

# LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

## **Autores:**

**Vanessa Lowenstein:** abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Actualmente se desempeña como funcionaria en el Área de Propiedad Intelectual de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y pesca dependiente del Ministerio de Economía de la república Argentina.

**Pablo Wegbrait:** es abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Actualmente se desempeña en la firma de abogados Kors, Noviks & Asociados (Buenos Aires, Argentina).

## **Presentación**

Las comunidades indígenas y locales ven a los conocimientos tradicionales (en adelante, "CT") como parte de su identidad. Sobre ellos se sustenta su forma de vida, valores culturales, creencias espirituales y conocimientos y son considerados, por la mayoría, como inescindibles de la comunidad misma.

Sin embargo, los CT tienen un componente de conocimiento práctico importante que puede beneficiar a la sociedad en su conjunto (tanto a la comunidad de origen como a la población en general) e impactar directa o indirectamente en los sistemas productivos. El ejemplo más contundente de lo anterior es la agricultura que, además de ser una actividad esencial ya que gracias a ella se posibilita el suministro de alimentos a los seres humanos, está basada en una serie de conocimientos prácticos derivados de experiencias y observaciones que surgen de la relación directa entre las diversas comunidades y su entorno. Por otro lado, se señala que –al igual que ocurre con gran parte de los CT– la contribución de los conocimientos agrícolas tradicionales no es un hecho histórico y

estático, sino que representa un proceso de desarrollo continuo que aún hoy juega un importante rol.<sup>1</sup>

El debate principal que se produce en torno a la cuestión que desarrollaremos en el presente trabajo se relaciona con el vínculo entre los conocimientos desarrollados por las comunidades indígenas o locales, y el uso y comercialización de éstos a nivel industrial o comercial, produciendo preocupaciones y conflictos en cuanto a la apropiación indebida de estos conocimientos y al reconocimiento de quien los desarrolló.

Se presenta así un desafío importante: en tiempos donde la deslocalización entre el lugar de producción y el de origen del “conocimiento” es considerada habitual, se advierte que es imperioso crear un sistema que permita que los frutos derivados de la utilización de los CT sean repartidos justa y equitativamente entre quienes lo desarrollaron, permitiendo la conservación y mantenimiento de este sistema de conocimiento, a la vez que se evita la apropiación indebida del mismo.

El debate sobre los TC se vincula con áreas relacionadas con la agricultura, los recursos genéticos,<sup>2</sup> la alimentación, la diversidad biológica, el medio ambiente, los derechos humanos (particularmente los derechos de las comunidades indígenas),<sup>3</sup> la diversidad cultural, el

---

<sup>1</sup> Lettington, Robert J.L.-Nnandozie. Kent; “A Review of the Intergovernmental Committee on Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore at WIPO”; Trade-Related Agenda Development and Equity (T.R.A.D.E.); occasional Papers; N°12; South Centre; diciembre de 2003; pág 4.

<sup>2</sup> Los recursos genéticos se hallan estrechamente ligados a los CT. Ello se debe a que un recurso genético (como por ejemplo una variedad vegetal) muchas veces puede

<sup>3</sup> En este sentido, no podemos dejar de mencionar el art. 75 17 de la Constitución Argentina (introducido en la reforma constitucional de 1994) el cual prevé que corresponde al Congreso Nacional “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, trasmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.” En lo referido al tema que nos ocupa, es particularmente relevante la mención a la gestión de los recursos

comercio y el desarrollo social y económico. Así surgen, entre otras cuestiones, interrogantes respecto de si el sistema de los derechos de propiedad intelectual (en adelante, "DPI") es compatible con los valores e intereses de las comunidades que detentan los CT.

Al fin de analizar con mayor profundidad el tema de los CT y su relación con los DPI, abordaremos la cuestión de la siguiente forma: en primer término, desarrollaremos alternativas de definición del concepto de "conocimientos tradicionales". En segundo lugar, analizaremos el debate internacional del tema, finalizando con una propuesta que ayude a un mejor abordaje del tema desde la perspectiva de un país en vías de desarrollo no mega-diverso como la Argentina.<sup>4</sup>

### **Definición y uso de los términos**

El concepto que nos ocupa ha sido definido de cientos de formas distintas. Obviamente, ninguna definición está desprovista de intencionalidad. Dependiendo de cómo se defina el término, su objeto de estudio y protección será más o menos amplio.

