectual.

En el caso de la OMC, los espacios para ello son el Consejo del Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y el Comité de Ambiente y Comercio. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) aparece como otro espacio casi “natural” para insistir en esta discusión. Evidentemente, el CDB continúa siendo el principal foro de generación de ideas y propuestas que luego son “exportadas” a otros espacios de discusión¹³. Incluso en la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (en las discusiones del Tratado Internacional de la FAO, en materia de “Derechos del Agricultor y la aplicación de la propiedad a recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura) y en la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

La razón de incluir estos temas en el TLC tiene que ver con un patrón iniciado con el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) en el cual durante la Ronda de Uruguay (1986 - 1994) se incluyó a la propiedad intelectual dentro de la negociación, pasando a formar parte de un Acuerdo específico (el

¹³ En el caso de la OMPI, en el año 2000, la Asamblea General decidió establecer el Comité Intergubernamental sobre Recursos Genéticos y Conocimientos Tradicionales, Propiedad Intelectual y Folklore. Este espacio ha servido para avanzar en la discusión conceptual sobre cómo proteger legalmente los CT. Aunque no tiene un mandato de negociación propiamente, ha informado buena parte de los debates internacionales en los últimos cinco años. Para conocer detalles del trabajo del Comité Intergubernamental ver: www.wipo.int.

ADPIC). La propiedad intelectual se incluyó en un acuerdo de carácter comercial por presión de los países industrializados y por entender que la propiedad intelectual, más allá de su fin último de promoción de la innovación¹⁴, es una herramienta que permite controlar el comercio y, en última instancia, el mercado.

En ese sentido, no existe un gran misterio del por qué es necesario discutir sobre propiedad intelectual en los diferentes acuerdos comerciales que en la actualidad se negocian. Se negocia porque se “arrastra” la tradición seguida durante el GATT. En ese momento –durante los años 80 y mediados de los años 90– no existía aún mayor conciencia sobre las implicancias sociales, culturales y económicas de incluir la propiedad intelectual en un acuerdo comercial multilateral.

Los avances tecnológicos en los últimos veinte años han generado toda una revolución en materia de propiedad intelectual con nuevas necesidades, nuevos intereses y nuevas exigencias que se plantean para proteger los derechos de los titulares principalmente.

Y salvo contadas excepciones, la gran mayoría de estos titulares (especialmente en ciertos campos de la propiedad intelectual) provienen de los países industrializados. Si bien no es posible determinar con absoluta precisión los impactos que tiene la propiedad intelectual (y su paulatino fortalecimiento a través de instrumentos ADPIC Plus)¹⁵⁻¹⁶ sobre los países en desarrollo, como ya se mencionó, cada vez más se hace más difícil acceder a cierto tipo de información¹⁷, ciertas tecnologías e innovaciones, en general protegidas por estos instrumentos¹⁸.

¹⁴ En la actualidad, mucho se cuestiona el rol promotor de la innovación de la propiedad intelectual, especialmente con relación a la función del sistema de patentes, derechos de autor y nuevos instrumentos de protección *sui generis*. No obstante, estos instrumentos son parte del “*enclosure movement*”, que constituye una tendencia hacia la privatización absoluta del conocimiento, donde los derechos de los titulares se fortalecen y las excepciones previstas para continuar en el proceso creativo e innovador, se debilitan. Para mayores detalles de este fenómeno se recomienda revisar: Boyle, James.

¹⁵ Sobre este particular ver: The World Bank Group (2005).

¹⁶ Lall (2003).

¹⁷ Reichmann y Uhlir (2003).

¹⁸ El caso de la protección *sui generis* de bases de datos ilustra este punto. Hasta hace algunos años, los datos “crudos” que eran derivados de la observación empírica en el campo científico eran simplemente partes sueltas que podrían ayudar a resolver una infinidad de problemas a partir de su adecuada interrelación e interpretación. Los datos científicos eran la base misma de la innovación. Hoy por hoy, hay una tendencia muy fuerte por proteger legalmente bases de datos *no originales*, es decir, bases de datos que no implican un grado de creatividad susceptible de ser protegida mediante derecho de autor, ya sea por el ordenamiento o por cierta coherencia innovadora dada a esta acumulación de datos. Ejemplos de esto lo constituyen la propuesta de la OMPI para un Tratado sobre la Protección de Bases de Datos (1996) o la Directiva Europea sobre Bases de Datos (1996). En ambos casos se incluye una protección *sui generis* a quien invierte dinero y tiempo en compilar una base de datos, más allá que los datos *per se* en el orden de la compilación signifiquen o no algo.

