

CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.
SOBRE SU PROTECCIÓN JURÍDICA
Y LA CAPACITACIÓN DE SUS POSEEDORES.
REFERENCIA AL CASO DE VENEZUELA*
*TRADITIONAL KNOWLEDGE. LEGAL PROTECTION
AND CAPACITY-BUILDING OF ITS HOLDERS.
REFERENCE TO THE CASE OF VENEZUELA*

María Julia OCHOA JIMÉNEZ**

RESUMEN: Este artículo expone las principales opciones para regular jurídicamente el acceso a los conocimientos tradicionales, y considera la implementación de algunas de ellas, tomando en cuenta especialmente la situación venezolana. En la primera parte del artículo se presentan algunos aspectos legales fundamentales. A continuación sigue una exposición de las opciones para la regulación de esta materia, que han sido discutidas a nivel internacional e incluidas en normas nacionales y regionales. En la última parte se presenta un caso relevante, tomado de la experiencia venezolana, y se analizan algunos de los problemas que le envolvieron, a partir de lo cual se hacen algunas consideraciones desde un punto de vista práctico normativo.

Palabras clave: conocimiento tradicional, acceso, capacitación, Venezuela.

ABSTRACT: This article deals with the options to regulate the access to traditional knowledge and their implementation, especially taking into account the Venezuelan situation. In the first part of the article, some basic legal aspects are exposed. Then, the main options that have been discussed at international level and incorporated into some national and regional legislations are presented. In the last part of the article, a remarkable case taken from the Venezuelan experience and some of its problems are explained and analysed. This allows us to make an assessment from a practical normative point of view.

Descriptors: traditional knowledge, access, capacity-building, Venezuela.

* Artículo recibido el 12 de febrero de 2009 y aceptado para su publicación el 9 de agosto de 2009.

** *Magistra iuris*, candidata a doctora y asistente de investigación en el Instituto de Derecho Internacional de la Universidad Georg-August de Gotinga. Artículo elaborado dentro del marco de los estudios de doctorado financiados por el Servicio Alemán de Intercambio Académico.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año XLIII, núm. 127,
enero-abril de 2010, pp. 179-207

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Aspectos legales*. III. *Opciones generales para regular el acceso a conocimientos tradicionales*. IV. *En torno a un caso ocurrido en la práctica*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Comunidades locales e indígenas han creado y desarrollado por centurias usos, prácticas y tecnologías relacionadas con los recursos naturales existentes en sus tierras. Estos usos, prácticas y tecnologías se agrupan generalmente bajo la denominación *conocimientos tradicionales*. Estos conocimientos tradicionales han sido usados en el desarrollo de procesos o productos finales por parte de industrias biológicas relacionadas principalmente con los campos farmacéutico y agrícola. Un interés fundamental de estas industrias ha sido proteger dichos productos por medio de derechos de propiedad industrial que les aseguren protección contra la producción y puesta en el mercado de copias no autorizadas, a través de derechos de explotación exclusiva. Los conocimientos tradicionales, por el contrario, no gozan de una protección semejante.

Mientras las industrias biológicas son originarias de países con una baja diversidad biológica, pero un alto grado de industrialización; las fuentes de los conocimientos tradicionales se encuentran en regiones geográficas con alta diversidad biológica habitadas por comunidades locales, frecuentemente indígenas. Los llamados *bosques neotropicales* son algunas de estas regiones. Venezuela ha sido identificada como un país neotropical debido a que en su territorio existen ricos ecosistemas y una diversidad biológica particular. Adicionalmente, en Venezuela habitan alrededor de 536,863 indígenas, lo que corresponde al 2.3% de la población total del país. Aproximadamente un tercio de esta población (178,343 individuos) vive en bosques o áreas rurales (particularmente a lo largo de las fronteras con Colombia, Brasil, Guayana y Trinidad), el resto vive en áreas urbanas.¹ A pesar de haberse

¹ Cfr. Grupo de Trabajo de Diversidad Étnica y Cultural, Oficina Nacional de Diversidad Biológica, "Situación de país", http://www.sibv.org.ve/programas_tematicos/diversidad_etnica_cultural/diversidad_situacion_de_pais.asp; Instituto Nacional de Estadística, "Censo de comunidades indígenas 2001", http://www.ine.gob.ve/poblacion/censo_poblacion_viviend

adaptado en cierto grado al modo de vida urbano, las comunidades indígenas han mantenido su identidad a través del lenguaje, de manifestaciones culturales y de la posesión tradicional de sus tierras, y han desarrollado gran cantidad de conocimientos para hacer uso de los recursos que tienen a disposición.

En Venezuela, el acceso a recursos biológicos y a conocimientos tradicionales asociados a ellos ha tenido lugar sin un control adecuado o sin ningún control. En consecuencia, dichos accesos han podido envolver abusos que no han sido apropiadamente analizados. Una razón para ello es que las regulaciones existentes sobre esta materia son insatisfactorias. Este artículo busca a) exponer de forma general las formas de regulación del acceso a los conocimientos tradicionales, indicando cuando corresponda la situación legal existente en Venezuela, y b) resaltar algunos problemas específicos que han surgido de la experiencia para sugerir perspectivas que contribuyan a solventar algunas fallas.

II. ASPECTOS LEGALES

Las tendencias normativas existentes a nivel nacional o regional pueden resumirse en forma general de la siguiente manera: a) Protección basada en las normas del Convenio sobre Diversidad Biológica, como la regulación de la Medida Provisoria 2186-16 de Brasil y la Ley 27811 de Perú. Este grupo también abarca las normas sobre acceso a recursos genéticos y conocimiento tradicional relacionado, como el régimen común andino (Decisión 391) y la Ley sobre Diversidad Biológica de Venezuela. b) Protección de sólo algún tipo de conocimientos tradicionales, como la que establecen las normas chinas sobre medicina tradicional² y las disposiciones panameñas sobre expresiones culturales indígenas (Ley 20). c) Protección dentro del marco de normas sobre derechos de los pueblos indígenas; de la que son ejemplos la Ley sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de

a.asp; Clarac, Gerald, "Derechos de los pueblos indígenas", *Boletín Antropológico*, Mérida, Venezuela, Universidad de Los Andes, núm. 59, 2003, p. 256.

² *Cfr.* Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, documento WIPO/GRT KF/IC/5/INF/4, anexo, p. 4.

Filipinas y la Ley sobre Pueblos y Comunidades Indígenas de Venezuela.

Todas estas normas contienen algunos aspectos esenciales, pero son siempre parciales. No se encuentra en ellas, pues, una protección integral de los conocimientos tradicionales.

1. *Situación de la legislación venezolana sobre la materia*

Las provisiones legales que inciden en el acceso a conocimientos tradicionales son incluidas principalmente, en Venezuela como en otros países, en el régimen de propiedad intelectual y en las normas sobre conservación de la diversidad biológica. En Venezuela la propiedad intelectual y la protección de la diversidad biológica han sido reguladas por normas de la Comunidad Andina y leyes nacionales. La propiedad intelectual ha sido regulada en los países miembros de la Comunidad Andina por normas regionales desde comienzos de los años setenta.³ Sin embargo, en Venezuela ha existido incertidumbre, especialmente en relación con el régimen de propiedad intelectual, aunque lo mismo se puede decir en relación con el régimen de acceso a recursos genéticos.⁴ Esto se ha debido a la salida de Venezuela de la Comunidad Andina en abril del 2006, por ello es conveniente hacer una corta descripción de este hecho.

2. *Salida de Venezuela de la Comunidad Andina. Reseña*

Venezuela se retiró de la Comunidad Andina debido a la oposición de su gobierno frente a las negociaciones de tratados de libre comercio entre algunos países miembros (Ecuador, Colombia y Perú)

³ El primer instrumento legal regional fue la Decisión Andina 24 sobre el Régimen Común de Capitales Extranjeros y Marcas, Patentes, Licencias y Regalías (1970). Otras disposiciones andinas sobre propiedad intelectual están contempladas en las Decisiones Andinas 351 (derecho de autor), 486 (propiedad industrial) y 345 (protección de cultivadores de nuevas variedades vegetales).