Según nuestro punto de vista, por "conocimientos tradicionales" debe entenderse el conjunto de prácticas y experiencia adquiridas por una determinada comunidad a través de la convivencia con y bórervación del ecosistema, incluyendo conocimientos relativos a plantas, métodos medicinales y los relativos a la agricultura, caza, ganadería y pesca.<sup>5</sup>

---

naturales, ya que la explotación de dichos recursos se halla estrechamente ligada a los CT desarrollados por la comunidades indígenas.

<sup>4</sup> Por "no meg-diverso" debe entenderse un país que, habida cuenta de su extensión, no alberga una proporción altamente variada de especies de animales y plantas por Km<sup>2</sup>. Se considera que el primer país mega-diverso del mundo es Ecuador. Dicho de otro modo, teniendo en cuenta la extensión del territorio ecuatoriano, éste alberga mayor cantidad de especies de animales y plantas por km<sup>2</sup> que el resto de los países del mundo (ver: <http://www.ambiente.gov.ec/AMBIENTE/legislación/estadísticas.htm>).

<sup>5</sup> Algunas definiciones entienden que son "tradicionales" los conocimientos adquiridos a lo largo del tiempo. Desde nuestro punto de vista, y considerando que el proceso de desarrollo de los CT es dinámico y cambiante, expresamente excluimos la referencia al factor tiempo, a fin de que queden así mismo incluidos en la definición del término los CT que van incorporándose al acervo de la comunidad en forma constante.

La definición antedicha seguramente puede ser mejorada. Sin embargo, nos hemos inclinado por ella por considerar que delimita correctamente nuestro objeto de estudio. En particular, la definición elegida excluye intencionalmente la protección del folclore.

Asimismo, la definición elegida coloca a los conocimientos tradicionales en el campo de lo científico. Si bien no es correcto establecer una identidad entre el saber científico formal (que se enseña y trasmite a través de universidades e institutos de investigación) y el que se trasmite informalmente a través de las comunidades indígenas o locales (por lo menos la mayoría de las veces), la definición que adoptamos asimila el tema al ámbito científico.

Desde el punto de vista jurídico, lo anterior implica que, si debemos pensar en proteger (o no proteger) los conocimientos tradicionales, deberíamos considerar (o por lo menos recurrir a la analogía con) la legislación de patentes, ya que dicha rama del ordenamiento jurídico es la que se ocupa de la propiedad de los resultados de la investigación científica.

Una definición más restringida de los CT se encuentra contenida en el literal j) del artículo 8 del Convenio sobre la Diversidad Biológica (en adelante, "CDB") que establece: "El término conocimientos tradicionales, se emplea en el sentido de conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida que interesan para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica".

En cambio, el común de la gente (y en particular las empresas farmacéuticas) conciben como CT a aquellos conocimientos de los pueblos indígenas y de las comunidades locales relacionados con las plantas, especialmente con las plantas medicinales. Sin embargo, este concepto abarca un abanico mucho más amplio de la realidad social y cultural de los pueblos indígenas y comunidades locales. Se refiere a todo el conjunto de saberes de un pueblo, dada su visión del mundo y su explicación sobre el orden de las cosas en el universo. En otras palabras, la definición señalada (que se centra exclusivamente en el impacto que los CT tienen sobre el factor farmacéutico) ignora que el concepto de CT debería

abarcando la cultura y costumbres de los pueblos indígenas o comunidades locales en forma holística.

