

O A S I S

OBSERVATORIO DE ANÁLISIS DE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES

Oasis
Universidad Externado de Colombia
cipe@uexternado.edu.co
ISSN (Versión impresa): 1657-7558
COLOMBIA

2006/2007
Martha Isabel Gómez Lee
AMENAZAS DEL TLC A LA BIODIVERSIDAD ANDINA
Oasis, número 012
Universidad Externado de Colombia
Bogotá, Colombia
pp. 367-383

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Universidad Autónoma del Estado de México

<http://redalyc.uaemex.mx>



Amenazas del TLC a la biodiversidad andina

Martha Isabel Gómez Lee

Profesora / investigadora.
Coordinadora de la línea de
Investigación “Desarrollo Sostenible”
de la Facultad de Finanzas, Gobierno
y Relaciones Internacionales de la
Universidad Externado de Colombia
correo electrónico
martha.gomez@uexternado.edu.co

Todos los países de la Comunidad Andina (CAN) son megadiversos: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, y la recién salida Venezuela, representan el 25% de la biodiversidad del planeta. Desde la década de los noventa la CAN ha avanzado en un largo proceso de implementación del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB) para prevenir la biopiratería. En este contexto, se pregunta: ¿Son los tratados de libre comercio una oportunidad o una amenaza para la biodiversidad de la región andina?

Si los tratados de libre comercio, llegan a ser como el TLC con Estados Unidos un medio para legitimar la biopiratería,

se constituyen en una amenaza para la biodiversidad andina. Por biopiratería¹ se entiende el acto de solicitar una patente o de patentar una invención en que se han utilizado recursos biológicos, recursos genéticos o conocimientos tradicionales, sin la obtención del consentimiento fundamentado previo del país de origen o de las comunidades indígenas o locales, según sea el caso, y sin establecer una distribución equitativa de los beneficios, conforme las reglas del CDB.

La problemática que se plantea en este artículo es que los recursos biológicos, los recursos genéticos y los conocimientos

¹ Para efectos del presente trabajo se delimita el concepto (Véanse, los documentos IP/C/W/420, párrafo 1; IP/C/W/429/Rev.1, párrafos 3 y 17; IP/C/W/441, párrafo 4; IP/C/W/442, párrafo 7).

tradicionales colombianos pueden haber sido utilizados en Estados Unidos para que formen parte de invenciones objeto de la solicitud de patente. En este caso, el solicitante de la patente debería haber divulgado la fuente y el país de origen, de lo contrario se puede alegar biopiratería. En el Tratado de Libre Comercio no se exigen los requisitos de divulgar el país, ni la comunidad de origen de la biodiversidad o los conocimientos tradicionales. Por lo tanto, el TLC aparece como un medio para legitimar la biopiratería en la relación comercial con Colombia y Perú. En este contexto, se afirma que el TLC es una amenaza para la biodiversidad andina y actúa como una fuerza centrífuga de la política internacional de acceso a los recursos genéticos.

1. POSICIONES DE LAS PARTES

Los intereses ofensivos de los Andinos pretendían mejorar las reglas en el campo de patentes para reducir sustantivamente el fenómeno de la biopiratería. Estos intereses ofensivos se pueden constatar en la Propuesta de Biodiversidad de los Andinos (Colombia, Ecuador y Perú) que comprendía las siguientes peticiones:

1. Exigían que el consentimiento informado previo del país de origen de los recursos biológicos empleados, y de las comunidades locales respectivas, fuera un requisito de todo patentamiento en el campo de la biotecnología.

2. Demandaban que el Tratado estableciera una reglamentación en la que se explicaran claramente los términos de acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales de la población, en los que contraprestación económica o de cooperación para su conservación y desarrollo deben ser principios rectores (CEPAL, 2005, 69).
3. Buscaban obtener tanto un reconocimiento a la importancia de la preservación de la biodiversidad por parte de Estados Unidos, como desarrollos concretos en este tema a través de la cooperación, para que comprenda el programa de cooperación en las áreas que los países andinos identifican como prioritarias, tales como “la protección y preservación del medio ambiente y la biodiversidad, la producción y exportación de bienes y servicios ambientales y la transferencia de tecnología, entre otras” en el Acuerdo de Cooperación Ambiental (ACA) (http://www.mincomercio.gov.co/Propiedad_Intelectual_2.doc Consultado el 30 de junio de 2005).