⁴ La Decisión Andina 391 constituye este régimen regional común. En Venezuela existe una ley especial sobre la materia, la Ley sobre Diversidad Biológica, pero sus normas no son exhaustivas y contienen abundantes referencias al régimen común andino.

y los Estados Unidos. El gobierno basó su oposición en las negativas consecuencias que estos tratados podrían traer a la región. Según el gobierno venezolano, la entrada en vigencia de estos acuerdos alteraría la naturaleza y los principios de la Comunidad Andina.⁵

El texto del Acuerdo de Cartagena⁶ permite a un Estado miembro denunciar el acuerdo (artículo 135). También establece un procedimiento de denuncia, que fue seguido por el gobierno de Venezuela en abril del 2006. Las consecuencias legales de esta denuncia en el país denunciante son tratadas de acuerdo a su sistema legal interno, pues los países miembros han conservado su poder para regular tal hecho a nivel nacional. Debido a que en Venezuela no existe regulación explícita sobre tal situación, sus consecuencias legales han sido discutidas, especialmente en relación con el régimen de propiedad intelectual, ya que las provisiones nacionales existentes sobre esta materia no son completas y no han sido adaptadas a los estándares internacionales.

Se han distinguido dos grupos de opiniones. Por una parte, se ha afirmado que las normas andinas no tienen aplicabilidad en el país, ya que según el artículo 135 del Acuerdo de Cartagena las obligaciones del país denunciante no cesan sólo en relación con las ventajas contempladas en el programa de liberalización,⁷ esto excluye otras materias, como la propiedad intelectual y la protección de la diversidad biológica. Por otra parte, se ha sostenido que las provisiones andinas pueden ser aplicadas en Venezuela porque, de acuerdo con el texto constitucional de Venezuela (artículo 153), las normas introducidas por un proceso de integración son parte del sistema legal interno, y son directa y preferentemente aplicables en el país, de forma que las normas andinas serían aplicables en la medida en que no hayan sido revocadas por ley nacional.⁸ Esta última opinión fue ampliamente apoyada y reforzada por el hecho de que la oficina nacional

⁵ *Cfr.* Carta del Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela dirigida a la Comisión de la Comunidad Andina, <http://www.ccla.org.pe/publicaciones/b26/int04.htm>.

⁶ La Comunidad Andina fue creada a través del Acuerdo de Cartagena en 1969.

⁷ Artículo 135: “Desde ese momento cesarán para él los derechos y obligaciones derivados de su condición de miembro, con excepción de las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el Programa de Liberación de la Subregión”.

⁸ *Cfr.* De Sola, Pate y Brown, “El retiro de Venezuela de la Comunidad Andina de Naciones”, www.desolapate.com/noticias_detalle.php?idn=5.

de patentes continuó aplicando las provisiones andinas sobre propiedad intelectual en sus decisiones.

III. OPCIONES GENERALES PARA REGULAR EL ACCESO A CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

En esta sección se presenta de manera general las opciones de regulación del acceso a los conocimientos tradicionales que han sido planteadas en discusiones a nivel internacional e incluidas en algunas normas nacionales o regionales. Para hacer una exposición clara de dichas opciones, éstas se agruparán en los cuatro grupos que se presentan a continuación.

1. *Desvelo del origen*

De acuerdo con esta forma de protección, la indicación del origen de los recursos biológicos o conocimientos tradicionales que han servido de base para el desarrollo de procesos o productos biotecnológicos debe ser un requisito previo para la concesión de patentes de este tipo. En relación con esta alternativa, tres posiciones pueden ser distinguidas:

A. *El requisito de desvelo no debe ser incluido de ninguna forma dentro del sistema de patentes, sea a nivel nacional o internacional*

Representantes de los Estados Unidos han opinado que el requisito de desvelo es ineficiente e innecesario. Ellos afirman que tal requisito no sería suficiente para proteger los recursos biológicos y el conocimiento tradicional y que, al contrario, traería consecuencias negativas para el sistema de patentes. Opinan que la regulación del consentimiento previo informado y de la participación en los beneficios resultantes de la comercialización de los productos basados en conocimientos tradicionales bastaría para lograr tal fin.⁹ Regulaciones nacionales sobre acuerdos contractuales con limitaciones sobre la base de regulaciones especiales sobre la participación en los beneficios

⁹ Cfr. Consejo de los ADPIC, documento P/C/W/434, pp. 2 y 7.

—con efectos similares a las provisiones sobre medidas sanitarias y de conservación ambiental— serían, de acuerdo con esta posición, la mejor solución. Algunas delegaciones (por ejemplo, la de la India) consideran, al contrario de los Estados Unidos, que una regulación nacional de carácter obligatorio es la única solución.¹⁰

B. *El desvelo del origen puede ser establecido sólo como requisito no obligatorio y debe estar limitado exclusivamente a la indicación del origen del recurso o del conocimiento tradicional*

Normas no vinculantes sobre información acerca del origen del recurso o del conocimiento tradicional han sido adoptadas en la Directiva Europea 98/44/EG sobre la protección legal de invenciones biotecnológicas, así como también en algunas leyes nacionales (por ejemplo, la legislación suiza),¹¹ según las cuales, el origen geográfico del material o del conocimiento utilizado debe ser indicado en la descripción de la invención. Sin embargo, esto no tiene consecuencias para la revisión de patentes concedidas o para la admisión de solicitudes.¹² Debido a que el desvelo del origen no es contemplado como obligatorio, la compatibilidad de estas normas con las disposiciones internacionales aplicables, fundamentalmente el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC),¹³ no es puesta en duda.¹⁴

C. *El desvelo del origen debe ser establecido como requisito obligatorio*

En algunos países de origen existen disposiciones a nivel nacional (Costa Rica, Brasil, India, Perú, Venezuela) y regional (disposiciones de la Comunidad Andina) en las que no sólo el desvelo del origen,

¹⁰ *Ibidem*, p. 8; véase Consejo de los ADPIC, documentos IP/C/W/449, p. 4; IP/C/M/37/Add.1, p. 59.

¹¹ Véase artículo 49a, Ley Federal sobre Patentes de Invención de Suiza, introducido el 22 de junio del 2007, y en vigor desde el 1o. de julio del 2008.

¹² Véase artículo 27, Directiva Europea 98/44/EG.

¹³ Anexo 1C del tratado que crea la Organización Mundial del Comercio.

¹⁴ Cfr. Hahn, Anja von, *Traditionelles Wissen Indigener und Lokaler Gemeinschaften Zwischen Geistigen Eigentumsrechten und "Public Domain"*, Berlín, Springer, 2004, pp. 333 y 334.

sino también el consentimiento informado previo y la participación en los beneficios, son requisitos obligatorios en los procedimientos de examen de patentes o de marcas. Este es el caso de la legislación aplicable en Venezuela. Este requisito es contemplado —aún cuando se encuentre de forma textual— en los artículos 26(i) y 136(g) en concordancia con el artículo 3(1) de la Decisión Andina 486; en la segunda disposición complementaria de la Decisión Andina 391 y en los artículos 82, 83 y 85 de la Ley venezolana sobre Diversidad Biológica.