Asimismo, las excepciones planteadas en la doctrina, jurisprudencia y las propias normas de propiedad intelectual para continuar con el proceso creativo e innovador en las artes o en la ciencia, empiezan también a sufrir recortes, con lo cual se afecta el proceso intelectual en su integridad¹⁹.

VI.- La Carta de Entendimiento EEUU – Perú en el marco del TLC: análisis de sus contenidos

El TLC entre EEUU y Perú puede analizarse desde diferentes ángulos. Como en todo acuerdo y proceso de negociación, hay elementos a veces no tan beneficiosos pero también logros positivos que es necesario destacar y resaltar y que, muchas veces, compensan lo que se pierde en otros temas (no por ello poco importantes).

En el caso del TLC entre EEUU y Perú, las referencias y el tratamiento dado al tema de la biodiversidad y los conocimientos tradicionales (CT) es, precisamente, uno de esos logros positivos²⁰.

En primer lugar, la sola *referencia* a la biodiversidad y a los CT de los pueblos indígenas en el TLC es ya un logro en sí mismo, especialmente si se considera con quién se ha estado negociando y cuál ha sido la posición de los EEUU en estos temas a lo largo de los últimos años, en diferentes foros y en otros TLC (donde no se mencionan)²¹. Estos temas también se encuentran incluidos en el Capítulo 18 (Medio Ambiente) y, especialmente, se detallan en el Acuerdo Respecto a Biodiversidad y Conocimientos Tradicionales (más conocido como la Carta de Entendimiento).

Esta Carta de Entendimiento (que es parte integral del TLC) (Cuadro 1), reconoce la importancia social, económica y cultural que tiene la biodiversidad y los CT, así como el rol que juegan en las posibilidades de desarrollo de los países. Asimismo, se reconoce la importancia del consentimiento informado previo (PIC) de las autoridades nacionales como condición para acceder a los recursos genéticos y garantizar la distribución justa y equitativa de beneficios que se deriven del acceso y uso de estos recursos y los CT. Finalmente, se reconoce la necesidad de

¹⁹ Basta solamente pensar en el número y características de patentes en el campo biotecnológico; el debilitamiento de las excepciones de “*fair use*” en el derecho de autor; limitaciones a las excepciones del agricultor o el mejorador en los sistemas de mejoramiento de nuevas variedades vegetales (sistemas tipo UPOV), entre otros. Se sugiere revisar la página web de la International Association for the Study of Common Property (www.iascp.org).

²⁰ Sagasti (2006).

²¹ En el NAFTA (1994), el CAFTA (2003), los TLC con Chile (2003), Singapur (2003), Marruecos (2004), Australia (2004), entre otros, no hay referencias a la biodiversidad en los términos y detalles planteados en el TLC con el Perú. Ciertamente, no todos los países tienen la riqueza biológica del Perú pero, en todo caso, Australia, México y Centro América sí se consideran especialmente ricos en biodiversidad.

llevar adelante exámenes de patentabilidad de calidad a fin de garantizar que no se otorguen derechos indebidos o se presenten fenómenos de biopiratería²².

El tema de la calidad de los exámenes de patentes y patentes indebidas se ha hecho evidente a partir de varios casos en los cuales se han concedido derechos respecto de invenciones derivadas de la biodiversidad, donde la altura inventiva y novedad han sido muy cuestionadas²³. Patentes en el caso del ayahuasca, maca, quinua, el árbol del neem, entre otras, son algunos de estos ejemplos²⁴.

²² Aunque no hay una definición universalmente aceptada ni consenso respecto al concepto de “biopiratería”, la Ley 28216 (del 1 de mayo de 2004), Ley de Protección al Acceso a la Diversidad Biológica Peruana y los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, establece en su Disposición Complementaria y Final Tercera que la biopiratería se define como “... *el acceso y uso no autorizado y no compensado de recursos biológicos o conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas por parte de terceros, sin la autorización correspondiente y en contravención de los principios establecidos en el Convenio sobre la Diversidad Biológica y las normas vigentes sobre la materia. Esta apropiación puede darse a través del control físico, mediante derechos de propiedad sobre productos que incorporan estos elementos obtenidos ilegalmente o en algunos casos mediante la invocación de lo mismos*”.