En pocas palabras, la propuesta de los andinos era mejorar las reglas en el campo de patentes, instaurando en el TLC un *ADPIC sui generis* con reglamentaciones ambientales especiales acordadas con el CDB. Los negociadores colombianos tenían como interés ofensivo “Implementar mecanismos que restringieran la indebida apropiación de la biodiversidad y de los

conocimientos tradicionales” (Matriz de negociación para Colombia, 2004, Punto 204). Es así como en la primera etapa de las negociaciones los andinos propusieron mecanismos para reducir la biopiratería para aplicarlos en los propios sistemas de patentes de Estados Unidos, en los que se verifique antes de otorgar una patente, que: (1) se establezca el origen del material genético; (2) se identifiquen los conocimientos tradicionales relacionados con el material utilizado; (3) haya prueba de la distribución justa y equitativa de los beneficios, y (4) haya prueba del consentimiento fundamentado previo bien del gobierno o del país² donde se obtuvieron los recursos genéticos, o bien de las comunidades tradicionales³, si se trata de un invento relacionado con ese conocimiento” (Rodríguez, 2005, 235).

Por otro lado, los intereses defensivos

de los andinos en la negociaciones del TLC buscaban la preservación del *status quo* de la normatividad de la CAN. Respecto a los intereses defensivos, el ministro de comercio, industria y turismo, decía “Nuestro margen de movimiento en ese campo es cero o cercano a cero” (Botero, Jorge Humberto, 2005, 29). Al iniciarse las negociaciones del TLC en mayo de 2004 el *status quo* del régimen comunitario en la materia estaba conformado por las decisiones andinas vigentes para la fecha, relacionadas en la siguiente tabla.

Los intereses ofensivos de Estados Unidos eran patentar *plantas y animales*⁴ y la interpretación de los *nuevos criterios de patentabilidad* apelando a los llamados *ADPIC plus o aumentado*⁵, que representan en la negociación de ALCA y de los TLC mayores derechos y mayores obligaciones en materia de propiedad intelectual res-

² Contrato de acceso mencionado en el artículo 34 de la Decisión 391. Respecto al contrato anexo, la CAN dice que: “contrato de licencia de uso de conocimientos colectivos, según la Ley No. 2781-Perú, es el acuerdo expreso celebrado entre la organización representativa de los pueblos indígenas poseedores de un conocimiento colectivo y un tercero que incorpora términos y condiciones sobre el uso de dicho conocimiento colectivo (De la Cruz, et al., 41).

³ La definición de consentimiento fundamentado previo, más próxima a la utilizada en la Ley No. 2781- Perú es la autorización otorgada por la organización representativa de los pueblos indígenas, comunidades locales y afrocolombianas que son titulares y poseedoras de un conocimiento colectivo, de conformidad con las normas internas de las propias comunidades, para la realización de determinada actividad que implique utilizar dicho conocimiento colectivo, previo suministro de información oportuna, completa y fidedigna relativa a los propósitos, riesgos o implicaciones de dicha actividad, incluyendo los eventuales usos del conocimiento y, de ser el caso, el valor del mismo (De la Cruz, et al., 41).

⁴ Respecto al patentamiento de plantas y animales los andinos, defienden que las normas de la OMC deben ser las aplicables, ya que permiten excluir de patentabilidad a plantas y animales gracias a las flexibilidades del Acuerdo de los ADPIC.

⁵ La expresión ADPIC plus o aumentado, es una expresión coloquial que se viene usando en este debate y comprende todas aquellas reglamentaciones o propuestas que en materia de propiedad intelectual van más allá de lo establecido en la OMC en los Acuerdos sobre los ADPIC y que significan un mayor estándar de protección (Arana, 2003; Gómez-Lee, 2004; Love, 2005; Casas, 2005).

pecto de los contenidos en el Acuerdo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados de los ADPIC.

Estados Unidos se remite a la comunicación que presentó al Consejo de los ADPIC⁶ para determinar su posición frente a la Propuesta de Biodiversidad de los andinos. En dicha comunicación, Estados Unidos expresa que: 1) Los contratos de acceso y distribución de beneficios son esenciales en cualquier solución, 2) Los puntos de divergencia están en incluir nuevas cláusulas sobre los requisitos de patentabilidad en el Acuerdo sobre los

ADPIC, 3) Hay que considerar las opciones por fuera del Acuerdo sobre los ADPIC, tales como las bases de datos y contratos, por considerarlas opciones eficientes para prevenir la biopiratería por fuera del sistema de patentes (IP/C/W/449).