También existen propuestas para la inclusión de este requisito en instrumentos internacionales con el objetivo de detener la biopiratería, hacer más transparente la determinación de los derechos de propiedad industrial e incrementar la confianza en el sistema de patentes.¹⁵

El carácter obligatorio del requisito de desvelo ha sido intensamente discutido. Desde un punto de vista práctico, se dice que este requisito aumentaría los costos del procedimiento de registro y desestimularía la invención: si el inventor debe suministrar más información sobre su invención, estará en desventaja para el desarrollo de nuevas invenciones.¹⁶ Frente a esta afirmación se sostiene que tales consecuencias se desvanecen al considerar que dicha información no sólo es necesaria para evitar accesos ilegales e injustos, sino que además se justifica por el hecho de que sólo puede ser suministrada por el solicitante de la patente.¹⁷

Desde el punto de vista legal, algunos consideran que el requisito de desvelo es una infracción del Acuerdo ADPIC. En esta discusión son especialmente relevantes los requisitos de patentabilidad, la prohibición de discriminación y las provisiones sobre orden público y moralidad (artículo 27), así como las normas sobre la descripción de la invención (artículo 29) y sobre procedimientos razonables y formalidades (artículo 62).

De acuerdo con la primera parte del artículo 27 (1) del Acuerdo ADPIC, “las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la

¹⁵ *Cfr.* Consejo de los ADPIC, documento IP/C/W/403, p. 2.

¹⁶ *Cfr.* Hahn, Anja von, *op. cit.*, nota 14, p. 341.

¹⁷ *Cfr.* Consejo de los ADPIC, documento IP/C/W/403, p. 4.

tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial”. Este texto es interpretado como una prohibición de otros requisitos distintos de la novedad, la altura inventiva y la aplicabilidad industrial.¹⁸ Ya que esta norma no contiene una exclusión explícita de otros requisitos, puede sostenerse, sin embargo, que no contiene prohibición alguna, de manera que no limita la posibilidad de otros requisitos previos a la adquisición de derechos de patente. El requisito de desvelo tendría, adicionalmente, el efecto positivo de conferir mayor claridad para determinar el cumplimiento de los requisitos expresamente contemplados en el artículo 27 (1) del Acuerdo ADPIC.

También se discute, por otra parte, si el desvelo del origen implica una discriminación en el campo de la tecnología (artículo 27 (1), segunda parte)¹⁹ que no encuadra dentro de las exclusiones del artículo 27 (3) del Acuerdo ADPIC. Algunos consideran que el requisito de desvelo es una discriminación prohibida, ya que *de facto* sólo se aplicaría a las patentes biotecnológicas.²⁰ No obstante, se puede argüir que, por el contrario, el desvelo del origen es aplicable a toda invención que haya sido desarrollada sobre la base de recursos genéticos o conocimientos tradicionales en cualquier campo de la tecnología y no sólo en el campo biotecnológico, ya que afirmar lo contrario sería una limitación a priori de la aplicación de este requisito.²¹ Además, debe tomarse en cuenta que para poder afirmar que existe discriminación en sentido estricto no se requiere únicamente que exista un tratamiento diferenciado, adicionalmente es necesario que se trate de

¹⁸ Cfr. “Memorandum Regarding Consistency of National Disclosures of Origin Requirements with Existing Intellectual Property Law Treaties”, American University, Washington College of Law, Glushko-Samuelson Intellectual Property Clinic, p. 40, <http://www.wcl.american.edu/ipclinic/patent.cfm>.

¹⁹ Artículo 27 (1), Acuerdo ADPIC, segunda parte: “las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país”.

²⁰ Cfr. Hahn, Anja von, *op. cit.*, nota 14, p. 343.

²¹ Cfr. *op. cit.*, nota 18, p. 43.

una diferenciación injustificada. De esta forma, un tratamiento diferenciado sería admisible siempre que se encuentre justificado.²²

En adición a lo anterior, se opina que el requisito de desvelo no se encontraría cubierto por el artículo 27 (2) del Acuerdo ADPIC: “los miembros podrán excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad”. La razón sería que el orden público o la moralidad, o incluso el sistema legal, no son violados en el país donde la patente se discute al no desvelarse el origen del conocimiento tradicional o material utilizados, sino sólo en el país de origen de éstos. Frente a ello puede señalarse, no obstante, que el contenido de los conceptos de orden público y moralidad puede ser amplio y variar de país en país, ya que la regulación de estos conceptos forma parte de la soberanía de cada Estado.²³ Si en el país donde la patente es evaluada existe la opinión colectiva de que la patente y la consecuente explotación de procedimientos o productos obtenidos, a partir de conocimientos tradicionales, son injustas si no se produce con el consentimiento y la participación de los poseedores originarios de tales conocimientos, entonces puede entrar en juego la moralidad de ese país.

Se considera, por otra parte, que este requisito es también una infracción del artículo 29 del Acuerdo ADPIC, ya que esta norma exi-

²² El informe del panel de la Organización Mundial del Comercio, en el caso Canadá-Protección por Patente de Productos Farmacéuticos, resaltaba que la discriminación “es un término normativo, con connotación negativa, que se refiere a los resultados de una imposición injustificada de un tratamiento diferenciadamente desventajoso... Los estándares por los cuales la justificación para un tratamiento diferenciado es medida, son materia de infinita complejidad. ‘Discriminación’ es un término que debe ser evitado, siempre que estándares más precisos estén disponibles, y, de ser usado, debe ser interpretado con precaución y con cuidado de no añadir más precisión de la que el término contiene”. *Op. cit.*, nota 18, p. 42; Consejo de los ADPIC, documento IP/C/W/403, p. 4.

²³ *Cfr. op. cit.*, nota 18, p. 40. El proyecto belga para la implementación de la Directiva 98/44/EC sugiere que una invención basada en materiales animales o vegetales importados, que va en contra de regulaciones existentes en el país de origen, puede ser considerada una ofensa contra el orden público y la moralidad belgas, y puede conducir a la anulación de la patente. *Cfr.* Correa, Carlos, “Alcances jurídicos de las exigencias de divulgación de origen en el sistema de patentes y derechos de obtentor”, Iniciativa para la Prevención de la Biopiratería, Lima, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2004, p. 4.

ge sólo tres tipos de información: a) descripción de la invención en una manera suficientemente clara y completa que permita que la invención pueda ser llevada a cabo por una persona capacitada en la técnica, b) indicación del mejor modo de llevar a cabo la invención y c) información sobre solicitud y otorgamiento de patentes en otros países. De esta forma, el requerimiento de cualquier otra información quedaría excluido.²⁴ Sin embargo, otra interpretación es posible: este artículo no implicaría la exclusión de otros requisitos de información, especialmente si el nuevo requisito, por ejemplo el desvelo del origen, puede contribuir a una mejor descripción de la invención.²⁵

Finalmente, algunos autores consideran que el desvelo del origen podría ser un obstáculo innecesario para la concesión de la patente y, de esta forma, ir en contra del artículo 62 (1) del Acuerdo ADPIC, según el cual, “como condición para la adquisición y mantenimiento de derechos de propiedad intelectual..., los miembros podrán exigir que se respeten procedimientos y trámites razonables. Tales procedimientos y trámites serán compatibles con las disposiciones del presente Acuerdo”. Con base en las observaciones hechas anteriormente, nada se opone, sin embargo, a considerar el requisito del desvelo desde otra perspectiva, es decir, considerarlo como un *procedimiento o formalidad razonable* y, de esta forma, éste sería un requisito consistente con el Acuerdo ADPIC.

Además de las razones mencionadas aquí, este requisito puede servir para poner en expresa armonía el Convenio sobre Diversidad Biológica y el Acuerdo ADPIC de una forma consistente con los objetivos del artículo 7o. de este acuerdo: “La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán [ir] en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones”.

Como puede apreciarse a partir de los argumentos mencionados, la incompatibilidad del requisito del desvelo con el Acuerdo ADPIC es un tema aún discutible. Las discusiones sobre este tema están todavía abiertas. Dado que este requisito no se encuentra incluido en las

²⁴ Cfr. Convenio sobre Diversidad Biológica, documento UNEP/CBD/WG-ABS/2/INF/2, citado en *op. cit.*, nota 18, p. 44.

