

Centro Interamericano de
Documentación e
Información Agrícola
08 N. / 1994
HCA - CINDIA

EL CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA
Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Bolita HCA
16482
Abr. 1994

(San José, marzo 8, 1994)

Por: Fernando Suárez de Castro

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

- 1- Antes de entrar propiamente en materia, vale la pena hacer algunas breves consideraciones de orden jurídico sobre el Convenio sobre la Diversidad Biológica firmado por 157 países al finalizar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que tuvo lugar en Río de Janeiro entre el 3 y el 14 de junio de 1992.
- 2- El Convenio, que tiene la categoría de un tratado internacional plurilateral, no ha entrado aún en vigor. El propio documento establece que entrará en vigor 90 días después de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión (artículo 36.1,2). Para las partes contratantes que lo ratifiquen o se adhieran a él después de haber sido depositado el trigésimo instrumento de ratificación, el Convenio entrará en vigor a los 90 días de que ellos hayan depositado su instrumento de ratificación (artículo 36.3). (PNUMA 1992).
- 3- Esto significa que a pesar de haber sido firmado por los representantes de 157 países, su entrada en vigor puede demorarse varios años.
- 4- Por otra parte, aunque el Convenio excluye la posibilidad de formular reservas, varios países las presentaron en forma de declaraciones en el momento de la aprobación del texto acordado. Entre ellas vale la pena

HCA
020
1994

destacar las siguientes:

a- Colombia y Chile objetaron el primer párrafo del artículo 22 que establece que las disposiciones del Convenio afectarán los derechos y obligaciones de toda Parte Contratante, derivados de cualquier acuerdo internacional existente, cuando el ejercicio de esos derechos y el cumplimiento de esas obligaciones pueda causar graves daños a la diversidad biológica o ponerla en peligro. Esta objeción tiene un respaldo jurídico inobjetable, en cuanto afecta la validez de otros tratados firmados por las partes contratantes, e introduce una inseguridad jurídica en ese campo en donde es de tanta importancia la plena vigencia del Pacta sunt servanda, principio general fundamental del derecho internacional.

b- Estados Unidos se negó a firmar el Convenio, aunque más tarde lo hizo al efectuarse el relevo del Presidente Bush y su reemplazo por el Sr. Clinton. Las observaciones de Estados Unidos, fueron en resumen, las siguientes:

i) el texto presenta graves deficiencias en varios aspectos importantes.

ii) específicamente, consideraron particularmente insatisfactorio el tratamiento que se da a los derechos de propiedad intelectual, los aspectos financieros, la transferencia de tecnología y la biotecnología.

- iii) además, calificaron de "decepcionante" el tratamiento de las cuestiones relacionadas con la evaluación del impacto ambiental, la relación jurídica del Convenio con otros acuerdos internacionales (es decir formulan la misma objeción que expresaron Colombia y Chile) y el alcance de las obligaciones relativas al medio marino.

No sobra agregar que las industrias farmacéutica y biotecnológica de los Estados Unidos, aplaudieron con entusiasmo su negativa a firmar el tratado. El presidente de la Asociación Industrial de Biotecnología (Industrial Biotechnology Association) manifestó que el tratado sería contraproducente para el desarrollo, en este campo, de la economía de dicho país. Como bien lo señala Richard Stone las claves de la posición de Estados Unidos ante este Convenio son los "intereses económicos", y el temor de que algunas partes del texto pudieran conferirle un derecho a los países en desarrollo sobre los nuevos fármacos o alimentos obtenidos con base en especies vegetales o animales provenientes de estos países. (PNUMA 1992).

Es importante tener muy en cuenta estas objeciones de Estados Unidos porque ellas son el reflejo de su firme posición sobre las obligaciones y derechos recíprocos, en las relaciones comerciales norte-sur.-

Sistemas de protección legal a la propiedad intelectual

5- Desde tiempo inmemorial la sociedad se ha preocupado por gratificar o recompensar a quienes producen innovaciones útiles; se parte del principio de que todo autor o inventor debe gozar de la debida protección para que su obra sea respetada por terceros; de esta manera el innovador puede obtener un legítimo beneficio del goce y aprovechamiento de su obra, durante un tiempo prudencial, luego del cual la innovación es del dominio público (Suárez de Castro 1993).

6- Este principio ha sido recogido en las leyes y aún en los textos constitucionales de numerosos países; en el caso de Costa Rica, por ejemplo, el artículo 47 de la Constitución Política dice textualmente:

"Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley."