²³ Para mayor información sobre patentes en trámite o concedidas sobre componentes de la biodiversidad peruana y respecto de los cuales la Comisión Nacional de Prevención de la Biopiratería sospecha o podrían presentarse cuestionamientos precisamente en el campo de la novedad y altura inventiva, se sugiere revisar: Comisión Nacional de Prevención de la Biopiratería (2005).

²⁴ Dutfield (2000).

CUADRO 1
TEXTO DE LA CARTA DE ENTENDIMIENTO ENTRE EEUU Y PERÚ
COMO PARTE DEL TLC

ACUERDO RESPECTO A BIODIVERSIDAD Y
CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Los Gobiernos de la República del Perú y de los Estados Unidos han llegado al siguiente acuerdo respecto a biodiversidad y conocimientos tradicionales dentro del Tratado de Promoción de Comercio Estados Unidos – Perú, el cual ha sido firmado el día de hoy:

Las Partes reconocen la importancia de los conocimientos tradicionales y la biodiversidad, así como la potencial contribución de los conocimientos tradicionales y la biodiversidad al desarrollo cultural, económico y social.

Las Partes reconocen la importancia de lo siguiente: (1) la obtención del consentimiento informado de la autoridad pertinente previamente al acceso a los recursos genéticos bajo el control de dicha autoridad; (2) la distribución equitativa de los beneficios que se deriven del uso de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos; y (3) la promoción de la calidad del examen de las patentes para asegurar que se satisfagan las condiciones de patentabilidad.

Las Partes reconocen que el acceso a los recursos genéticos o conocimientos tradicionales, así como la distribución equitativa de los beneficios que se puedan derivar del uso de esos recursos o conocimiento, pueden ser adecuadamente atendidos a través de contratos que reflejen términos mutuamente acordados entre los usuarios y los proveedores.

Cada Parte procurará encontrar medios para compartir información que pueda tener relevancia en la patentabilidad de las invenciones basadas en los conocimientos tradicionales o los recursos genéticos, mediante el suministro de:

- (a) bases de datos públicamente accesibles que contengan información relevante; y
- (b) la oportunidad de dirigirse por escrito a la autoridad examinadora pertinente para hacer referencia sobre el estado de la técnica que pueda tener alguna relación con la patentabilidad.

POR EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
POR EL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS

En segundo lugar, un punto que ha sido materia de considerables críticas (infundadas por cierto) es la referencia al rol de los contratos como instrumento para negociar condiciones mutuamente convenidas sobre el acceso y uso a los componentes de la biodiversidad y los CT. Es claro que estos contratos no son el instrumento *excluyente* para regular las condiciones de acceso y uso de la biodiversidad y los CT. La Carta de Entendimiento señala expresamente que el acceso y la distribución de beneficios “*pueden ser adecuadamente atendidos a través de contratos (...)*”. Ello deja libertad para definir el tipo de instrumento o mecanismo que podría ser utilizado para regular las condiciones de acceso y uso a la biodiversidad.

Por otro lado, hay cierta preocupación por la referencia a los contratos como tales. Los contratos (para regular el acceso a los recursos genéticos y por extensión a los CT) surgen de la manera como *el propio* Convenio sobre la Diversidad Biológica y su proceso de implementación ha ido evolucionando a lo largo de los años. Sin excepción, alrededor del mundo, los contratos son el mecanismo incorporado en *todas* las normas que regulan el acceso a la biodiversidad y sus componentes. Se puede especular que esto es así por el reconocimiento del CDB a la soberanía Estatal sobre los recursos naturales –y los recursos genéticos–.

Más aún, otros instrumentos internacionales como el Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (TIFA, 2001)²⁵ también los han incorporado como el instrumento central para regular condiciones de acceso y uso. Estos contratos son denominados Acuerdos de Transferencia de Material, que no son otra cosa que contratos estandarizados, casi de adhesión y al cual se someten todas las Partes Contratantes del Tratado por igual²⁶.