²⁵ *Ibidem*, p. 45.

normas internacionales sobre propiedad intelectual, una resolución definitiva acerca de su compatibilidad con el Acuerdo ADPIC sólo sería posible mediante una decisión del Órgano para la Solución de Controversias establecido por el tratado que crea la Organización Mundial del Comercio, el cual es competente en materia de propiedad intelectual.²⁶

2. *Acuerdos contractuales regulados*

Algunos conocimientos tradicionales pueden tener importancia en procesos de bioprospección, ya que pueden ser relevantes en el desarrollo de productos en los campos farmacéutico y agrícola, y conllevar en algunos casos una significativa disminución de los costos de producción.²⁷ En este contexto se ha tenido acceso a conocimientos tradicionales, pero por lo general sin el consentimiento de las comunidades locales o indígenas que los poseen. Ello ha ocurrido también en casos en los que el acceso no persigue directamente actividades de bioprospección, sino la recolección de conocimientos tradicionales con el fin de preservarlos para usos futuros. Alrededor del mundo se han conocido casos de acceso no autorizado; ejemplos ampliamente conocidos son el del árbol *neem*, el del algodón de color²⁸ o el de la brazeína. Existen, sin embargo, también ejemplos de accesos regulados a través de contratos, como el celebrado en Costa Rica entre el Instituto Nacional de Biodiversidad (INBIO) y Merck & Co,²⁹ o los acuerdos celebrados por el Grupo Cooperativo de Biodiversidad de Estados Unidos (ICBG), cuyos miembros son, *inter alia*, el Instituto

²⁶ Véase artículo 64, Acuerdo ADPIC.

²⁷ Cfr. Área de Estudios Económicos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), “Propuesta de régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas (y algunas reflexiones sobre la regulación del acceso a los recursos genéticos)”, Indecopi, Lima, 2000, pp. 7 y 8.

²⁸ Cfr. Goebel, Burkhart, *Pflanzenpatente und Sortenschutzrechte im Weltmarkt. Zugleich ein Beitrag zur Revision von Art. 27 Abs. 3 b) TRIPS-Übereinkommen*, Berlín, Duncker y Humblot, 2001, pp. 38 y 39.

²⁹ Cfr. Hassemer, Michael, “Genetic Resources”, en Lewinsky, Silke von (ed.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property. Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, La Haya, Kluwer Law International, 2004, p. 206; Goebel, Burkhart, *op. cit.*, nota anterior, p. 47.

Nacional de la Salud, la Fundación Nacional de la Ciencia y la Agencia para el Desarrollo Internacional) con algunos países de origen (por ejemplo, Surinam, Argentina, México y Chile).³⁰ En algunos casos, estos contratos han sido firmados directamente entre representantes indígenas y compañías. Un ejemplo es el acuerdo de licencia sobre *know-how* que algunos grupos indígenas peruanos (la Organización Central de Comunidades Aguarunas del Alto Marañón, la Federación de Comunidades Nativas Aguarunas del Río Nieva y la Federación Aguaruna del Río Dominguita, así como la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú, firmaron con Searle Pharmaceuticals (empresa subsidiaria de Monsanto Inc.).³¹

Estos ejemplos muestran lo diverso que pueden ser los contratos de este tipo. Un marco legal más claro sólo se consigue mediante una regulación general, la cual se ha dado por dos medios: a través de disposiciones generales obligatorias (leyes, reglamentos) o a través de contratos marco o códigos de conducta. Por la primera opción han optado algunos países de origen (por ejemplo, Brasil, Filipinas, la Comunidad Andina y Venezuela).³² La segunda opción ha sido aplicada por instituciones estadounidenses que han elaborado contratos marco con instituciones de países de origen o códigos de conducta aplicables en tales casos (por ejemplo, el ICBG, el Instituto Nacional del Cáncer y el Servicio de Investigación Agrícola).³³

La legislación aplicable en Venezuela establece que debe existir un contrato en cada acceso a recursos genéticos o a conocimientos tradicionales. Existen disposiciones legales sobre aspectos generales en la Decisión Andina 391 y en la Ley de Diversidad Biológica de Venezuela. De acuerdo con ellas, son partes de los contratos de acceso la Oficina Nacional de Diversidad Biológica y el solicitante del acceso. Adicionalmente, cada actividad de acceso debe ser acompañada por una institución nacional para facilitar la transferencia científica y tec-

³⁰ Un resumen de estos contratos se encuentra en el Convenio sobre Diversidad Biológica, documento UNEP/CBD/COP/2/13; Goebel, Burkhardt, *op. cit.*, nota 28, p. 49.

³¹ *Cfr.* Área de Estudios Económicos del Indecopi, *op. cit.*, nota 27, p. 77.

³² Estas disposiciones se han basado en las disparidades entre las partes del contrato. Véase Consejo de los ADPIC, documento IP/C/W/403, p. 6.

³³ *Cfr.* Consejo de los ADPIC, documento IP/C/W/393; Goebel, Burkhardt, *op. cit.*, nota 28, pp. 49 y 50; Consejo de los ADPIC, document IP/C/W/341.

nológica. Sin embargo, hasta el momento estas disposiciones no han sido aplicadas en la práctica, lo que no significa que no hayan existido procesos de acceso. De hecho, se han dado casos tanto antes como después de la entrada en vigor del Convenio sobre Diversidad Biológica.³⁴ Estos casos han implicado la extracción de microorganismos de áreas protegidas que son habitadas por comunidades indígenas (en el Parque Nacional Canaima, donde habita el pueblo indígena Pemón),³⁵ sin el consentimiento de las comunidades involucradas. Casos documentados refieren el acceso no autorizado a microorganismos productores de *paclitaxel*, sustancia que posee efectos anticancerígenos y fungicidas, usada como agente de quimioterapia (bajo el nombre comercial de *Taxol*) para tratar cáncer de vesícula, de esófago y de pulmón, y es investigado como tratamiento para leucemia y linfoma.³⁶

Las disposiciones aplicables en Venezuela (Decisión Andina 391 y leyes nacionales) no son claras en cuanto se refiere a la participación de las comunidades locales o indígenas. Preguntas que no encuentran respuesta en estas disposiciones son, por ejemplo, si las comunidades involucradas pueden tomar parte en cada proceso de acceso que se dé en sus tierras o si sólo pueden hacerlo cuando se haga uso de sus conocimientos; o en qué fase del proceso de acceso pueden o deben tomar parte. Las Directrices de Bonn³⁷ dan, no obstante, alguna luz a este respecto. Según lo establecido en su párrafo décimo octavo, “debería consultarse a los interesados pertinentes³⁸ y deberían tenerse

³⁴ Los materiales recolectados por Strobel fueron enviados a Estados Unidos. Cfr. Febres, María *et al.*, *Biopiratería en Venezuela. Caso de estudio: microorganismos con actividad anticancerígena*, Caracas, Vitalis, 2006, pp. 8-10.

³⁵ Esta zona fue declarada parque nacional en 1962 (Decreto 770, *Gaceta Oficial* 2.6873 del 13 de junio de 1962) y en 1994 patrimonio de la humanidad por la UNESCO. Canaima es uno de los diez parques naturales más grandes del mundo. Cfr. Febres, María *et al.*, *op. cit.*, nota 34, pp. 5 y 6.

³⁶ Cfr. Febres, María *et al.*, *op. cit.*, nota 34, p. 3. Para más información, véase <http://www.biologyonline.org/dictionary/Paclitaxel>.

³⁷ Véanse las Directrices de Bonn sobre el Acceso a los Recursos Genéticos y la Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Obtenidos de su Utilización, adoptadas por la decisión VI/24 de la 6a. Conferencia de las Partes del Convenio sobre Diversidad Biológica, La Haya, 2002.