En otras palabras, Estados Unidos, al contrario de los andinos, considera que no hay conflicto entre el Acuerdo de los ADPIC y el CDB y que el CDB no exige que los miembros del Consejo de los ADPIC tengan que modificar su sistema de patentes, haciéndolo más gravoso con nuevas cláusulas o requisitos⁷. De un lado,

Régimen comunitario: <i>Status quo</i> de los miembros de la CAN (mayo 2004)
Decisión 345, 1993 Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales.
Decisión 391, 1996 Régimen común sobre acceso a los recursos genéticos. Ley No. 2781-Perú Régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos.
Decisión 435, 1998 Comité Andino de Autoridades Ambientales (CAAAM).
Decisión 486, 2000 Régimen común sobre propiedad industrial. (Artículos 3, 26 y 75).
Decisión 523, 2002 Estrategia regional de biodiversidad para los países del Trópico Andino.
Decisión 524, 2002 Mesa de trabajo sobre derechos de los pueblos indígenas.
Declaración Quirama, 2003 Consejo presidencial andino ordena asegurar la ejecución de la Estrategia Regional de Biodiversidad .
Sin Decisión de Protección a los Conocimientos Tradicionales Colectivos e Integrales de los Pueblos Indígenas, Afroamericanos y comunidades locales.

⁶ IP/C/W/449, 10 de junio de 2005.

⁷ Los países miembros de la OMC se encuentran divididos entre quienes se oponen y los que están a favor de incorporar la exigencia a los solicitantes de patentes de declarar la fuente de los recursos biológicos y los

Estados Unidos considera que el modo más eficaz de proceder es la aplicación de leyes nacionales eficaces que aborden directamente los objetivos pertinentes (IP/C/W/434). Del otro, los andinos consideran que no basta sólo con confiar en medidas nacionales para hacer frente al problema de la biopiratería y en consecuencia es indispensable imponer a los miembros la obligación positiva y vinculante de exigir a los solicitantes de patentes en sus territorios la divulgación de la fuente y el país de origen de los recursos biológicos y/o los conocimientos tradicionales utilizados en invenciones⁸ (IP/C/W/429).

La Propuesta de Biodiversidad de los andinos y el texto del TLC

En el texto del TLC no se logró incluir la Propuesta de Biodiversidad de los andinos para evitar la biopiratería. En primer lugar, se observa que en el artículo 16:9.1 el Consentimiento Informado Previo (CIP) del país de origen de los recursos biológicos empleados y de las comunidades locales respectivas no es un requisito del patentamiento en el campo de la biotecnología. En segundo lugar, en el capítulo de derechos de propiedad intelectual del TLC no se

establece una reglamentación en la que se expliciten con claridad los términos de acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales de la población colombiana. Y, por último, la contraprestación económica o de cooperación para la conservación de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales no son principios rectores del preámbulo, ni del TLC, ni del capítulo de derechos de propiedad intelectual, ni del capítulo ambiental. El capítulo de derechos de propiedad intelectual presenta un vacío jurídico, en materia de biodiversidad y conocimientos tradicionales que no se compadece con la condición de Colombia, país megadiverso y nación multiétnica y pluricultural.

Los norteamericanos que en Estados Unidos soliciten una patente de un gen o un conocimiento tradicional de origen colombiano o peruano, no tendrán que cumplir con los requisitos de allegar: 1) La copia del contrato de acceso conforme a la Decisión 486, ni con el CIP del país de origen conforme a la Propuesta de Biodiversidad de los Andinos, cuando los productos o procedimientos cuya patente se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados; 2) La copia del documento que

conocimientos tradicionales cuando la invención se base directamente en dichos recursos o conocimientos. En un extremo de la discusión está Estados Unidos, que considera que no es procedente incluir este tipo de exigencia en el sistema de patentes nacional o internacional, representado por el Acuerdo sobre los ADPIC, y en el otro extremo los tres andinos, que plantean su incorporación obligatoria (IP/C/W/447).

⁸ "Esa obligación positiva y vinculante podría incorporarse al Acuerdo sobre los ADPIC sea mediante la modificación de las disposiciones existentes, sea mediante la introducción de un nuevo artículo en el Acuerdo".

acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, conforme a la Decisión 486, ni con el CIP de las comunidades locales respectivas, conforme a la Propuesta de Biodiversidad de los andinos cuando los productos o procedimientos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos, de acuerdo con lo establecido en las decisiones andinas 391 y 486⁹.