7- Se supone que además de buscar lo que pudiéramos llamar la equidad, el sistema protector estimula a los inventores para que innoven y a la industria para que invierta; a la vez promueve la revelación y la diseminación amplia, dentro de un plazo prudencial, de nuevos conocimientos científicos y tecnológicos utilizables en la industria. Algo similar se prevé que ocurre en el caso de obras literarias y artísticas, sin aplicación industrial (por ejemplos libros, composiciones musicales, dibujos, obras cinematográficas, pinturas y similares) (Machlup 1958).

- 8- Para cumplir tales propósitos, el sistema le concede al innovador o inventor un privilegio monopólico temporal para explotar su invento o su obra artística o literaria, pero a la vez le impone la obligación de, en el caso del invento, describirlo de manera completa y clara para que una vez vencido el plazo monopólico, pueda ser fabricado o usado libremente por otras personas versadas en la materia técnica correspondiente, sin necesidad de realizar una actividad inventiva adicional (Suárez de Castro 1993).

- 9- Dentro de este esquema es fácil imaginarse la gran cantidad de condiciones variables que impone una u otra legislación (sobre, por ejemplo, plazos del monopolio concedido al innovador, obligaciones colaterales de uno u otro tipo, detalles formales de uno u otro requisito, etc.), y la importancia económica que esas variaciones tienen.

- 10- Para el caso del convenio sobre biodiversidad, que es el principal sujeto de esta exposición, no tiene aplicación la porción normativa que, en general, se ha distinguido con el nombre de derechos de autor o derechos sobre obras literarias y artísticas. No nos referiremos por lo tanto a dicha normatividad, que en el caso de Costa Rica se expresa en la Ley no. 6683 de Derechos de Autor y Derechos Conexos, expedida en 1981 y reformada en 1983 por Ley no. 6935.

- 11- Son las leyes referentes a patentes de invención y al Sistema de Protección de Nuevas Variedades de Plantas y Animales, de mucho más reciente creación, las que tienen significado y vigencia en este caso, ya

que es a través de ellas que se protegen y regulan los derechos de los obtentores de nuevos productos a partir de especímenes extraídos de la biota de una región y a los fito y zoo mejoradores creadores de variedades o razas de vegetales y animales.

Patentes de invención

- 12- La diversidad biológica o biodiversidad que la Convención busca conservar y utilizar en forma sostenible, incluye millones de especies que existen en el planeta y que constituyen la denominada biota, que varios autores calculan está compuesta por más de 30 millones de especies, de las cuales se han descrito, o al menos de les ha dado un nombre en latín, a cerca de 1,4 millones (750 mil especies de insectos; 41.000 de vertebrados y 220 mil de plantas; el resto son invertebrados, hongos algas y microorganismos) (EHRlich 1991). No sobra advertir que estas cifras son una especie de "adivinanza educada", como dicen en inglés, o sea son el resultado de cálculos hechos con base en observaciones efectuadas en algunos sitios pequeños que se consideran "típicos" de zonas ecológicas importantes, cuyos resultados se magnifican o extrapolan hasta llegar a cifras que se juzgan corresponden a toda la zona ecológica respectiva. Este es un primer punto que no debemos olvidar: sobre la magnitud y características de la biota hay una ignorancia casi total y las cifras que se citan son burdas aproximaciones, lo cual paradójicamente ha permitido hacer toda clase de lucubraciones "científicas", para probar una u otra tesis.

- 13- Otro punto importante es que la biota no es estática sino muy al contrario, tremendamente dinámica, en permanente evolución, con efectos acumulativos de siglos y milenios.
- 14- Y si todo esto no fuera suficiente como índice de su complejidad y de nuestra ignorancia, podría agregarse que dentro de cada especie puede haber decenas y aún centenares o miles de subespecies, razas y toda la gama imaginable de variaciones genéticas y morfológicas; y a medida que se baja en la escala viviente, se multiplican también los especímenes o individuos que componen cada grupo; es fácil que de una especie animal, taxonomicamente alta (venado, manigordo, tepezcuintle) haya en una área relativamente pequeña, digamos de mil hectáreas, apenas decenas de individuos en tanto que de una especie vegetal existan varios miles de ejemplares; en contraste, de una especie de insecto puede haber varios centenares de miles y de una especie de hongo o de bacteria millones o miles de millones. Lo cual significa que las especies más expuestas a desaparecer son las más altas en la escala taxonómica por ser mucho menor el número de individuos que de ellos existen en una región ecológica y por ser más visibles y estar más al alcance de las acciones depredadoras de otras especies.
- 15- Es dentro de esta maraña de ignorancia y complejidad dinámica, que maniobramos y buscamos regular, en nuestro provecho, los numerosos factores envueltos, recurriendo a simplificaciones en muchos casos audaces y casi siempre con escasa cimentación en hechos ciertos. No es de extrañar entonces que un sistema legal como el de patentes de invenciones,

ideado y desarrollado para manejar inventos concretos de carácter técnico y de aplicabilidad en la industria, trepide y haga ruidos cuando se le pretende aplicar a los productos derivados de la biota o sea a la llamada biodiversidad.