³⁸ El párrafo 18 tiene que ser leído junto con el párrafo 19: “Para facilitar la intervención de los interesados pertinentes, incluidas las comunidades indígenas y locales, se de-

en cuenta sus opiniones en cada etapa del proceso”. Sin embargo, de acuerdo con la Decisión Andina 391 (artículos 30 al 35), las negociaciones sobre los contratos de acceso pueden comenzar sólo luego de que sea admitida la solicitud. Entre estas negociaciones, son mencionadas expresamente las negociaciones con las comunidades locales o indígenas únicamente cuando existe un componente inmaterial,³⁹ y es necesario celebrar un contrato de acceso. En Venezuela, no obstante, nada impide que la Oficina de Diversidad Biológica demande la participación de la comunidad que habita el área en la que se produce el acceso. Adicionalmente, de acuerdo con la Ley de Diversidad Biológica (artículo 43), las comunidades locales e indígenas tienen el derecho a negar su autorización para la recolección de material biótico si ellos no han recibido suficiente información.

3. *Regulaciones sui generis*

Los debates sobre la protección de conocimientos tradicionales a través de regímenes *sui generis* están relacionados especialmente, por una parte, con la pregunta sobre si los mecanismos de propiedad intelectual ofrecen suficiente protección o si normas especiales (*sui generis*) son necesarias. Por otra parte, estos debates se vinculan con la pregunta sobre si estas normas *sui generis* podrían formar parte del sistema de propiedad intelectual o no. Importante ha sido también decidir si un régimen internacional es necesario o si disposiciones nacionales son suficientes.

La protección del conocimiento tradicional a través de normas de propiedad intelectual es cuestionable, pues sólo es posible si se cumplen los requisitos específicos de las normas de propiedad intelectual, lo cual no es posible en muchos casos. Entre otras razones, las expre-

berán concertar acuerdos adecuados, tales como comités consultivos nacionales, integrados por representantes de los interesados pertinentes” (las cursivas son mías).

³⁹ La definición de “componente intangible” es bastante amplia, incluye “todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva, con valor real o potencial, asociado al recurso genético, o sus productos derivados o al recurso biológico que los contiene, protegido o no por regímenes de propiedad intelectual”. Véase artículo 1o., Decisión 391. En consecuencia, el componente intangible incluye los conocimientos y prácticas de las comunidades locales e indígenas asociados con los recursos genéticos.

siones tradicionales son antiguas y estos derechos pueden ser otorgados sólo por un periodo limitado; además, el autor o inventor no es fácilmente identificable o localizable,⁴⁰ por ejemplo, casos en los que diferentes comunidades locales o indígenas que están bajo la jurisdicción de diversos países son poseedoras de un mismo conocimiento.⁴¹ Al centrar las discusiones en las dificultades para ajustar el conocimiento tradicional dentro de la propiedad intelectual y considerar este conocimiento como incompatible con cualquier forma de propiedad, se descuida, sin embargo, que el uso de las herramientas de este sistema permitiría reconocer las contribuciones culturales y científicas del conocimiento tradicional,⁴² y podría en cierto grado preservarlo. Las indicaciones geográficas, aún cuando ofrecen únicamente una protección parcial, han sido usadas exitosamente en ciertos casos, aunque para hacer un uso adecuado de ellas son esenciales suficiente información y apropiada capacitación de las comunidades.⁴³

Al resumir las discusiones a nivel internacional, tres posiciones se distinguen:

⁴⁰ Cfr. Gervais, Daniel, *The TRIPs Agreement: Drafting History and Analysis*, 2a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2003, pp. 60 y 61.

⁴¹ Este sería el caso de un grupo indígena cuyas tierras se extienden a más de un país. En Venezuela, ello ocurre en relación con la etnia Wuayuu que habita la península de La Guajira, región que pertenece a Colombia y Venezuela. En casos como éste, un sistema de solución de controversias en dos niveles podría ser conveniente: un primer nivel entre Estados, al que el sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio podría servir de modelo; y un segundo nivel entre particulares, incluyendo las comunidades indígenas. Cfr. Gervais, Daniel, *op. cit.*, nota anterior, p. 67. De acuerdo con la Ley 27811 de Perú, los pueblos indígenas pueden usar sus normas consuetudinarias para solventar este tipo de disputas.

⁴² Cfr. Sunder, Madhavi, "The Invention of Traditional Knowledge", *Law and Contemporary Problems*, Durham, Carolina del Norte, Duke Law School, núm. 70, primavera 2007, p. 109.

⁴³ Tal como Sunder señala, hasta ahora se ha enseñado "a los pobres cómo proteger la propiedad intelectual de Occidente. Es necesario tornar la atención hacia cómo ayudar a los pobres a usar la propiedad intelectual para proteger también sus propias invenciones". Sunder reconoce también que, aunque las indicaciones geográficas ciertamente encierran promesas, poseen límites. Por ejemplo, por lo general se protegen sólo bienes o procesos cuya calidad o reputación son debidas exclusivamente o esencialmente al ambiente geográfico, con sus factores naturales y humanos inherentes, y las solicitudes exigen una prueba de origen y un registro histórico de uso continuo. Cfr. Sunder, Madhavi, *op. cit.*, nota anterior, pp. 112 y 114.

La Federación Internacional de Productores y Asociaciones Farmacéuticas,⁴⁴ entre otros usuarios, ha señalado que los instrumentos legales actuales son suficientes. Es necesario, afirman, distinguir entre el conocimiento en dominio público y el conocimiento que permanece secreto. En su opinión, el conocimiento tradicional puede ser protegido en el primer caso como estado de la técnica en los procedimientos de concesión de patentes; en el segundo caso, puede ser protegido por el sistema de propiedad intelectual existente.⁴⁵

Representantes de la Unión Europea han afirmado que sería necesario crear modelos *sui generis* a nivel internacional. La última decisión en torno a la protección del conocimiento tradicional sería, no obstante, dejada a cada Estado miembro. Esto implica un rechazo a la creación de un instrumento normativo coactivo a nivel internacional.⁴⁶

Algunos países de origen, con recursos biológicos y conocimientos asociados a ellos, consideran necesario crear un instrumento *sui generis* internacional así como modificar el sistema actual de propiedad intelectual para adaptarlo a los objetivos del Convenio sobre Diversidad Biológica, regulando particularmente el consentimiento informado previo y la participación en los beneficios. De esta manera, los conocimientos tradicionales serían protegibles no únicamente en los países de origen, sino también en los países donde los productos basados en ellos son desarrollados.⁴⁷

⁴⁴ De esta asociación forman parte grandes empresas, como Bayer Healthcare, Merck & Co., Novartis y Pfizer.

⁴⁵ *Cfr.* Organización de la Propiedad Intelectual, documento WIPO/GRTKF/IC/11/5(a), pp. 3 y 4.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 3.

⁴⁷ Esto ha sido dicho, entre otros, por representantes de Brasil. *Cfr.* Organización de la Propiedad Intelectual, documento WIPO/GRTKF/IC/11/5(a), anexo, p. 2.

4. Construcción de bases de datos⁴⁸

Las bases de datos han sido también consideradas como un medio para regular el uso de conocimientos tradicionales. Desde el punto de vista práctico, es más fácil ofrecer una protección positiva, es decir, atribuir derechos —por ejemplo, el derecho a restringir el uso de los conocimientos tradicionales o a participar en los beneficios obtenidos de la comercialización de productos que se han desarrollado a partir de ellos— si éstos se relacionan con conocimientos que pueden identificarse fácilmente por estar registrados. Por otra parte, la elaboración de bases de datos permite hacer seguimiento a los conocimientos tradicionales que se encuentran en el dominio público, y así facilitar su identificación como parte del estado de la técnica (información accesible al público antes de que la solicitud haya sido introducida en la oficina de patentes) en procedimientos de examen de patentes, lo que es esencial a fin de determinar si la invención que se pretende patentar realmente es nueva y envuelve un paso inventivo.⁴⁹ A partir de este hecho, las bases de datos ofrecerían además una protección defensiva.