En relación con esta cuestión no podemos dejar de brindar una definición de “biopiratería”, que ha sido entendida como el proceso mediante el cual los derechos de las culturas indígenas a los recursos genéticos y conocimientos son “eliminados y reemplazados para aquellos quienes han explotado el conocimiento indígena y la biodiversidad”.<sup>6</sup> De hecho, se ha otorgado un gran número de patentes sobre recursos genéticos y conocimientos obtenidos de países en desarrollo, sin el consentimiento de los poseedores de los mismos. Existe una vasta documentación sobre los DPI solicitados sobre los recursos “como tales”, sin que hayan sido mejorados.<sup>7</sup>

En resumen, los CT incluyen información de diversas clases y funciones que ha sido desarrollada en tiempos ancestrales, pero que está sujeta a mejoras y adaptaciones contemporáneas. Estos conocimientos se expresan de manera tanto documentada como no documentada y pueden tener valor comercial, dependiendo de su uso potencial y real.<sup>8</sup>

Igualmente, la dificultad de definir los CT no debería impedir el avance en su tratamiento en los ámbitos nacional o internacional. Como ejemplo, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) no contiene definiciones de los términos que utiliza: no define el concepto de invención ni el de novedad, ni altura inventiva ni aplicación industrial y, sin embargo, regula de manera detallada los derechos relacionados con las patentes.

Los desafíos que se presentan: propiedad intelectual y conocimientos tradicionales.

---

<sup>6</sup> Correa, Carlos; “Los Conocimientos Tradicionales y la Propiedad Intelectual: Cuestiones y Opciones acerca de la Protección de los Conocimientos Tradicionales”; Documento de Discusión elaborado a solicitud de la Oficina Cuáquera ante las Naciones Unidas (Quaker United Nations Office), Ginebra, noviembre de 2001; pág.7.

<sup>7</sup> Id.; pág.7.

<sup>8</sup> Id.; pág.6.

## Ordenamiento Internacional

Son varias las normas que a nivel internacional tratan la cuestión de los CT.

El tema que nos ocupa ha sido plateado en diversas organizaciones y foros internacionales. La adopción del artículo 8 (j) del CDB (ya citado) desencadenó la consideración de este tema, aunque en ese momento la cuestión no se vinculó exclusivamente con los DPI. Esta disposición fue redactada en términos programáticos lo cual implica, para ser aplicable, las leyes nacionales deberán establecer la forma en que los derechos de las comunidades serán reconocidos y respetados. No obstante, éste fue un importante paso hacia un mejor tratamiento sistemático de la cuestión, tanto en el ámbito nacional como internacional.

En una segunda etapa, los temas relacionados con los CT y los DPI comenzaron a ser vinculados tanto en el marco del CDB como en PNUMA,<sup>9</sup> la OMPI, la UNCTAD<sup>10</sup> y la OMC.<sup>11</sup> Algunas de estas organizaciones han cooperado entre sí en el abordaje y estudio de impacto de los CT. De esta forma, la OMPI y el PNUMA emprendieron conjuntamente estudios de casos sobre el rol de los DPI en la distribución equitativa de los beneficios que surgen del uso de los CT y de los recursos biológicos asociados;<sup>12</sup> la FAO<sup>13</sup> y la Secretaría del CDB cooperan regularmente en cuestiones de interés común sobre agricultura. Por supuesto, el papel de estas organizaciones y foro varía significativamente. En este sentido, mientras la OMPI es un organismo especializado de la ONU que promueve la protección de la PI, la OMC se ocupa del comercio internacional en general, incluyendo el Acuerdo sobre los ADPIC; el CDB y la FAO tienen un enfoque temático en cuestiones relacionadas con los recursos genéticos (en tanto se apliquen a la agricultura, en el caso específico de la FAO).

---

<sup>9</sup> Sigla que identifica al Programa de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente.

<sup>10</sup> UNCTAD: United Nations Conference on Trade and Development.

<sup>11</sup> OMC: Organización Mundial del Comercio.

<sup>12</sup> Gupta K, Anil; "WIPO-UNEP Study on the Role of Intellectual Property Rights in the Sharing of Benefits Arising from the Use of the Biological Resources and associated Traditional Knowledge"; Study No. 4; WIPO Publication No. 769 (E)

<sup>13</sup> FAO: Food and Agriculture Organization.