16- Para que un invento se pueda patentar se exige, como es lógico, que no haya tenido existencia anterior como producto del trabajo de otros, es decir que tenga como característica esencial la novedad. Debe también exhibir un nivel inventivo alto. Es por ello que, en general, los descubrimientos puramente científicos, sin concreción tecnológica y los productos de la naturaleza que deben su existencia a procesos naturales y no al genio del hombre, no son patentables en cuanto carecen del nivel inventivo necesario; tampoco lo son, en general, las variedades de plantas o animales y los procesos biológicos para su producción, como lo estipula expresamente la Convención Europea sobre Patentes (ECP) firmado en 1973 y vigente desde 1977, la cual ha servido de guía para los países signatarios que, en general, han buscado armonizar sus leyes con aquella y han adoptado esta cláusula de exclusión en su normativa general.

17- En el caso de América Latina numerosos países excluyen expresamente de la protección de una patente a las variedades vegetales, las razas animales y los procedimientos esencialmente biológicos para su obtención (OMPI, 1989). Otros ordenamientos jurídicos son omisos al respecto. En el caso de Colombia, Ecuador y Perú, la adopción de la Decisión 85 de la Junta del Acuerdo de Cartagena estableció claramente la prohibición mencionada, con el criterio de que aunque las nuevas variedades producidas por el ingenio

humano son invenciones, ellas por razones de conveniencia, se clasifican entre los inventos no patentables, junto con las invenciones contrarias al orden público o a las buenas costumbres. De la misma manera, y limitándonos a lo que puede afectar el Convenio sobre la diversidad biológica, no son patentables los productos farmacéuticos, medicamentos, sustancias terapéuticamente activas, bebidas, alimentos para el uso humano, animal o vegetal, procesos y productos, o grupos de productos, cuya patentabilidad excluyan los respectivos gobiernos. (ALADI, BIO 1987).

La ley de Costa Rica

- 18- El caso de la ley de patentes de Costa Rica es interesante de individualizar pues destaca los criterios de protección al ciudadano consumidor que ha inspirado gran parte de la legislación sobre patentes de invención en los países en desarrollo.

- 19- La ley respectiva, no. 6867, aprobada en 1983, la cual reemplazó a la Ley no. 40 de 1896, se originó en un proyecto para declarar al herbicida Propanil artículo de utilidad pública; ese producto, que se consideraba esencial para el cultivo del arroz, tuvo un precio de venta razonable mientras la patente era propiedad de determinada compañía comercial, pero al pasar la patente de uso a manos de otra firma, se creó un monopolio que obligó a los agricultores a pagar millones de dólares de sobreprecio. Al avanzar en la discusión de esta norma de alcances tan limitados, se desembocó en un texto de mucha mayor amplitud que fue finalmente adoptado.

Es decir, no razones doctrinarias o jurídicas, sino una consideración de carácter pragmático y de importancia económica para un grupo importante de agricultores costarricenses, fue el motor que impulsó y le dió vida a la iniciativa.

20- Por esta razón, la Ley 6867/83 es marcadamente proconsumidor, llegando en algunos casos hasta extremos muy polémicos y controvertibles. Así se explica, no solamente que se establezca que no se consideran invenciones las variedades vegetales y las razas animales, los procedimientos esencialmente biológicos para su obtención, los procedimientos microbiológicos y los productos obtenidos de ellos (art. 1, 3.b) sino que se obligue a que, para ser patentables, los medicamentos, artículos y sustancias de aplicación terapéutica y los procesos o sistemas de producción o de síntesis de sustancias que tengan efecto terapéutico, deban fabricarse o llevarse a cabo totalmente en el país. En el caso de productos farmacéuticos de uso humano, sólo se inscribirán las patentes de aquellos que estén en uso o explotación en su país de origen (art. 2.7) Adicionalmente, se limita a un año la vigencia de las patentes de medicamentos, sustancias de aplicación terapéutica, bebidas, productos alimenticios, abonos, fertilizantes, agroquímicos en general, herbicidas, insecticidas y fungicidas. (art. 17.1). Finalmente, se prevé que cuando lo exijan "razones calificadas de interés público", el Poder Ejecutivo podrá decidir que la invención la explote una entidad estatal, "mediante el pago que correspondiere por tal concepto". (art. 20.1). (Costa Rica 1983).