Mucho se ha discutido sobre la viabilidad de este tipo de bases de datos: ¿cómo hacer accesible a cada oficina de patentes la información almacenada durante el procedimiento de registro? ¿Cómo garantizar seguridad en la manipulación de la información almacenada para evitar la publicación de conocimientos no disponibles antes por el

⁴⁸ Aunque bases de datos y registros pueden considerarse diferentes (una base de datos es técnicamente una colección de información que no necesariamente se relaciona con el reconocimiento de derechos; mientras que un registro está normalmente asociado a tal reconocimiento), aquí el término *base de datos* incluye los registros.

⁴⁹ *Cfr.* Leistner, Matthias, “Analysis of Different Areas of Indigenous Resources”, en Lewinsky, Silke von (ed.), *op. cit.*, nota 29, p. 58. El conocimiento tradicional que existe únicamente en forma oral es difícilmente adecuado en este contexto. Por ejemplo, de acuerdo con el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes el conocimiento transmitido sólo oralmente no puede ser parte del estado de la técnica. Entre las leyes nacionales, existen normas divergentes. La ley de patentes de Estados Unidos, por ejemplo, no permite el patentamiento de invenciones, sólo si éstas han sido ya patentadas o descritas en una publicación impresa. En países de origen (por ejemplo, Costa Rica), por el contrario, frecuentemente se contempla de modo expreso que invenciones basadas en conocimientos tradicionales no pueden ser patentadas (*ibidem*, pp. 70, 76-79).

público y así impedir la destrucción de la posibilidad de protección como secreto industrial o incluso mediante derechos de propiedad industrial (por ejemplo, mediante patentes)? Sobre esto ha dicho el Comité Intergubernamental sobre Recursos Genéticos, Conocimiento Tradicional y Folklore (CIRGCTF) de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual —el cual ha recolectado información sobre bases de datos existentes en todo el mundo— que, aunque existe un número creciente de bases de datos de conocimientos tradicionales, éstas no cumplen con los requisitos técnicos necesarios para ser usadas como fuente del estado de la técnica. Una solución se encontraría en la elaboración de bases de datos con acceso limitado. Por ejemplo, en Estados Unidos, el pueblo Tulalip de Washington creó la base de datos *Story Base* con dos diferentes tipos de información. La información de tipo “A” puede ser consultada sólo por miembros del pueblo Tulalip; mientras que la información del tipo “B”, por el contrario, es de acceso público. Un ejemplo existente en la legislación se encuentra en la Ley peruana 27811, la cual contempla la creación de un registro público y uno privado (artículos 17 y 18).⁵⁰

Cuestiones también fundamentales son, sin embargo, generalmente desestimadas en las discusiones en los organismos internacionales: ¿de qué manera y con qué consecuencias se produce el deslinde, previo a la inclusión en bases de datos, de lo que es considerado conocimiento tradicional —es decir, de aquello que es merecedor de protección legal, básicamente por ser útil para el desarrollo de productos o procedimientos comercialmente aprovechables—, y lo que de manera esencial le está vinculado: ambiente físico, manifestaciones culturales, etcétera?⁵¹

También otras propuestas se descuidan en las instituciones internacionales o nacionales en las que el tema se discute. En efecto, algunas propuestas apuntan no a la modificación o inclusión de normas sustantivas, sino a la inclusión de normas procedimentales en el

⁵⁰ *Ibidem*, p. 61; Organización de la Propiedad Intelectual, documento WIPO/GRT KF/IC/3/6, pp. 12, 23 y 24.

⁵¹ Sobre este punto, véase Agrawal, K. C., “Indigenous Knowledge and the Politics of Classification”, en Stehr, Nico *et al.* (ed.), *Knowledge. Critical Concepts*, Londres, Routledge, 2005, pp. 370-384.

Acuerdo ADPIC. William Fisher,⁵² por ejemplo, ha sugerido que no debe buscarse la solución de este problema en un régimen global armonizado de propiedad intelectual en el cual los creadores de conocimiento tradicional obtengan derechos determinados por leyes nacionales cuyo contenido es ampliamente dictado por tratados multilaterales, sino en un sistema de normas más complejo y variado. Este autor propone la inclusión en el Acuerdo ADPIC de las siguientes tres disposiciones paralelas:

Existencia de una defensa a las reclamaciones sobre infracción de patentes, en las que el desarrollo del producto o proceso protegido se haya basado en materiales o conocimientos tomados de un Estado miembro del Acuerdo ADPIC, infringiendo las leyes de ese país.

Existencia de una defensa a las reclamaciones sobre infracción de marcas, en las que la marca se haya basado en materiales o conocimientos tomados de un Estado miembro del Acuerdo ADPIC, infringiendo las leyes de ese país.

Existencia de una defensa a las reclamaciones sobre infracción de derecho de autor, en los que la obra a la que se refiere el reclamo constituye una reproducción de una obra protegida dentro de un país miembro del Acuerdo ADPIC, sin autorización de acuerdo a las leyes del país en cuestión.⁵³

La inclusión de estas normas brindaría a las comunidades locales e indígenas una herramienta efectiva para impedir en cualquier país miembro de la Organización Mundial del Comercio la protección de obras basadas en el uso ilegal de recursos ubicados en sus tierras o de sus conocimientos tradicionales. En ello radica su virtud, sin embargo, esto hace al mismo tiempo considerablemente difícil que países industrializados vean con buenos ojos su implementación, ya que

⁵² Cfr. Fisher, William, "Two Thoughts about Traditional Knowledge", *Law and Contemporary Problems*, Durham, Carolina del Norte, Duke Law School, núm. 70, primavera 2007, pp. 132 y 133.

⁵³ Fisher apunta, además, que "agregar las tres disposiciones anteriores al Acuerdo ADPIC reforzaría las leyes locales, no penalizando directamente las infracciones, sino exponiendo a los infractores a la económicamente devastadora sanción de la confiscación de sus derechos de propiedad intelectual". Fisher, William, *op. cit.*, nota anterior, p. 133.

implica una sanción (la pérdida de derechos de propiedad intelectual) que sería *económicamente devastadora* para los titulares de derechos de propiedad intelectual, como lo asegura el propio Fisher.

Hasta aquí ha podido apreciarse la situación general de las discusiones sobre la protección legal de los conocimientos tradicionales. No puede negarse la importancia de estas discusiones tanto para construir herramientas jurídicas que permitan compensar los desequilibrios que pueden existir en este contexto y así facilitar procesos de acceso justos, como para lograr que la utilización de los conocimientos tradicionales se produzca sobre una base más segura. Sin embargo, no debe permitirse que la importancia de estas discusiones opaque la necesidad de encontrar en la práctica mecanismos que permitan aplicar algunos principios de protección que ya gozan de cierta consolidación, entre éstos los más discutidos son la existencia de consentimiento informado previo y la participación en los beneficios obtenidos de la utilización de los conocimientos tradicionales. Debido a ello, en las siguientes páginas se expondrán algunas consideraciones que, basadas en un caso tomado de la experiencia venezolana, demuestran la importancia de la capacitación de las comunidades locales e indígenas en el cumplimiento de esta tarea.

IV. EN TORNO A UN CASO OCURRIDO EN LA PRÁCTICA

A partir de 2000, mereció significativa atención el proyecto de crear una base de datos de conocimientos tradicionales en Venezuela. El desenvolvimiento de este proyecto no fue, sin embargo, muy alentador. Este proyecto implicaba el acceso a recursos biológicos en áreas indígenas y a conocimientos tradicionales asociados con tales recursos (incluía en sus comienzos sólo tierras piaroas en el Estado Amazonas). Razones concretas del fracaso de este proyecto, y alguna orientación para prevenir situaciones similares, pueden encontrarse mediante una breve descripción y revisión del mismo.