En referencia a lo expresado, se entiende que la OMPI es el único foro con mandato y competencia para trabajar en forma abarcativa sobre las cuestiones de PI que se suscitan en el marco del CDB, la FAO y la OMC. Sin embargo –bajo su actual mandato- el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (IGC), que funciona en el marco de la OMPI, parece inadecuado para avanzar más allá de la mera recolección de información, instrucción sobre el tema y estudios sobre posibles impactos referidos a la cuestión.<sup>14</sup>

Por su parte, el Consejo de los ADPIC cuenta con mayor experiencia y capacidad para exigir la observancia de los derechos que eventualmente se protejan. Ello se debe a que la naturaleza coercitiva del mecanismo de solución de controversias de la OMC torna más efectiva la protección de los eventuales derechos que se reconozcan.

Igualmente, al momento de determinar el foro en el cual se debe producir el debate, se deberían considerar particularmente sus características. Por ejemplo, la OMC –que se focaliza en actividades mayormente comerciales- podría no considerar, o directamente excluir, el aspecto sociocultural de los CT y, en consecuencia, no cubrir ni adoptar una regulación holística para el desarrollo del tema.

Por otro lado, la OMPI no cuenta con un mecanismo eficaz de solución de controversias, aunque sería el ámbito adecuado tanto desde el punto de vista de la competencia como desde su capacidad de regulación global del tema. En cambio, el CDB y la FAO sólo se centrarían en los aspectos de la regulación de los CT que se vinculen con los recursos genéticos, dejando fuera otros aspectos importantes.

### **Conclusión.**

Los CT presentan un importante desafío: su protección debería tender a promover y conservar los conocimientos desarrollados por las comunidades indígenas o locales (abarcando aspectos económicos, sociales y culturales) posibilitando asimismo la explotación económica de aquellos, teniendo en cuenta los intereses de las comunidades.

---

<sup>14</sup> Lettington, Robert J.L.- Nnandozie, Kent; ob.cit.;pág. 21

A fin de que las comunidades puedan ejercer su derecho a recibir una retribución equitativa por los beneficios que se deriven de la explotación de sus CT, el sistema de patentes puede jugar un rol importante en dos aspectos: por un lado, en el proceso de solicitud de las patentes exigiendo una declaración de origen por parte del solicitante respecto del lugar de obtención de un recurso genético y los eventuales CT asociados al mismo y, por el otro, al momento de evaluar el cumplimiento de los requisitos de patentabilidad. En este último caso, si al momento de evaluar la novedad de una invención se considera que un CT forma parte del arte previo, la solicitud debería ser denegada.

Respecto de los CT que no se intenta patentar, sería aconsejable analizar si es necesario exigir algún tipo de retribución dado que, si la investigación o desarrollo posterior que tiene lugar gracias a la utilización del CT se divulga sin estar asociado a un derecho exclusivo de comercialización, sería la sociedad en su conjunto la que se beneficiaría con ese nuevo conocimientos, incluida la comunidad que desarrolló el CT originario. Consideramos que en aras de la difusión del conocimiento y para incentivar el progreso de los CT, sería conveniente no exigir retribución alguna, ya que la retribución consistiría en el libre acceso y utilización comercial de la mejora realizada.

También puede evaluarse, para los casos en que sí exista un DPI sobre los CT, que la retribución pueda consistir en un pago no monetario, por ejemplo, transferencia de tecnología, investigación conjunta o cotitularidad de patentes, entre otros aspectos.

En lo que a la Argentina se refiere, la consecuencia práctica de que se trate de un país no megadiverso es que probablemente le convenga una posición intermedia: por un lado, defendiendo una postura tendiente a brindar protección contra la apropiación indebida de los CT y, por el otro, evitando la creación de una nueva categoría de derechos positivos de propiedad intelectual respecto de los CT.

En definitiva, como ocurre con otras cuestiones de PI, la regulación del tema es una cuestión de política económica y, en este caso particular, también de política sociocultural.