Protección de plantas y animales superiores

- 21- Para enfrentarse a la imposibilidad o gran dificultad de patentar vegetales, por excluirlos de esa protección los instrumentos internacionales y la gran mayoría de las leyes nacionales, se firmó a fines de 1961 la Convención Internacional para la Protección de Nuevas Variedades de Plantas (Convención UPOV), en la cual se prevé la concesión de "títulos de protección" para resguardar la propiedad intelectual de las nuevas variedades (o similares) de vegetales producidos por el ingenio humano (en algunos casos se utilizan los términos "obtencciones vegetales" o "nuevos cultivares"). La Convención señala diversas características que debe poseer la variedad y establece varias condiciones que deben cumplirse para acceder a esa protección legal, la cual tiene una vigencia no inferior a quince años.
- 22- Para lo que interesa, es útil señalar que la UPOV reconoce el llamado "privilegio del fitomejorador", que permite que sin autorización del obtentor se utilice la variedad protegida, como origen inicial de variación en vista a la creación de otra variedad y a su comercialización, siempre que esa utilización para la protección comercial de la nueva variedad no sea repetida, sistemática o permanente. Reconoce también el llamado "privilegio del agricultor", (que no debe confundirse con el "derecho del agricultor" al cual nos referiremos más adelante), que permite el uso libre y sin regalía, por parte de éste, del material de propagación de la variedad protegida.

- 23- En solo cinco países de América Latina (Argentina, Chile, México, Perú y Uruguay) existe legislación referida a la protección de nuevas variedades u obtenciones vegetales. En Argentina, Chile y Uruguay esta normativa forma parte de las respectivas leyes de semilla, reglamentadas de manera diversa. En Perú, se creó el Registro de Creaciones Fitogenéticas, el cual no ha tenido aplicación práctica; algo similar ocurre en México; en ambos casos, en razón de la falta de desarrollo legislativo y reglamentario (Suárez de Castro 1994).
- 24- En tres países del cono sur se reconoce tanto el privilegio del fitomejorador como el del agricultor. La idea que hay detrás de estas disposiciones, es que si se establece un monopolio cerrado y total sobre el uso de las nuevas variedades o cultivares vegetales, se dificulta o impide el avance tecnológico en el campo de la producción de semillas mejoradas y se entraba la actividad agrícola a nivel de finca.
- 25- En el caso de los animales superiores, hasta hace muy poco nadie había considerado la posibilidad de patentarlos. En 1987, por primera vez en la historia, se aceptó la posibilidad de conceder una patente a un organismo multicelular, en este caso una ostra estéril comestible durante todo el año, lograda por manipuleo cromosómico (la patente, finalmente, no se concedió por falta de nivel inventivo). Así mismo, ha sido posible patentar, en 1988, un ratón al cual se le insertó un gene que incrementa su propensión a desarrollar tumores cancerosos y que, por lo tanto, puede utilizarse para probar materiales que se sospecha que son cancerígenos. Ello ha ocurrido en los Estados Unidos, en donde el poder judicial ha

interpretado que la ley de ese país autoriza patentar cualquier cosa bajo el sol, animada o inanimada, inventada por el hombre. (Charles, G. 1992).

- 26- El último desarrollo de esta carrera de apropiación de los seres vivos, o "cosificación de lo viviente", como alguien lo ha llamado, es la tentativa por parte del Instituto Nacional de Salud de los Estados Unidos de patentar secuencias parciales del ácido desoxirribonucleico (ADN, base de la herencia y material del cual están formados los genes) obtenidas del genoma humano, es decir de patentar más de dos mil genes y fragmentos de genes, expresados en tejidos del cerebro humano (Eisenberg 1992).

Microorganismos

- 27- Ultimamente ha habido mucha discusión sobre el otorgamiento de patentes de invención a microorganismos "descubiertos" o "modificados" por el hombre, lo mismo que a los procesos por medio de los cuales se producen y a los productos finales por éstos elaborados. También en este caso, los Estados Unidos han roto con la ortodoxia, y en 1980 la propia Corte Suprema de ese país aprobó la concesión de una patente de invención a una bacteria del género *Pseudomonas* modificada por ingeniería genética (este caso que se distingue como "el caso Chakrabarty" es ya célebre en la literatura especializada). Al presente, la Convención Europea sobre Patentes señala requisitos para el patentamiento de microorganismos, y estableció la obligación de su depósito, complementado con una identificación detallada. El tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional de Depósitos de Microorganismos con el fin de Gestionar Patentes (PD), reglamentó lo

concerniente y dispuso reconocer como autoridades internacionales depositarias varias colecciones de cultivos.

- 28- En América Latina la situación sobre otorgamiento de patentes de invención a microorganismos es heterogénea y muy confusa. En varios países la ley es omisa al respecto o se refiere en general a especies vegetales y animales y sus variedades y a los procesos biológicos para su producción, lo cual abre un margen de interpretación de si esta norma cubre también a los microorganismos. En otros casos, como en Costa Rica, la ley es clara en no considerar como invento patentable a los procedimientos microbiológicos y los productos obtenidos de ellos (Costa Rica 1983).