Mucho más contundente resulta el hecho que las normas vigentes en el Perú que regulan el acceso a los recursos genéticos y la protección de los CT, la Decisión 391 de la Comunidad Andina sobre un Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos (1996)²⁷ y la Ley 27811 sobre un Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Relacionados con la Diversidad Biológica (2002) reconocen en los contratos el instrumento principal que regula las condiciones de acceso y uso de estos componentes.

²⁵ Para conocer en detalle los contenidos específicos y las implicancias del TIFA se recomienda revisar: Moore et. al. (2005).

²⁶ Instrumentos tales como: Medida Provisoria 2.186 – 16 de Brasil (2001), la Ley 7788 de Costa Rica (1998), la Ley 4.780 de Venezuela, entre otros, hacen referencia a herramientas que se refieren al consentimiento fundamentado previo (PIC), al acuerdo mutuamente convenido, distribución de beneficios, y que no son otra cosa que acuerdos o contratos entre partes. Ver: Lapeña y Ruiz (2004).

²⁷ Esta Decisión fue aprobada en el mes de julio de 1996. Su artículo 1 define al Contrato de Acceso como: “ *Acuerdo entre la Autoridad Nacional Competente en representación del Estado y una persona, en el cual se establecen los términos y condiciones para el acceso a los recursos genéticos, sus productos derivados y, de ser el caso, el componente intangible asociado* ”.

En el caso de la Decisión 391, los Contratos de Acceso a los Recursos Genéticos regulan estas condiciones. La Decisión 391 incluye la Resolución 415 (anexo de la misma) por la cual se aprueba un Modelo Referencial de Acceso a los Recursos Genéticos. En el caso de la Ley 27811 son los Contratos de Licencia de Uso de Conocimientos Colectivos los que hacen lo propio en relación a los CT²⁸.

Por otro lado, si bien los EEUU no han ratificado el Convenio sobre la Diversidad Biológica, sin embargo, al menos en el caso de su relación con el Perú, incluye en la Carta de Entendimiento principios básicos reconocidos (o al menos legitimados) en él a saber, el PIC, los contratos, la soberanía, la distribución justa y equitativa de beneficios, entre otros.

En tercer lugar, dada la preocupación y evidencias que existen sobre la concesión de derechos de propiedad intelectual en Estados Unidos bastante cuestionables²⁹, se han incluido en la Carta de Entendimiento obligaciones para que el Perú y Estados Unidos procuren encontrar mecanismos para compartir información que pudiera referirse a recursos genéticos y CT a fin de evitar, precisamente, que se materialicen estos actos.

Para ello, el Perú y Estados Unidos deberán mejorar los sistemas y mecanismos de búsqueda de información (bases de datos sobre el estado de la técnica) que eviten la concesión de derechos de propiedad intelectual irregulares, ilegales o cuestionables. Así, las autoridades nacionales en materia de propiedad intelectual, la autoridad competente en Estados Unidos (United States Patent and Trademark Office) y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) deberán fortalecer y garantizar mejoras en sus sistemas de búsqueda de antecedentes referidos a biodiversidad y CT. Bases de datos públicamente accesibles y contactos directos con las autoridades examinadoras sobre el estado de la técnica, pueden contribuir a este objetivo.

En cuarto lugar, la inclusión de mecanismos de cooperación en materia ambiental (Artículo 18.7), a través del Acuerdo de Cooperación Ambiental, presenta una oportunidad muy interesante para fortalecer las capacidades nacionales en materia de prevención de casos de biopiratería, vinculando el tema de diversidad biológica y CT con el de propiedad intelectual³⁰.

²⁸ En el caso de la Ley 27811, se definen las licencias de uso de conocimientos colectivos como: *“Acuerdo expreso celebrado entre la organización representativa de los pueblos indígenas poseedores de un conocimiento colectivo y un tercero que incorpora términos y condiciones sobre el uso de dicho conocimiento colectivo”*.

²⁹ Comisión Nacional de Prevención de la Biopiratería, Op. cit.

³⁰ El artículo 18.5 del TLC establece un Consejo de Asuntos Ambientales, que tiene entre sus diferentes funciones la de evaluar y discutir los avances en la implementación del Acuerdo de Cooperación Ambiental (ACA). Por su parte, el Capítulo 18 del TLC sobre Medio Ambiente determina que varias de las disposiciones y principios establecidos en la Carta de Entendimiento deben leerse en conjunción con sus propios contenidos. El artículo 18.8 del TLC reitera varios de los principios reconocidos en la propia Carta de Entendimiento, incluyendo el reconocimiento del valor de la biodiversidad y los CT y de la contribución de estos últimos a su conservación.