Ante la ausencia de una reglamentación específica para la biodiversidad y los conocimientos tradicionales en el propio texto base del TLC, una de las partes (Estados Unidos, por ejemplo) podrá solicitar una patente o patentar una invención “no evidente” y “útil” en la que se han aislado recursos genéticos o utilizado conocimientos tradicionales de Colombia o Perú, sin que sea obligatoria la obtención del consentimiento fundamentado previo del país de origen ni de las comunidades indígenas o locales, y sin establecer una distribución equitativa de los beneficios conforme a las reglas del Convenio sobre Diversidad Biológica¹⁰.

En otras palabras, con el propio TLC, se legitimará una situación jurídica injusta y cuestionable como es la de la biopiratería, en la que un tercero se reputa legítimo

propietario o titular de un derecho de propiedad intelectual que no le pertenece. (CAN, 2004, 81). Algunos de los ejemplos clásicos de dicha situación se dan en la región andina, en la que plantas como la quina, el ayahuasca, la maca, el algodón de color, entre otros, han sido patentados por terceros en el exterior.

En el capítulo de derechos de propiedad intelectual, no se exige a las partes dar cumplimiento a los requisitos *sui generis* o particulares del CDB que están consagrados en la Decisión 486 y que fueron solicitados en la Propuesta de Biodiversidad de los andinos. Ante este vacío jurídico, se sostiene que Colombia y Perú han renunciado a exigirle a Estados Unidos en el TLC los requisitos que permiten prevenir la biopiratería en el propio sistema de patentes. Esto equivale a legitimar la obtención de patentes sin cumplir con los principios del CDB. En otras palabras el TLC legitimará la biopiratería que se presente en Estados Unidos respecto de la biodiversidad y los conocimientos tradicionales originarios de Colombia y Perú.

2. COMPARACIÓN DEL SISTEMA DE PATENTES DEL TLC Y LA CAN

Algunos consideran que en el TLC no hubo cambios en materia de patentes,

⁹ Artículo 26 de la Decisión 486.

¹⁰ Permitir esto en un tratado equivale al concepto de biopiratería tomado de las diferentes comunicaciones que han enviado los miembros de la OMC al Consejo de los ADPIC, (IP/C/W/420, párrafo 1; IP/C/W/429/Rev.1, párrafos 3 y 17; IP/C/W/441, párrafo 4; IP/C/W/442, párrafo 7).

biodiversidad y conocimientos tradicionales y otros consideran que sí. Para evidenciar los cambios que se dieron en esta materia en el capítulo de patentes del TLC es importante hacer una comparación de algunas de las reglas del capítulo 16 de Derechos de Propiedad Intelectual del TLC, la Propuesta de Biodiversidad de los andinos y las decisiones de la CAN.

El artículo 16.9:1 del TLC, referido al tema de patentes, prescribe que:

“Cada parte permitirá la obtención de patentes de cualquier invención, sea de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sea nueva, entrañe una actividad inventiva y sea susceptible de aplicación industrial. Para los efectos de este artículo, una parte podrá considerar las expresiones “actividad inventiva” y “susceptible de aplicación industrial”

como sinónimos de las expresiones “no evidentes” y “útiles”, respectivamente”.

Según este artículo, Colombia podrá seguir aplicando los criterios clásicos de patentabilidad consagrados expresamente en la Decisión 486, y Estados Unidos podrá empezar a aplicar de manera legal, amparado por un tratado internacional, los criterios de patentabilidad norteamericanos en las patentes de biotecnología de Colombia y Perú.

Criterio de novedad

En la Decisión 486 el concepto de novedad es legal, está definido en el artículo 16, mientras que en el TLC el concepto de novedad no es legal. En otras palabras, en Estados Unidos, el criterio de novedad no está definido por la ley, sino que ha

Requisitos de patentabilidad	
TLC	CAN
<p>Artículo 16.9:1 “Cada parte permitirá la obtención de patentes de cualquier invención, sea de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sea nueva, entrañe una actividad inventiva y sea susceptible de aplicación industrial. Para los efectos de este artículo, una Parte podrá considerar las expresiones “actividad inventiva” y “susceptible de aplicación industrial” como sinónimos de las expresiones “no evidentes” y “útiles”, respectivamente”.</p>	<p>Artículo 14 de la Decisión 486, los países miembros de la CAN otorgarán patentes para las invenciones, sean de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial.</p>

sido delimitado por la Oficina de Patentes de Estados Unidos, según la cual la sola actividad de “aislar” un gen cumple con el requisito de novedad. A partir de que entre en vigencia el TLC, el criterio extra legal de novedad norteamericano quedará legalizado por un tratado bilateral.