1. *Antecedentes*

Antes de describir brevemente los antecedentes de este proyecto, es necesario mencionar desde el punto de vista legal que en las normas

regionales aplicables en Venezuela —las Decisiones Andinas 391 sobre acceso a recursos genéticos y 486 sobre propiedad industrial— no existen disposiciones sobre la creación de bases de datos o registros de conocimientos tradicionales. Si bien la Decisión Andina 391 se refiere a un registro de recursos genéticos y sus productos derivados (artículo 8o.), así como al registro de cualquier acto relacionado con el acceso a recursos genéticos (artículos 16 y 21), no se menciona la creación de bases de datos o registros de conocimientos tradicionales, sea para ofrecer protección preventiva o positiva. La Ley de Diversidad Biológica (artículo 54, párrafo 5) establece, por su parte, que la Oficina Nacional de Diversidad Biológica debe crear una base de datos de la diversidad de conocimientos, pero normas específicas sobre la creación de esta base de datos no existen.

En 2000, la Oficina Nacional de Diversidad Biológica celebró un contrato de acceso con la Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales (Fudeci) cuyo principal objetivo era la creación de una base de datos de conocimientos tradicionales que contribuyera a evitar la pérdida de información de las comunidades indígenas sobre el uso de plantas y animales en la producción de alimentos y medicamentos.⁵⁴ La base de datos, denominada Biozulua, contendría información sobre la identificación taxonómica de cada especie recolectada, así como su nombre científico y general, sus componentes biológicos activos y sus usos locales, nacionales e internacionales. El registro incluiría información digital, como fotografías y videos sobre cada planta y animal con la descripción de sus usos. La recolección fue hecha de acuerdo con el modelo del Comité Internacional para Documentación del Consejo Internacional de Museos.⁵⁵ La implementación del proyecto comenzó con la inclusión de información contenida en publicaciones dentro de un *software* diseñado especialmente para tal fin. Cuando las discusiones con las comuni-

⁵⁴ Cfr. Febres, María, *La regulación del acceso a los recursos genéticos en Venezuela*, Caracas, Centro de Estudios del Desarrollo, Universidad Central de Venezuela, 2002, p. 108.

⁵⁵ Cfr. Organización de la Propiedad Intelectual, documento WIPO/GRTKF/IC/3/6, p. 21.

dades indígenas comenzaron en 2002, ya existía una quinta versión del *software* que contenía 556 registros, 640 fotografías y 7 videos.⁵⁶

Aunque los investigadores de la Fudeci mostraron siempre la mejor disposición para trabajar, no estuvo claro desde el comienzo del proyecto cómo sería utilizada la información recolectada,⁵⁷ y tampoco existía autorización de los representantes indígenas para acceder a los conocimientos tradicionales que serían incluidos en la base de datos. Cuando las comunidades fueron consultadas a fin de obtener su consentimiento para continuar con la recolección, se presentaron desacuerdos entre los investigadores de la Fudeci y los representantes indígenas.⁵⁸ Los representantes indígenas demandaron finalmente la cancelación de la búsqueda de recursos biológicos en sus tierras y la entrega de la base de datos. Durante las discusiones entre la Fudeci y los representantes indígenas fue mencionada la ausencia de regulaciones claras como una causa decisiva de esta situación que todavía permanece sin ser resuelta.⁵⁹

2. Límites y lecciones

A. Obtención del consentimiento de las comunidades para el acceso

Uno de los principales problemas relacionados con la solicitud de consentimiento de las comunidades indígenas en un proyecto de acceso, como el descrito anteriormente, consiste en el momento en el cual este consentimiento debe ser solicitado. En este proyecto, las discusiones con los representantes indígenas comenzaron al parecer demasiado tarde. Todo parece indicar que si la Fudeci hubiese informado suficientemente a los representantes de las comunidades indígenas

⁵⁶ Cfr. Royero, Ramiro, "Seminario sobre el desarrollo de un sistema sui géneris de propiedad intelectual para la protección de los conocimientos tradicionales indígenas", Tobogán de la Selva, Amazonas, Venezuela, 2002, inédito, pp. 14, 23, 27-29.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 2.

⁵⁸ Cfr. Castillo, Otimio, "Conocimientos tradicionales colectivos de los pueblos indígenas de la amazonía venezolana: una evaluación de la implementación nacional de normas y compromisos internacionales sobre conocimiento tradicional relacionado con los bosques y asuntos conexos", inédito, p. 11.

⁵⁹ Cfr. Royero, Ramiro, *op. cit.*, nota 56, p. 23.

desde el comienzo del proyecto, ellos hubiesen estado más abiertos, o al menos más informados, durante las discusiones.

De esta forma, los aspectos que podrían ser revisados en esta experiencia se vinculan con la forma y el momento para obtener la autorización de acceso. De acuerdo con las normas aplicables en Venezuela, todo acceso a recursos biológicos, y especialmente si éste implica un acceso a conocimientos tradicionales, requiere autorización de las comunidades locales o indígenas involucradas. De esta forma, la autorización de las comunidades es necesaria en todo caso y, en consecuencia, la ausencia de tal autorización debe necesariamente conducir al fracaso del proyecto.

B. *Un muro ficticio*

Es bastante claro también que, en parte debido a razones históricas y en parte debido a la creciente toma de conciencia por parte de las comunidades indígenas acerca de sus derechos, es débil la confianza que estas comunidades tienen frente a científicos, investigadores y trabajadores gubernamentales. Esto conduce a que estas comunidades tiendan a resistirse a otorgar autorización para celebrar cualquier tipo de contrato que involucre sus conocimientos tradicionales. En algunos casos se erige un muro, que puede en realidad ser ficticio, entre el interés de los usuarios de recursos biológicos o conocimientos tradicionales en acceder y obtener la autorización de las comunidades, y el deseo de las comunidades de impedir un acceso realizado en una forma que consideran inapropiada.

3. *Apreciaciones*

La capacitación de las comunidades locales e indígenas puede contribuir a prevenir situaciones similares al caso que se acaba de describir. La capacitación de estas comunidades es un proceso que entre otras cosas envuelve la transmisión de información sobre el uso del material o conocimiento en cuestión y es, de esta forma, la herramienta que hace posible que el consentimiento sea informado. El requisito de autorización, exigido por leyes como la venezolana, consiste en el consentimiento informado previo que el Convenio sobre

Diversidad Biológica contempla como uno de sus objetivos y es, además, la base para materializar la distribución de los beneficios, la cual, al lado de la conservación de la diversidad biológica, es asimismo un objetivo esencial de este convenio. Ahora bien, en relación con procesos de acceso a los recursos genéticos o conocimientos tradicionales, estos objetivos no tienen únicamente un carácter teleológico, sino también un carácter normativo, pues ellos implican una guía normativa fundamental en la implementación de cada actividad de acceso.

Tomada en cuenta la importancia esencial de un proceso de capacitación como base del consentimiento informado previo, una pregunta puede ser hecha en este punto: ¿puede la capacitación ser considerada también un objetivo con carácter normativo dentro de los procesos de acceso, en otras palabras: no un mero requisito? La respuesta tiene necesariamente que ser afirmativa.

4. *Perspectivas*

A. *Identificación de un orden de prioridad de esos objetivos en los procesos de acceso*

Asumiendo, pues, que la capacitación también debe ser —junto con el consentimiento informado previo, la participación en los beneficios y la conservación de la diversidad biológica— un objetivo esencial con carácter normativo de todo proceso de acceso, ¿puede ser identificado un orden de prioridad en estos objetivos normativos esenciales?

Tal orden se referiría a una prioridad no en términos de tiempo, sino en términos de importancia, la cual se basaría en un punto práctico, es decir, la posibilidad de realización del proceso de acceso, dicho de otra forma: cuál objetivo debe ser alcanzado antes de que el próximo objetivo pueda ser alcanzado. Así, pues, al responder a la pregunta sobre cuál objetivo debe ocupar el primer lugar en tal orden de prioridad, un razonamiento muy simple es útil: sin capacitación —y sin la información que ella implica— no puede existir un consentimiento previamente informado y sin éste no pueden existir ni

acceso ni participación en los beneficios. En consecuencia, la capacitación debe ocupar el primer lugar en este orden de prioridad.