Prospección de la biodiversidad

- 29- La conservación y utilización de la biota, que tanto preocupa hoy, por razones muy diversas, a todos los países, se enfrenta al marco legal que hemos esquematizado y hace esfuerzos por modificarlo en diversos aspectos de manera que se acomode a los intereses, principalmente económicos, de los diversos grupos de presión.
- 30- Es imposible negar que en la etapa de ese proceso en que nos hallamos, predominan una gran expectativa y una gran confusión sobre el tema nacidos, en buena parte, de la contraposición de los intereses de los países en desarrollo y de los países desarrollados, particularmente de los Estados Unidos.

- 31- Los primeros, situados predominantemente en zonas tropicales, muy poco o casi nada utilizadas o explotadas por el hombre, son los poseedores de la mayor parte de esa biota, a escala mundial. Se calcula, que entre el 50 y el 90% del total de las especies terrestres, viven en los bosques tropicales (World Resources Institute 1992).

- 32- Los segundos (desarrollados) localizados en zonas templadas, dominan los principios científicos y poseen las técnicas y el respaldo económico necesarios para la fabricación de productos altamente valiosos en el comercio mundial, extraídos o derivados de varias de las especies insertas en la biota tropical.

- 33- Para éstos, es importante que se destruyan todos los obstáculos que existen para el uso libre de esa materia prima poseída por los pobres, que puede servir y ha servido de base a productos de los cuales han derivado ganancias fabulosas, principalmente las gigantescas compañías que dominan el mercado mundial de medicamentos y otros productos farmacéuticos.

- 34- Para los pobres en vías de desarrollo, en contraste, es importante que se reconozca el valor de la biota como materia prima y que se compense a sus propietarios tanto por la tarea de proteger la biodiversidad como por la utilización de especies que de allí provengan, previéndose el derecho a recibir algún porcentaje de las ganancias que se obtengan con los productos de ellos derivados.

- 35- No cabe decidir en justicia quien tiene toda la razón, pero si es posible

señalar que debe llegarse a acuerdos y que la fuerza negociadora de las dos partes es muy desigual; sólo la unión, en propósitos y métodos, de los más débiles, puede compensar en parte el poder de los más fuertes.

- 36- Para formarse una idea de lo que está en juego, en términos de ganancias, basta citar algunos datos bien conocidos: a) los beneficios económicos derivados de especies silvestres se acercan al 4,5% del producto interno bruto de los Estados Unidos, equivalente a 87 mil millones de dólares anuales (World Resources Institute 1992); b) según la Organización Mundial de la Salud, el 60% de las medicinas para uso humano contienen ingredientes extraídos de vegetales; c) de una planta herbácea silvestre de Madagascar, en inglés la "Rosy periwinkle" y en español la "vincapervinca rosada" (*Catharanthus roseus*), se extraen dos sustancias utilizadas en el tratamiento de algunas formas de cáncer, cuya venta ha producido a una firma comercial cientos de millones de dólares sin que el país de origen de la vincapervinca haya recibido ninguna proporción de esas ganancias. d) El árbol neem nativo de la India, ha sido usado por las comunidades rurales de ese país, desde tiempo inmemorial, como insecticida y bactericida; sin embargo, una compañía transnacional ha logrado obtener patente, y goza por lo tanto del monopolio de venta, para el extracto de la corteza del árbol, que ha mostrado ser efectivo contra algunas formas de cáncer, para la azadiractina que es una sustancia insecticida extraída del árbol, en una forma estabilizada que permite su conservación; todo ello sin que la India reciba ninguna parte de las cuantiosas ganancias presentes y futuras. (Cabrera 1993, Anónimo 1993). De manera que se están disputando miles de millones de dólares y su

distribución depende, en buena medida, del valor que sea posible asignarle a las especies nativas de los países en desarrollo.

37- El Convenio sobre la Diversidad Biológica es la concreción de los esfuerzos consolidados de varios grupos de intereses, y significa un intento de cambiar la situación actual que se reputa injusta para los países en desarrollo. Es verdad que la terminología usada es poco precisa, pero no cabe esperar otra cosa de un documento que pretende compatibilizar intereses tan diversos. Pero cabe destacar, y mantener siempre presente, varias declaraciones que contiene y que deben servir de respaldo para la defensa de la posición de los países en desarrollo. Ellas son, por ejemplo que:

- a) "el desarrollo económico y social y la erradicación de la pobreza son prioridades básicas y fundamentales de los países en desarrollo". (Preámbulo)
- b) Los Estados tienen derechos soberanos sobre sus propios recursos biológicos (preámbulo);
- c) uno de los objetivos del Convenio es "la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes..." (art. 1);

