
BIODIVERSIDAD Y CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN EL ACUERDO DE PROMOCIÓN COMERCIAL PERÚ-ESTADOS UNIDOS

SANDY BOZA y SANTIAGO ROCA

RESUMEN

En los tramos finales de la negociación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos se llegó a un Acuerdo en materia de biodiversidad y conocimientos tradicionales a través de un “side setter” (Carta de Entendimiento). El presente trabajo analiza el alcance y contenido de esta Carta de Entendimiento. Para ello, en primer lugar, el autor hace una breve exposición de la posición del Perú y de los Estados Unidos antes de la negociación en materia de biodiversidad y conocimientos tradicionales en el ámbito de los foros internacionales. Luego, describe brevemente las posiciones de ambos países en el proceso de negociación del mencionado Acuerdo de Promoción Comercial. Finalmente, evalúa el contenido mismo de la Carta de Entendimiento.

1. INTRODUCCIÓN

Detrás de las discusiones acerca de la biodiversidad y de los conocimientos tradicionales se encuentran los intereses de diversos países. Por un lado, se encuentran países como el Perú, ricos en biodiversidad y conocimientos tradicionales (en adelante, CT) y, por el otro lado, países que no cuentan con dichos recursos y conocimientos pero que basándose en ellos son capaces de desarrollar invenciones que luego son protegidas vía el sistema de patentes. En sus extremos, el interés del primer grupo de países es promover estrictos mecanismos de acceso a los recursos genéticos, y lograr la protección de los CT dentro del sistema de propiedad intelectual. Los segundos se interesan más bien, por regímenes laxos de acceso a los recursos genéticos y por la difusión de los conocimientos tradicionales a través del dominio público.

Independientemente de la laxitud o estrictez del régimen de acceso a los recursos genéticos y de si se protegen o no por propiedad intelectual los conocimientos tradicionales; los países ricos en biodiversidad y CT pugnan por lograr que los otros países no usen estos recursos sin el acceso legal, consentimiento informado previo y la compensación correspondiente. Para ello exigen que las oficinas de patentes del mundo exijan estos requerimientos como condición obligatoria en toda solicitud de patentes que utilice conocimientos tradicionales o recursos genéticos. La violación de cualquiera de estos derechos constituye lo que se denomina actos de biopiratería.

Al término de las negociaciones del Tratado de Libre Comercio entre Perú y EEUU, las partes llegaron a firmar un “side letter” (carta de entendimiento) en dicha materia. Para algunos, esta carta de entendimiento ha sido un logro positivo para el Perú, si se toma en consideración que EEUU es un país que se ha negado a ratificar el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB). Para otros es una rendición y entrega de nuestra biodiversidad, recursos genéticos y CT, a las multinacionales internacionales.

En tal contexto, el presente trabajo tiene por objeto analizar el alcance y contenido de esta Carta de Entendimiento. Para ello, se ha considerado necesario hacer primero una breve exposición de la posición del Perú y de los Estados Unidos antes de la negociación. Luego se describirá brevemente las posiciones en el proceso de negociación. Finalmente, se evaluará el contenido mismo de la Carta de Entendimiento.

2. LA POSICIÓN DEL PERÚ Y SU PARTICIPACIÓN EN LOS FOROS INTERNACIONALES

Cabe resaltar que la discusión sobre la adopción de mecanismos de protección de la biodiversidad, recursos genéticos y CT forma parte de la agenda actual de diversos foros internacionales, tales como, el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), y la Organización Mundial del Comercio (OMC). En estos espacios internacionales se reconoce que el Perú es uno de los primeros países en impulsar la discusión en torno a estos temas desde hace más de diez (10) años, así como su liderazgo en el planteamiento de propuestas.

El Perú forma parte de la gran mayoría de países que han cumplido con ratificar el CDB adoptado en la Cumbre de la Tierra, celebrada en Río de Janeiro el año de 1992. En ese sentido, nuestro país se encuentra comprometido con los objetivos de conservación de la diversidad biológica, uso sostenido de los

componentes de la diversidad biológica, y reparto justo y equitativo de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos y CT.

Nuestro país cuenta con un régimen de acceso a los recursos genéticos¹ y protección de los CT² que desarrolla los principios y disposiciones establecidas en el CDB. No obstante ello, en los últimos años el Perú se ha visto en la necesidad de evidenciar casos en los cuales nuestros recursos genéticos y los CT asociados de los pueblos indígenas del Perú han sido usados en la obtención de invenciones que luego buscan ser protegidas en el extranjero a través del sistema de patentes, sin haberse obtenido la autorización de sus titulares y sin que medie compensación alguna a los mismos. Asimismo, el Perú ha evidenciado casos en los cuales dichas invenciones ni siquiera cumplen con los requisitos de patentabilidad (novedad y nivel inventivo)³.