En cuanto al alcance de la novedad, por una parte, la doctrina andina¹¹ considera que la novedad que se exige en la Decisión 486 es universal o absoluta, es decir que se refiere a los conocimientos divulgados tanto en el país como en el extranjero. La noción de la doctrina andina se opone a la noción de novedad local o relativa que se aplica en la interpretación norteamericana. En Estados Unidos para que los conocimientos no sean nuevos, se requiere que sean divulgados en ese país, de lo contrario, el criterio de novedad puede cumplirse a pesar de tratarse de conoci-

mientos divulgados en Colombia y Perú.

Por otra parte, en la Decisión 486 los conocimientos tradicionales, no son novedosos si han sido accesibles al público de manera oral. Mientras que en Estados Unidos el estado de la técnica comprende tan sólo lo que haya sido accesible al público de manera escrita. En consecuencia los conocimientos tradicionales serán novedosos en ese país, hasta tanto no hayan sido publicados por escrito en su territorio.

Como se puede observar el artículo 16.9:1 no define de manera legal al criterio de novedad, por lo tanto, en Estados Unidos se podrá aplicar el criterio conforme a la interpretación norteamericana. Una vez vigente el TLC, ni Colombia, ni Perú podrán alegar la aplicación de su concepto legal de novedad, puesto que no quedó incluido en el artículo 16.9.1 del TLC.

Novedad	
TLC	CAN
Artículo 16.9:1 La novedad no es un concepto definido por la ley.	Artículo 16 de la Decisión 486, una invención se considerará nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica. El estado de la técnica comprenderá todo lo que haya sido accesible al público por una descripción escrita u oral, utilización, comercialización o cualquier otro medio antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida.

¹¹ Comparar: Metke Méndez, Ricardo. *Lecciones de propiedad industrial* (II).

Nivel inventivo

El requisito de nivel inventivo en la Decisión 486 exige que la invención, además de no ser obvia para un experto medio, sea siempre el resultado de una actividad creativa del hombre. En el área de la biotecnología sucede que aplicando procedimientos conocidos puedan obtenerse resultados inesperados para una persona normalmente versada en la materia. En consecuencia en Estados Unidos es suficiente con demostrar que la invención es no evidente, para que se cumpla con el segundo requisito de patentabilidad: el nivel inventivo.

En la CAN, el examinador debe tener en cuenta dos puntos de referencia al estudiar el cumplimiento de este requisito: el estado de la técnica y los conocimientos de una persona normalmente versada en la materia. En Estados Unidos, sólo se tiene en cuenta si la invención es evidente o no, según la especialización que se requiera para juzgar la invención.

Como se puede observar el artículo 16.9:1 faculta a una de las Partes para que

aplique el criterio de actividad inventiva conforme a la interpretación norteamericana. Una vez vigente el TLC, ni Colombia, ni Perú podrán alegar que Estados Unidos aplique en el área de la biotecnología el criterio de “no evidente” para cumplir con el segundo requisito de patentabilidad.

Aplicación industrial

La aplicación industrial implica en la CAN no sólo que la invención sea utilizable, sino que alcance el nivel industrial perseguido. Mientras que en Estados Unidos es suficiente con demostrar que la invención sea útil. En este caso en Estados Unidos se pueden patentar los genes que se utilizan en las investigaciones de laboratorio de las universidades norteamericanas, sin que sea necesario demostrar la industriabilidad de la invención.

Como se puede observar el artículo 16.9:1 faculta a una de las partes para que aplique el criterio de aplicación industrial conforme a la interpretación norteamericana. Una vez vigente el TLC, ni Colombia,

Nivel inventivo	
TLC	CAN
Para los efectos del artículo 16:9.1, una parte podrá considerar la expresión “actividad inventiva” como sinónimos de la expresión “no evidente”.	Artículo 18 de la Decisión 486. Se considerará que una invención tiene nivel inventivo, si para una persona del oficio normalmente versada en la materia técnica correspondiente, esa invención no hubiese resultado obvia ni se hubiese derivado de manera evidente del estado de la técnica.