- d) "los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental..." (art. 3);
- e) las partes contratantes prestarán apoyo en la capacitación científica y técnica sobre la diversidad biológica y sus componentes, centrada en las necesidades específicas de los países en desarrollo (art. 12.a);
- f) los gobiernos nacionales tienen la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos y esa regulación está sometida a la legislación nacional (art. 15.1);
- g) las partes contratantes se comprometen a asegurar o facilitar a las otras partes, el acceso a las tecnologías pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica (art. 16.1);
- h) el caso de los países en desarrollo, ese acceso se facilitará en condiciones justas y en los términos más favorables, incluyendo la tecnología protegida por patentes y otros derechos de propiedad intelectual (art. 16.2 y 3);
- i) las partes contratantes tomarán las medidas legislativas, administrativas o de política con el objeto de que el sector privado facilite ese acceso y transmisión. (art. 16.4);

- j) las partes contratantes cooperarán, de conformidad con la legislación nacional y el derecho internacional, para que las patentes y otros derechos de propiedad intelectual apoyen y no se opongan a los objetivos del Convenio (art. 16.5);
- k) cada parte contratante adoptará todas las medidas practicables para promover e impulsar en condiciones justas y equitativas el acceso, en particular de los países en desarrollo, a los resultados y beneficios derivados de las biotecnologías basadas en recursos genéticos aportados por esas partes contratantes. (art. 19.4);
- l) las partes que son países desarrollados proporcionarán recursos financieros nuevos y adicionales para que los países en desarrollo puedan sufragar los costos incrementados que entrañe el cumplimiento del Convenio. (art. 20.2);
- ll) el cumplimiento por los países en desarrollo, de las obligaciones contraídas en virtud del Convenio, dependerán del cumplimiento efectivo por los países desarrollados de sus obligaciones relativas a recursos financieros y transferencia de tecnología. (art. 20.4);
- m) se establecerá un mecanismo financiero para suministrar recursos a los países en desarrollo a los efectos del Convenio, con el carácter de subvenciones o en condiciones favorables. (art. 21.1).

protector y eje de solidaridad y acuerdo entre los países signatarios en vías de desarrollo, para buscar neutralizar posiciones contrapuestas a los criterios de ese grupo.

- 39- Aún abonándole todo lo que de favorable pueda apreciarse en las partes del Convenio que hemos extractado y resumido, subsisten grandes interrogantes de orden jurídico, conectados con los derechos de propiedad, que tendríamos que manejar en forma cuidadosa y estudiar profundamente, para ir clarificando y consolidando posiciones, ojalá conjuntas.

Derechos de propiedad y papel del Estado

- 40- Los derechos de propiedad, en general, ameritan un examen profundo comenzando por el nivel interno de cada país, con base en el ordenamiento jurídico que regula este derecho de tanta importancia y con la realidad de recursos genéticos dispersos en territorios distribuidos en numerosas unidades geográficas y parcelarias. En el ámbito de la comunidad internacional, es claro lo que la Convención establece: cada Estado tiene derechos soberanos sobre sus propios recursos genéticos. Es pues el negociador autorizado de la inmensa riqueza potencial que se esconde en los animales, plantas y microorganismos "silvestres", aún no incorporados al conocimiento científico y a la aplicación tecnológica de la civilización occidental.

- 41- El Estado es el llamado a defender, además, para el caso principalmente de las especies vegetales, los "derechos de los agricultores", diferentes a

los "privilegios de los agricultores" que atrás se mencionaron, y los "derechos de las poblaciones indígenas". Tanto unos como otros son los verdaderos custodios de la biodiversidad en los países en desarrollo; en muchas ocasiones se ha incorporado a una especie nativa vegetal, el trabajo silencioso de generaciones de agricultores o de curanderos, shamanes, brujos y similares, constituyendo esos esfuerzos sumados, contribuciones valiosas a la conservación, mejora y disponibilidad de los recursos genéticos; al utilizarse ese material como materia prima para producir medicamentos o cultivares mejorados, se está aprovechando todo ese acervo de sabiduría popular y de trabajo generacional. Ello debe ser recompensado y es ese el llamado "derecho de los agricultores", al que debe agregarse el "derecho de las poblaciones indígenas". De manera que la fauna y la flora nativas tienen un gran valor, que debe ser aprovechado principalmente por los custodios de ellas, a quienes debe llegar una porción de las ganancias que se obtengan con la comercialización de cada producto patentable que de ellas se derive.