En ese sentido, la posición del Perú propugna la modificación del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC⁴) a efectos de que se incluya la exigencia al solicitante de una patente que incorpore recursos genéticos o CT para que se divulgue la fuente y el país de origen del recurso utilizado en la invención, así como las pruebas del consentimiento informado previo y de la distribución justa y equitativa de los beneficios⁵.

Por otro lado, EEUU es un país que no ha cumplido con ratificar el CDB y su participación en los foros internacionales se ha caracterizado por mostrar resistencia a la adopción de mecanismos de protección de los recursos genéticos y CT dentro del sistema de patentes. Este país considera que el cumplimiento de los requisitos de consentimiento informado previo y reparto justo y equitativo de beneficios establecido en el CDB es un tema que debe solucionarse a través de contratos privados entre las partes⁶.

1 Decisión 391, Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos, aprobada el 2 de julio de 1996.

2 Ley N° 27811, Ley que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos, publicada el 10 de agosto de 2002.

3 Ver: OMC/WTO (2005a).

4 Es uno de los Acuerdos Comerciales Multilaterales que forman parte integrante (como anexos) del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, el mismo que fue suscrito en Marruecos el 15 de abril de 1994 e incorporada a la legislación peruana por Resolución Legislativa N° 26407, publicada en el diario oficial El Peruano el 18 de diciembre de 1994, entrando en vigencia en el Perú desde el 1 de enero de 1995.

5 Ver: OMC/WTO (2005b).

6 Ver: OMC/WTO (2006).

3. LA INCORPORACIÓN Y TRATAMIENTO DE LA BIODIVERSIDAD EN LA NEGOCIACIÓN DEL TLC

Originalmente el tema de la biodiversidad no estaba señalado en la propuesta de temas a discutir alcanzada por EEUU al inicio del proceso. Es recién en la ronda que se realizó en Lima en julio de 2004 que los países andinos (Colombia, Ecuador y Perú) lo plantean como tema que se debería tratar, haciendo una exposición amplia de las bases de la propuesta presentada. Los representantes de EEUU indicaron que éste era un tema sobre el cual no podrían responder inmediatamente pues no estaba contemplado en su propuesta original⁷.

En la cuarta ronda EEUU expresó su acuerdo con la preocupación planteada acerca de la biopiratería, así como con los objetivos para garantizar la protección de recursos genéticos y CT de los pueblos indígenas; sin embargo se señaló que no era tema de la negociación la incorporación de mecanismos de protección de los recursos genéticos y CT bajo el sistema de propiedad intelectual, debiendo examinarse otras experiencias⁸.

Hacia la séptima ronda los países andinos reiteran su propuesta contra la biopiratería, en particular, la obligación para que las autoridades competentes en materia de patentes condicionen la necesidad de la información relativa al acceso, consentimiento previo y compensación de los recursos genéticos y CT, antes de conceder una patente⁹.

Finalmente, en los tramos finales de la negociación, Perú y Estados Unidos llegaron a un Acuerdo en materia de biodiversidad y conocimientos tradicionales a través de un "side setter" cuyo texto señala lo siguiente¹⁰:

7 Ver: <http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/index.php>.

8 *Ibíd.*

9 *Ibíd.*

10 Los "side letter" dentro de un Acuerdo de Promoción Comercial hacen vinculante el mismo bilateralmente (entre Perú y los Estados Unidos) pero liberan de dicho entendimiento al resto de países signatarios del ADPIC. Es decir, no se extiende la cláusula de "nación más favorecida" en este punto a todos los países miembros del ADPIC. Al respecto ver: Ruiz (2006), p. 55.

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:

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 (privados) 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**

4. LA CARTA DE ENTENDIMIENTO: ALCANCE Y CONTENIDO

En la Carta de Entendimiento, las partes reconocen la importancia que tienen los CT y la biodiversidad para el desarrollo cultural, económico y social de los países. Asimismo, reconocen la importancia de la obtención del consentimiento informado para acceder a los recursos genéticos y de la distribución equitativa de los beneficios que se deriven del acceso y uso de estos recursos y CT. Con relación a esto último (cumplimiento de los requisitos de acceso a los recursos genéticos y CT), se señala que éstos pueden ser adecuadamente atendidos a través de contratos (privados) que reflejen términos mutuamente acordados entre los usuarios y los proveedores.