No obstante, esto no significa que la capacitación y, junto con ella, las discusiones para obtener la autorización conformen la primera fase de cada proyecto de acceso, ya que si así fuera, sería sin dudas problemático, pues las discusiones sobre la autorización exigen la discusión de aspectos específicos que pueden ser discutidos sólo cuando el proyecto de acceso ya existe y el trabajo ha comenzado, con la respectiva inversión de tiempo, dinero, esfuerzos, etcétera. Que la capacitación ocupe el primer lugar en el orden de prioridad significa que ésta debe considerarse de primera importancia, pues sin ella es difícil, y en muchos casos imposible, que en el marco de los procesos de acceso puedan alcanzarse los demás objetivos indicados de manera compatible con el Convenio de Diversidad Biológica.

Pero ¿cómo debe ser esta capacitación? El proceso de capacitación que se menciona debe ser un proceso integral, que no se limite a actividades de enseñanza sobre las características específicas de un proceso de acceso en particular o al marco legal e institucional sobre acceso a recursos biológicos y conocimiento tradicional. Si bien es cierto que en estos procesos de acceso se encuentra el mismo problema que existe para hacer uso de los actuales mecanismos de propiedad intelectual (por ejemplo, indicaciones geográficas) en la protección de conocimientos tradicionales, pues también en estos procesos la ignorancia de leyes relevantes y la ausencia de conocimientos comerciales es importante, no deben desestimarse otros aspectos como la deficiencia de infraestructura. El objetivo de los procesos de capacitación debe ser, pues, ayudar a las comunidades a usar todos los instrumentos modernos para el manejo de la posesión de conocimientos de una manera que sea compatible con sus valores, ya sea para aprovechar comercialmente esos conocimientos o para prevenir su uso de una forma que ellas consideran inapropiada.⁶⁰

Lo anterior sólo se puede conseguir si la capacitación se entiende, además, como un proceso permanente de interrelación entre las comunidades, los usuarios y las instituciones competentes, sean gubernamentales o no. Tal proceso de capacitación contribuiría, en parte,

⁶⁰ Cfr. Finger citado en Sunder, Madhavi, *op. cit.*, nota 42, p. 116.

a fortalecer la visión de una relación entre la biotecnología moderna y los recursos biológicos y el conocimiento tradicional asociado como una relación de cooperación en lugar de un necesario conflicto.

B. Incremento de la integración respetuosa de las comunidades locales e indígenas y sus conocimientos

La aproximación integral de capacitación que se expone aquí permite, además, destacar el rol fundamental de las comunidades locales e indígenas como ciudadanos dentro del Estado del cual forman parte. Como se afirmó ya, un proceso de capacitación de este tipo es integral no sólo en términos de contenido, sino también de tiempo. Si la capacitación se lleva a cabo esporádicamente, no pueden establecerse vínculos estables. Resulta claro que, por ejemplo, la confianza —cuya debilidad ha sido un problema identificado aquí— únicamente puede construirse mediante la creación de vínculos estables. Desde esta perspectiva, la capacitación envolvería un proceso de integración de estas comunidades en el Estado como un todo. Se trataría de un proceso desarrollado sobre una base de respeto a la diversidad cultural, considerando el valor esencial de las comunidades locales e indígenas y sus conocimientos, tanto para población del Estado del que forman parte como para toda la humanidad.

C. Retos de esta propuesta

No son pocas las tareas que permanecen como retos para la puesta en práctica de un proceso de capacitación de este tipo. Por ejemplo, preguntas sobre quién debe ser responsable de tal proceso: ¿deberían los gobiernos, las organizaciones no gubernamentales o cada grupo local o indígena llevar a cabo este proceso? Inquietudes acerca del financiamiento: ¿sería conveniente un fondo público para tal fin?, ¿se requeriría cooperación internacional? Dudas sobre cuáles comunidades deben formar parte del proceso: ¿debe dirigirse a cada comunidad o solamente a las comunidades que poseen conocimientos tradicionales?

V. CONCLUSIÓN

Es necesario considerar mejoras del marco legal sobre la materia, tomando en cuenta las discusiones sobre las opciones de regulación del acceso a los conocimientos tradicionales existentes. Es importante, entre otros aspectos, que las regulaciones sean claras. Sin embargo, es impostergable pensar simultáneamente en mecanismos que hagan posible la aplicación de los principios y disposiciones legales ya existentes. Considerando a la capacitación de las comunidades locales e indígenas más que un mero prerequisite en los procesos de acceso a recursos genéticos o a conocimientos tradicionales, algunos problemas relacionados con estos accesos podrían ser aliviados; por ejemplo, la ausencia de reglas claras o la resistencia de las comunidades a conceder autorización para el acceso. Una capacitación integral no traería únicamente más confianza en las discusiones sobre los procesos de acceso, ayudaría además a las comunidades a explotar sus propios recursos y habilidades, y a incrementar una mayor integración de las comunidades dentro de la vida del Estado.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGRAWAL, K. C., "Indigenous Knowledge and the Politics of Classification", en STEHR, Nico *et al.* (ed.), *Knowledge. Critical concepts*, Londres, Routledge, 2005.
- Convención sobre Diversidad Biológica, documento UNEP/CBD/COP/2/13.
- CLARAC, Gerald, "Derechos de los pueblos indígenas", *Boletín Antropológico*, Mérida, Venezuela, Universidad de Los Andes, núm. 59, 2003.
- Consejo de los ADPIC, documentos P/C/W/434, IP/C/W/449, IP/C/M/37/Add.1, IP/C/W/403, IP/C/W/341 y IP/C/W/393.
- CORREA, Carlos, "Alcances jurídicos de las exigencias de divulgación de origen en el sistema de patentes y derechos de obtentor", *Iniciativa para la Prevención de la Biopiratería*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2005.

- FEBRES, María, *La regulación del acceso a los recursos genéticos en Venezuela*, Caracas, Centro de Estudios del Desarrollo, Universidad Central de Venezuela, 2002.
- *et al.*, *Biopiratería en Venezuela. Caso de estudio: microorganismos con actividad anticancerígena*, Caracas, Vitalis, 2006.
- FISHER, William, “Two Thoughts about Traditional Knowledge”, *Law and Contemporary Problems*, Durham, Carolina del Norte, Duke Law School, núm. 70, primavera de 2007.
- GERVAIS, Daniel, *The TRIPs Agreement: Drafting History and Analysis*, 2a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2003.
- GOEBEL, Burkhardt, *Pflanzenpatente und Sortenschutzrechte im Weltmarkt. Zugleich ein Beitrag zur Revision von Art. 27 Abs. 3 b) TRIPS-Übereinkommen*, Berlín, Duncker & Humblot, 2001.
- HAHN, Anja von, *Traditionelles Wissen Indigener und Lokaler Gemeinschaften Zwischen Geistigen Eigentumsrechten und ‘Public Domain’*, Berlín, Springer, 2004.
- HASSEMER, Michael, “Genetic Resources”, en LEWINSKY, Silke von (ed.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property. Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, La Haya, Law International, 2004.
- “Memorandum Regarding Consistency of National Disclosures of Origin Requirements with Existing Intellectual Property Law Treaties”, American University, Washington College of Law, Glushko-Samuelson Intellectual Property Clinic, <http://www.wcl.american.edu/ipclinic/patent.cfm>.
- LEISTNER, Matthias, “Analysis of Different Areas of Indigenous Resources”, en LEWINSKY, Silke von (ed.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property. Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, La Haya, Law International, 2004.
- Organización de la Propiedad Intelectual, documentos WIPO/GRTKF/IC/11/5(a), WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4 (anexo) y WIPO/GRTKF/IC/3/6.
- SUNDER, Madhavi, “The Invention of Traditional Knowledge”, *Law and Contemporary Problems*, Durham, Carolina del Norte, Duke Law School, núm. 70, primavera de 2007.