- 42- Debe señalarse el intento que en algunos foros se ha hecho de conceptualizar el germoplasma como "patrimonio de la humanidad " como manera de buscar que los derechos de uso de ese material se entreguen también a la comunidad internacional; o sea que se consideren de acceso y uso libre y sin costo. Ese criterio no debería aceptarse. El germoplasma es patrimonio del país en donde él se encuentre el cual tiene derecho a recibir beneficios de su aprovechamiento. La revisión de las regulaciones sobre la propiedad intelectual, que ya comienza a tomar impulso, tendría que buscar la incorporación de este concepto en la normativa.

Variedades vegetales

- 43- Otro aspecto que tendría que considerarse es la oportunidad y conveniencia de desarrollar un sistema especial de protección para las obtenciones vegetales, que respete los "privilegios del agricultor y del fitomejorador" y, siga los lineamientos del UPOV; ello obliga a revisar disposiciones como la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, en el sentido no de permitir que se patenten variedades vegetales sino de aceptar que es necesario un sistema paralelo de protección legal, acomodado a las características especiales de producción, comercialización y uso de las creaciones fitogenéticas.

Productos farmacéuticos y medicinales

- 44- Sobre la concesión de patentes a los productos farmacéuticos y medicinales, cabe también calcular que podría haber una revisión que protegiendo los derechos de los países en desarrollo (según se ha señalado reiteradamente) en relación con el uso de la biomasa, se acerque a las aspiraciones de esos países sin violentar principios básicos de equidad.
- 45- Adicionalmente, tendrán que regularse las formas de acceder a los recursos genéticos nativos, como en el Convenio se autoriza, buscando controlar el saqueo que de estos recursos se está haciendo y normando su recolección y manejo, para que sea efectiva la percepción de porciones gananciales de la venta de productos finales.

46- No es el caso de entrar en detalles más específicos, pero si cabe recalcar la importancia de armonizar las políticas nacionales de los países de América Latina sobre la propiedad intelectual y el uso del germoplasma. Dentro del marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica cabe comenzar a actuar vigorosamente en los campos señalados, partiendo de investigaciones cuidadosas de las situaciones existentes. El hecho de que su entrada en vigor, como yo calculo, se vaya a demorar varios años, no impide que avancemos en aclarar lo que conviene hacer, a nivel latinoamericano y a nivel nacional, para perfeccionar una normativa que dentro del espíritu del acuerdo, proteja solidariamente nuestros intereses.

EN RESUMEN:

- 1- El Convenio sobre la Diversidad Biológica entrará en vigor 90 días después de que se deposite el trigésimo instrumento de ratificación.
- 2- Aunque el Convenio no admite la formulación de reservas, varios países hicieron declaraciones aclaratorias en el momento de la aprobación del texto acordado. Estados Unidos no firmó el Convenio por considerarlo deficiente, especialmente en lo relativo a propiedad intelectual, los aspectos financieros, la transferencia de tecnología y la biotecnología.
- 3- Es de vieja data el sistema de protección legal a la propiedad intelectual. La propia Constitución Política de varios países establecen el derecho de todo autor o inventor de gozar temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra (ver por ej. el artículo 47 de la Constitución Política de Costa Rica).
- 4- El sistema de patentes, que es el aplicable al caso de la biodiversidad, concede al innovador un privilegio monopólico temporal para explotar un invento, y le impone la obligación de describirlo de manera que éste pueda ser fabricado o usado libremente, luego de cumplirse el plazo de exclusividad, sin necesidad de actividad inventiva adicional.
- 5- El Convenio sobre la Diversidad Biológica regula la conservación y utilización de la biota y los compromisos de los países firmantes sobre este asunto.
- 6- Debe tenerse en cuenta que, en general, el sistema legal en los países de

América Latina, excluye la protección por medio de patentes para variedades vegetales y razas animales, lo mismo que para procedimientos biológicos para obtenerlos. Además, establece diversas limitaciones para patentar medicamentos, bebidas y alimentos. El caso de Costa Rica (Ley 6687/83) es típico al respecto.

7- Ante la imposibilidad o gran dificultad de patentar vegetales, se firmó en 1961, una Convención Internacional (UPOV), para permitir la concesión de "títulos de protección" a "obtencciones vegetales", "nuevos cultivares"-y similares.

8- Tanto la UPOV como las leyes de Argentina, Chile y Uruguay, en América Latina, reconocen el llamado "privilegio del fitomejorador" que autoriza a los genetistas a utilizar las variedades protegidas, sin permiso de su obtentor, como material inicial de una nueva variedad. También reconocen el "privilegio del agricultor" que autoriza el uso libre y sin regalías, por parte de éste, del material de propagación de la variedad protegida.