Finalmente, surge la pregunta ¿por qué incluir estos temas en una Carta de Entendimiento y no en el texto mismo del TLC? La Carta de Entendimiento, como lo señala su párrafo introductorio (Cuadro 1) es un acuerdo bilateral, vinculante específico entre Estados Unidos y Perú *dentro* del TLC, pero al cual no le serían de aplicación los principios generales de trato nacional y eventualmente el de nación más favorecida³¹ reconocidos en la OMC hacia terceros países que no son parte de esta Carta en particular.

En términos sencillos, los Estados Unidos y el Perú decidieron que las materias abordadas en esta Carta de Entendimiento únicamente tengan efectos jurídicos entre EEUU y Perú, sus firmantes³².

El TLC EEUU – Perú ofrece en el tema de diversidad biológica, CT y propiedad intelectual, más allá de un lenguaje donde predominan los calificativos y “filtros”, oportunidades interesantes que deben ser aprovechadas a partir de una lectura más positiva y constructiva del mismo. No es tan difícil encontrar estos elementos positivos y, en realidad, está en manos del país y de sus capacidades propositivas e innovadoras, generar estas oportunidades para garantizar opciones y posibilidades de desarrollo (sostenible).

VII.- La posición del Perú en otros foros: ¿qué rumbo tomar?

A diferencia de lo que a veces ocurre con las posiciones del país en otros temas, la consistencia del Perú en diferentes foros en materia de biodiversidad, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales es digna de ser destacada.

Desde hace más de una década, de manera individual o en asociación con otros países, las posiciones del Perú han sido muy firmes, sólidamente sustentadas y coherentes. Si se hace una revisión de la participación peruana en los procesos de la CAN, OMPI, OMC, FAO, CDB, entre otros, es fácil verificar lo que se afirma.

³¹ El principio de nación más favorecida implica que los países no pueden normalmente establecer discriminaciones entre sus diversos interlocutores comerciales. Si se concede a un país una ventaja especial (por ejemplo, la reducción del tipo arancelario aplicable a uno de sus productos), se tiene que hacer lo mismo con todos los demás miembros de la OMC. El principio de trato nacional implica igual trato para nacionales y extranjeros. En este sentido, las mercancías importadas y las producidas en el país deben recibir el mismo trato, al menos después de que las mercancías extranjeras hayan entrado en el mercado. Lo mismo debe ocurrir en el caso de los servicios extranjeros y los nacionales, y en el de las marcas de fábrica o de comercio, los derechos de autor y las patentes extranjeras y nacionales. Ambos principios han sido recogidos en el ADPIC, en los artículos 4 y 3, respectivamente.

³² Otra interpretación posible es plantear que en la medida que esta Carta de Entendimiento expresamente señala que se encuentra *dentro* del TLC, le son de aplicación todos los principios generales que se aplican a dicho tratado, incluyendo el de trato nacional. Este tema se encuentra abierto a la discusión.

En la actualidad, la lucha por incluir la divulgación de origen y procedencia legal de los recursos genéticos y los CT como exigencia universal en el sistema de patentes continúa, con la ventaja que ya se encuentra firmemente establecida en la agenda internacional. Es importante volver a destacar que ésta es una posición nacida del Perú allá por el año 1993 y que en su momento, paradójicamente, enfrentó considerable resistencia.

El Perú debe continuar promoviendo y consolidando este cambio. Pero no solamente eso. Internamente (y ya se adelantó en el punto 5) es importante fortalecer los esfuerzos por implementar y aplicar de manera efectiva la legislación andina que ya incluye este tipo de exigencias a fin de demostrar su viabilidad práctica e informar de esa manera al proceso internacional. Esta es una tarea pendiente que el INDECOPI debe cumplir.