Aplicación industrial	
TLC	CAN
Para los efectos del artículo 16:9.1, una parte podrá considerar la expresión “aplicación industrial” como sinónimos de la expresión “útil”.	Artículo 19 de la Decisión 486. Se considerará que una invención es susceptible de aplicación industrial, cuando su objeto pueda ser producido o utilizado en cualquier tipo de industria, entendiéndose por industria la referida a cualquier actividad productiva, incluidos los servicios.

ni Perú podrán alegar que Estados Unidos aplique en el área de la biotecnología el criterio de “útil” para cumplir con el tercer requisito de patentabilidad.

Causales de nulidad de la patente

La Decisión 486 contempla como causal de nulidad absoluta la falta del cumplimiento de los requisitos acordados

Casualidades de nulidad de la patente	
TLC	CAN
Sin perjuicio del artículo 5.A (3) del Convenio de París, cada parte dispondrá que una patente puede ser revocada o anulada únicamente con base en las razones que hubiesen justificado el rechazo al otorgamiento de dicha patente de conformidad con su legislación. Sin embargo, una parte también puede disponer que el fraude, falsa representación o conducta no equitativa pueda constituir base para revocar o anular o considerar no efectiva una patente.	Artículo 75 de la Decisión 486. Cuando de ser el caso: (i) no se hubiere presentado la copia del contrato de acceso, cuando los productos o procedimientos cuya patente se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados de los que cualquiera de los países miembros es país de origen; (ii) no se hubiere presentado la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas afroamericanas o locales de los países miembros, cuando los productos o procesos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los países miembros es país de origen.

con el CDB, entre ellos, la acreditación del acceso legal al recurso genético o al conocimiento tradicional. El TLC acogiendo a la legislación norteamericana no contempla dichas causales de nulidad.

El camino que queda abierto es el que ofrece el Convenio de París, según el cual una parte puede disponer que la conducta no equitativa pueda constituir base para revocar o anular o considerar no efectiva una patente. Se podría alegar la falta de distribución justa y equitativa de los beneficios, en las patentes en los casos en que se presente biopiratería, para

tratar por este camino de lograr la nulidad de dichas patentes.

3. LA CARTA DE ENTENDIMIENTO DE BIODIVERSIDAD Y CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Como se analizó en el anterior capítulo en Estados Unidos se seguirá aplicando el mismo sistema de patentes que tenía ese país, con la diferencia que ahora la biopiratería en que incurra Estados Unidos, frente a Colombia y Perú, ha quedado legitimada.

Importancia de los conocimientos tradicionales y la biodiversidad	
Acuerdo gubernamental del TLC	CAN
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.	<p>Artículo 3.- Los países miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales. En tal virtud, la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimientos estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional.</p> <p>Los países miembros reconocen el derecho y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, sobre sus conocimientos colectivos.</p>

Ahora bien en cuanto al inversionista norteamericano, que quiera obtener patentes en Colombia o hacer bioprospección en Colombia, tendrá que cumplir con el derecho comunitario, al igual que el inversionista nacional.

En el TLC los gobiernos de Colombia y Estados Unidos, acuerdan reconocer 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. El contenido de este acuerdo es blando, de intensidad atenuada.

La única forma de preservar el interés y bienestar nacionales de los andinos, era que en el propio preámbulo del capítulo 16 del TLC, de derechos de propiedad intelectual hubiera quedado plasmado que en lo que respecta a la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido del patrimonio biológico o genético de la CAN o los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional.

Las partes expresan compromisos mitigados, que se refieren tan sólo a unas obligaciones de comportamiento, pero no a unas obligaciones de resultado, como si lo hace el derecho comunitario. Las partes reconocen la importancia de: (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 las condiciones de patentabilidad sean satisfechas.

En la carta de entendimiento del TLC, no hay obligaciones taxativas de hacer o no hacer, como si las hay en el derecho comunitario en las decisiones 391 y 486. Colombia y Perú en ejercicio de la soberanía que tienen sobre sus recursos genéticos y sus productos derivados, ya han determinado las condiciones de su acceso y las condiciones para una participación justa y equitativa en los beneficios derivados del acceso, en la Decisión 391. De la misma manera Colombia y Perú han determinado en la Decisión 486, cuales son las obligaciones específicas de hacer y no hacer que se deben cumplir en lo que respecta a la calidad del examen de las patentes para asegurar que las condiciones de patentabilidad sean satisfechas.