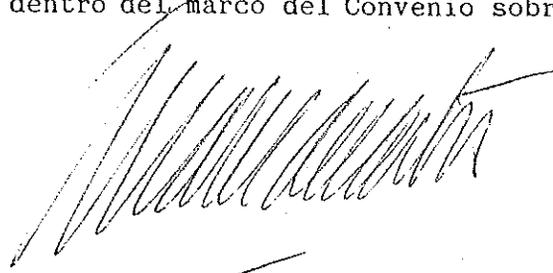
9- El mayor número de especies que constituyen la biota global, existe en las zonas tropicales que forman el territorio, principalmente, de los países en vías de desarrollo. En contraste, los países desarrollados escasos en diversidad biológica, disponen de los recursos y las técnicas necesarias para usar las especies silvestres vegetales y animales (incluyendo hongos y bacterias) en la producción de medicamentos y otros productos farmacéuticos, principalmente.

10- La venta de estos nuevos productos, pueden rendir ganancias de centenares

de millones de dólares, que en la actualidad aprovechan totalmente las firmas dueñas de las patentes respectivas sin que ninguna porción llegue a los dueños del material original.

- 11- A través del desarrollo del Convenio sobre la Diversidad Biológica hay posibilidades de cambiar esta situación, buscando que un porcentaje de lo que se obtiene por la venta de los productos mejorados, llegue a los agricultores y a las poblaciones indígenas, que conservaron, protegieron y en muchos casos mejoraron las especies originales. Este es un punto muy importante de considerar en la aplicación del Convenio, el cual debe plasmarse en el bloque legal que regula los derechos de patentes de invención.
- 12- Dentro de ese criterio no debe aceptarse la conceptualización del germoplasma como "patrimonio de la humanidad", lo cual significa su uso libre sin costo alguno, sino que debe fortalecerse la tesis de que el germoplasma es patrimonio del país en donde él se encuentre.
- 13- Otro aspecto importante que hay que considerar es la oportunidad y conveniencia de desarrollar un sistema especial de protección para las obtenciones vegetales (variedades, cultivares y similares).
- 14- Finalmente, es necesario regular las formas de acceder a los recursos genéticos nativos, de manera que se controle el saqueo que hoy puede hacerse de ellos.
- 15- Todo ello tendría que hacerse buscando armonizar las políticas nacionales

y las legislaciones de los países de América Latina sobre la propiedad intelectual y el uso del germoplasma, dentro del marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

A handwritten signature in cursive script, appearing to be 'M. M. M. M. M.', located above the date.

San José, Marzo, 1994

BIBLIOGRAFIA

ALADI (Instituto para la Integración de América Latina) y BID. Régimen jurídico de la propiedad industrial en los países de la ALADI. Compañía Impresora Argentina, S.A. Buenos Aires, 1987.

Anónimo. Bargaining over the benefits of biodiversity. Seedling, vol. 10, no.3, Barcelona, España, 1993.

Costa Rica, Asamblea Legislativa. Ley de patentes de invención, dibujos y modelos industriales y modelos de utilidad. Ley no. 6867 del 25 de abril de 1983. La Gaceta, No. 111, San José, Costa Rica. 1983.

Cabrera, J. A. Derechos de propiedad intelectual y recursos genéticos. Diversidad Biológica y Desarrollo Sostenible. pp. 50-67. Fundación Ambio, San José, Costa Rica, 1993.

Charles, J. Mercaderes de Genes. Esta semana, San José, Costa Rica, marzo de 1992.

Eisenberg, R. Genes, patents, and product development. Science, vol. 257, pp-903-908, Washington, D.C., 1992.

Erlich, P.R. and Wilson, E. O. Biodiversity Studies: Science and Policy. Science. Vol. 253, pp. 758-762. Washington, D.C., 1991.

Machlup, F. An economic review of the patent system. Study no. 15, Subcommittee on Patents, Trade Marks and Copyright of the Committee on the Judiciary, U.S. Senate, 85th Congress, Second Session, Washington, D.C., 1958.

OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual). Disposiciones legales sobre protección de las invenciones e innovaciones biotecnológicas en los países de América Latina. Doc. WO/INF/30-Ginebra, 1989.

PNUMA (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente). Convenio sobre la Diversidad Biológica. Río de Janeiro, 1992.

Stone, R. The Biodiversity Treaty: Pandora box or fair deal?- Science. Vol. 256, p. 1624. 1992.

Suárez de Castro, F. Agricultura, biotecnología y propiedad intelectual. IICA. Programa II, Generación y transferencia de tecnología, San José, Costa Rica, 1993.

Suárez de Castro, F. Desarrollos recientes en América Latina, sobre el "privilegio del fitomejorador". Mimeógrafo, San José, Costa Rica, 1994.

World Resources Institute et al. Global Diversity Strategy, 1992.