En segundo lugar, con la creación de la Comisión Nacional de Prevención de la Biopiratería se ha iniciado también un proceso muy interesante por valorizar y proteger la biodiversidad nacional y los CT de los pueblos y comunidades indígenas del país. Esta Comisión –que es única en el mundo– refleja un grado de colaboración, interacción y compromiso de diferentes instituciones, tanto del sector público como privado. Fortalecer la Comisión y mantener el apoyo político a sus actividades resulta fundamental en el futuro próximo. Esto pasa también por asignarle los recursos suficientes para su operación continua. Aprovechar los mecanismos de cooperación previstos en el TLC podría significar, precisamente, alternativas para apoyar ciertas actividades de la Comisión.

Finalmente, quedan también pendientes algunas tareas en el ámbito nacional, una de las cuales es continuar con el proceso de implementación y aplicación de la Ley 27811 sobre protección de los CT. El compromiso del INDECOPI –como autoridad competente en esta materia– es destacable. Si bien ya se han logrado algunos avances (por ejemplo, a través de un portal de CT, la creación de un registro público de CT, el desarrollo de propuestas de protocolos de acceso y uso de este registro, entre otros), es necesario consolidarlos y fortalecerlos toda vez que, nuevamente, colocan al Perú como un país pionero en esta materia en el mundo.

VIII.- Comentarios finales

Como país en desarrollo, a veces es complicado que los tomadores de decisiones políticas entiendan las implicancias inmediatas y futuras de temas que, simplemente, escapan de su interés y que, sin embargo, son los temas que marcarán el rumbo del mundo en las próximas décadas.

En el TLC entre Perú y Estados Unidos se ha logrado, cuando menos, generar un grado de discusión antes poco visto con relación a los temas de biodiversidad, conocimientos tradicionales y propiedad intelectual. Y en esta discusión han participado una multiplicidad de actores.

Lo que debe quedar claro para los futuros gobernantes es que el desarrollo del país y de las sociedades no lo va a generar únicamente la inversión privada en la explotación de los recursos naturales del país. La verdadera revolución y el desarrollo pasan por entender que la conjunción de biodiversidad – conocimiento – conservación – uso resultan la garantía más segura para respaldar la viabilidad económica, social y política del país.

Y para eso se requieren de políticas públicas y acciones que, por ejemplo, en el ámbito del TLC, hagan un uso intensivo, proactivo y creativo de las posibilidades que este acuerdo presenta al país, cuando menos en este tema en particular. En este caso no prima tanto la interpretación jurídica del TLC y sus contenidos, sino –y más importante aún– la decisión política de implementarlo de manera efectiva luego de su eventual aprobación.

Referencias

- BOYLE, J. “The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain”. Disponible en: www.creativecommons.org o en www.law.duke.edu/journals/66LCPBoyle.
- COMISIÓN NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA BIODIVERSIDAD (2005). “Análisis de Potenciales Casos de Biopiratería en el Perú”, Documento de Investigación. Iniciativa para la Prevención de la Biopiratería, Año I, N° 3, septiembre.
- CORREA, C. (1990). “Patentes y biotecnología: Opciones para América Latina”, *Revista de Derecho Industrial*, Año 12, N° 34, enero-abril, Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- DUTFIELD, G. (2000). *Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity*, World Conservation Union, Earthscan Publications Ltd.
- LAIRD, S. y TEN KATE, K. (1999). *The Commercial Use of Biodiversity. Access to Genetic Resources and Benefit Sharing*, Earthscan Publications Ltd., London.
- LALL, S. (2003). “Indicators of the Relative Importance of IPRs in Developing Countries”, *Intellectual Property Rights and Sustainable Development*, ICTSD, UNCTAD, Issue Paper N° 2, June.
- LAPEÑA, I, y RUIZ, M (Editores) (2004) *Acceso a Recursos Genéticos. Propuestas e Instrumentos Jurídicos*, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Lima, mayo.
- MOORE, GERALD, TYMOWSKI, WYTOLD (2005). *Explanatory Guide to the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*. IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge, UK.
- REICHMANN, J.H. y UHLIR, P. (2003). *A Contractually Reconstructed Research Commons for Scientific Data in a Highly Protectionist Intellectual Property Environment. Law and Contemporary Problems*, School of Law, Duke University, Vol. 66, Winter - Spring. N° 1.

SAGASTI, F. (2006). “¿Le compraría un TLC usado a Toledo?”, *Caretas*, 19 de enero.

WORLD BANK (2005). “Tightening TRIPS: The Intellectual Property Provisions of Recent US Free Trade Agreements”, Trade Note, February 7.