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 conocimientos, pueden ser adecuadamente atendidos a través de contratos que reflejen términos mutuamente acordados entre los usuarios y proveedores, usando una terminología que responde a los intereses

Consentimiento informativo previo (CIP) y el acceso y distribución de beneficios	
TLC	CAN
<p>Las partes reconocen la importancia de la obtención del consentimiento informado de la autoridad pertinente previamente al acceso a los recursos genéticos bajo el control de dicha autoridad; y la distribución equitativa de los beneficios que se deriven del uso de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos.</p>	<p>Decisión 391 régimen común sobre acceso a los recursos genéticos y sus productos derivados.</p>
<p>Las partes reconocen la importancia de la promoción de la calidad del examen de las patentes para asegurar que las condiciones de patentabilidad sean satisfechas.</p>	<p>Decisión 486 régimen común de derechos de propiedad industrial, en el examen de patentes se debe cumplir con los artículos 3, 26 y 75. Por ejemplo:</p> <p>Artículo 26 de la Decisión 486. La solicitud para obtener una patente de invención deberá contener de ser el caso:</p> <ul style="list-style-type: none"> - La copia del contrato de acceso, cuando los productos o procedimientos cuya patente se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados de los que cualquiera de los países miembros es país de origen; - La copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales de los países miembros, cuando los productos o procedimientos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los países miembros es país de origen, de acuerdo con lo establecido en la Decisión 391 y sus modificaciones y reglamentaciones

norteamericanos. El TLC no se refiere a los contratos estatales de acceso conforme a las disposiciones normativas de la CAN.

Colombia no se puede comprometer con Estados Unidos a procurar bases de datos para compartir información que pue-

Temas nuevos	
TLC	CAN
<p>Contratos entre usuarios y proveedores 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 conocimientos, pueden ser adecuadamente atendidos a través de contratos que reflejen términos mutuamente acordados entre los usuarios y proveedores.</p>	<p>Contratos entre Estado y solicitante del acceso. 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 conocimientos ya están regulados de manera única a través de contratos de acceso que deberán estar acordes con lo establecido en la Decisión 391 y la legislación nacional de los países miembros.</p>
<p>Bases de datos 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 bases de datos públicamente accesibles que contengan información relevante.</p>	<p>No está regulado en la CAN.</p>
<p>Compartir información relevante 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 la oportunidad de referir, por escrito, a la autoridad examinadora pertinente sobre el estado de la técnica que pueda tener relevancia en la patentabilidad.</p>	<p>No está regulado en la CAN.</p>

da tener relevancia en la patentabilidad de las invenciones basadas en los conocimientos tradicionales o los recursos genéticos, pues esto no lo puede hacer sin la consulta previa a los grupos étnicos colombianos, conforme al Convenio 169 de la OIT.

4. EL DERECHO COMUNITARIO ANDINO EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y EL TLC

Hay una superposición de reglas jurídicas sobre las mismas materias en el derecho comunitario y en el TLC, en materia de conocimientos tradicionales y biodiversidad.

Todavía se desconoce ¿qué problemas planteará la superposición de compromisos comerciales en materia de biodiversidad y conocimientos tradicionales a Colombia y cuáles serán las posibles soluciones a esas cuestiones?

Teniendo en cuenta las características particulares del derecho comunitario andino en materia de propiedad industrial, se podría afirmar que primará el derecho comunitario andino, sobre las reglas del TLC. Sin embargo, también se podría afirmar que lo que primará serán las reglas del TLC, sobre el derecho comunitario, aplicando algunos principios generales del

derecho, el principio de lealtad del derecho internacional, o el principio de buena fe del TLC. No se sabe qué va a pasar.

Los habitantes de la subregión supestamente tenían la certeza jurídica que su régimen de derechos de propiedad industrial no sería cambiado por un TLC, ya que en materia de propiedad industrial los países miembros de la CAN cedieron su capacidad legislativa a la CAN, que es la única con la facultad para decidir en esa materia. Sin embargo, Colombia y Perú actuaron en el TLC como si tuvieran la capacidad legislativa en esa materia.

El derecho comunitario andino es un derecho autónomo, que prevalece sobre el derecho interno, único para todos los países miembros, de aplicación directa y uniforme en su aplicación (Matias, s.f., 34). De tal manera que el TLC, siendo aprobado por una ley, forma parte del derecho interno y si tiene reglas que hacen referencia al tema de biodiversidad y conocimientos tradicionales, resulta inaplicable a ese asunto, de manera simultánea, el derecho comunitario.