Cabe señalar que en nuestro país, el régimen legal en materia de acceso a los recursos genéticos y la protección de los CT, exige la suscripción de contratos de acceso en los que se prevea el cumplimiento de los requisitos de consentimiento informado previo y reparto justo de beneficios, los que, además, deben ser aprobados por la autoridad nacional. En tal sentido, hubiese sido deseable que en la Carta de Entendimiento se precise que los contratos debieran celebrarse conforme a estas exigencias. Asimismo, la Carta de Entendimiento no obliga a las autoridades de patentes de ninguna de las partes a requerir en forma obligatoria –como condición previa al análisis de una solicitud de patentes que usa CT o recursos genéticos– se cumplan con estos requisitos. De esta manera queda siempre abierta la posibilidad de biopiratería, ya que el cumplimiento de los ítems reconocidos por ambos países queda al libre albedrío de las corporaciones y las comunidades que celebran estos contratos.

Por otro lado, las partes reconocen la importancia de promover la calidad del nivel de los exámenes de patentabilidad para asegurar que no se otorguen derechos indebidos y, en particular, se comprometen a procurar establecer mecanismos de intercambio de información relevante en los exámenes de patentabilidad de aquellas invenciones obtenidas a partir de recursos genéticos o CT, mediante el suministro de bases de datos que pudieran referirse a estos recursos y conocimientos.

El compromiso de intercambio de información es un paso adelante en el objetivo de mejorar la calidad de los exámenes de patentabilidad. Cabe recordar que la Comisión Nacional¹¹ contra la biopiratería viene realizando importantes esfuerzos a efectos de evidenciar casos de solicitudes en trámite o patentes concedidas en los que el nivel inventivo y la novedad resultan

11 Creada por Ley N° 28216, publicada el 1 de mayo de 2004.

bastante cuestionables¹². Además, dicho compromiso guarda concordancia con la obligación de enviar la información contenida en el Registro Público de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas¹³ a las principales Oficinas de Patentes del mundo, a efectos de que sea tomada en cuenta como antecedente en el examen de novedad y nivel inventivo de las solicitudes de patentes.

En términos específicos, se puede apreciar, que las declaraciones que contiene la Carta de Entendimiento no reflejan la posición que el Perú propugna en la lucha contra la biopiratería en materia de biodiversidad y CT en los diversos foros internacionales; es decir, no se ha podido conseguir un acuerdo por el cual la autoridad de patentes en EEUU condicione la concesión de derechos de exclusiva a la obligación de divulgar la fuente y el país de origen del recurso genético o CT utilizado en la invención, así como las pruebas del consentimiento informado previo y de la distribución justa y equitativa de los beneficios.

La Carta de Entendimiento recoge sin embargo una serie de declaraciones que resultan positivas viniendo de un país como EEUU, que no ha ratificado el Convenio sobre la Diversidad Biológica, instrumento internacional que constituye el estándar existente para la protección de la biodiversidad en el mundo.

Para terminar, la Carta de Entendimiento tampoco ha considerado la necesidad de proteger por derecho de propiedad intelectual los conocimientos tradicionales vinculados a los recursos genéticos. Este seguirá siendo uno de los temas de discusión en el seno de los diversos Comités Intergubernamentales que se tienen en la Organización Mundial de Propiedad Intelectual y en el Consejo Directivo de los ADPIC.

BIBLIOGRAFÍA

COMISIÓN NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA BIOPIRATERÍA (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.

12 Ver: Comisión Nacional de Prevención de la Biopiratería (2005).

13 A cargo de la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías del INDECOPI, conforme a lo establecido en la Ley N° 27811, Ley que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos.

OMC/WTO (2006). Párrafo 3 b) del artículo 27, relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el CDB, y la protección de los conocimientos tradicionales y el folklore. Comunicación de los Estados Unidos del 10 de marzo de 2006. Consejo de los ADPIC, OMC. Documento IP/C/W/469.

OMC/WTO (2005a). Análisis de potenciales casos de biopiratería. Comunicación del Perú del 19 de octubre de 2005. Consejo de los ADPIC, OMC. Documento IP/C/W/458.

OMC/WTO (2005b). Párrafo 3 b) del artículo 27, relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el CDB, y la protección de los conocimientos tradicionales y el folklore. Comunicación del Perú del 2 de junio de 2005. Consejo de los ADPIC, OMC. Documento IP/C/W/447.

RUIZ, M. (2006). "Biodiversidad, Propiedad Intelectual y el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América", Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual, Año 2, Número 2, Otoño 2006. pp. 43-58.