En caso de conflicto entre la ley nacional que apruebe el TLC y la norma comunitaria, se aplicará esta última por encima de la ley nacional, en consecuencia el TLC resultará inaplicable frente a las decisiones

Conocimientos tradicionales y biodiversidad	
TLC	CAN
Vacío jurídico en el acápite de patentes y Carta de entendimiento gubernamental	Decisiones 345, 391, 486, 523 y 524. Declaración de Quirama, 2003.

391 y 486. Siendo el TLC incompatible con las decisiones 391 y 486, el TLC continuará vigente aunque no se aplique, esperando el momento oportuno en que la Decisión 391 o la Decisión 486 que lo desplaza, sean modificadas, para que el TLC recupere la aplicación perdida.

No se trata de la derogatoria de la ley aprobatoria del TLC por parte de la norma comunitaria, puesto que el TLC y la CAN contienen dos ordenamientos jurídicos diferentes que han establecido procedimientos propios para solucionar los problemas de cumplimiento de lo acordado. Por una parte, para lograr la uniformidad del derecho andino se creó el sistema de la interpretación prejudicial de la norma comunitaria, mecanismo que le permite al Tribunal Andino fijar posiciones a través de sus sentencias, las cuales tienen poder vinculante para el juez nacional (Matias, s.f. 36). Por otra parte, para la interpretación y aplicación del TLC se creó en el capítulo 21, la posibilidad de acudir a un foro de solución de controversias, en el caso que las partes no logren llegar a un acuerdo sobre la interpretación y la aplicación del TLC.

CONCLUSIÓN

En estas condiciones los tratados del libre comercio que está celebrando Estados Unidos con países megadiversos actúan como fuerza centrífuga en la política internacional de acceso a los recursos genéticos conforme lo explicado en el artículo

de *OASIS* de esta misma edición. En este contexto el TLC con Estados Unidos de Colombia y Perú constituyen una amenaza para la biodiversidad andina que en vez de continuar protegida por normas que implementen los intereses ambientales y sociales del CDB, será regulada por reglas bilaterales que obedecen a los intereses comerciales norteamericanos.

Se pregunta si ¿el tratado de asociación entre la Unión Europea y la CAN será una oportunidad o una amenaza para la biodiversidad andina? Será una oportunidad, si el tratado con la Unión Europea continua profundizando en la implementación de las reglas de acceso y distribución de beneficios del CDB en materia de recursos genéticos y conocimiento tradicional. Y será una amenaza si adopta un sistema de patentes como el del TLC en Estados Unidos profundizando las reglas comerciales de la OMC. En este último caso se comprobaría que efectivamente el TLC con Estados Unidos se puede convertir en una fuerza centrífuga que deje sin efecto lo acordado por las partes en el CDB. Se vuelve a la pregunta inicial ¿Los tratados de libre comercio son una oportunidad o una amenaza para la biodiversidad de la región andina?

BIBLIOGRAFÍA

- Botero, Jorge Humberto. (2004). “Instalación del Seminario Internacional Globalización, Derechos de Propiedad Intelectual y Equidad Social. Retos y oportunidades de los acuerdos de libre comercio, Sala Brahms, Compensar, Bogotá D.C. 21 y 22 de julio de 2004”, en: García Navia, Carlos Alberto (comp.) *La propiedad intelectual en los tratados comerciales*, Bogotá, Fundación Agenda Colombia.
- CEPAL- Ruiz-Caro, Ariela. (2005). “Los recursos naturales en los tratados de libre comercio con Estados Unidos”, *Recursos naturales e infraestructura Serie 92*, Santiago de Chile, CEPAL: División de Recursos Naturales e Infraestructura.
- Comunidad Andina. (2004). *Análisis del Tratado de Libre Comercio Centroamérica – Estados Unidos*, SG/di 620/Rev. 1 de 7 de mayo de 2004. Páginas 79 y 80.
- De la Cruz, Rodrigo, Muyuy Jacanamejoy, Gabriel, Viteri Gaulinda, Alfredo, Flórez, Germán, González Hunpire, Jaime, Mirabal Díaz, José Gregorio, Guimaraez, Robert. (2005). *Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena*, en: De la Cruz, Rodrigo, Szauer, María Teresa, López Roberto, Guinand, Luisa Elena (ed.) Caracas, Corporación Andina de Fomento, Secretaría General de la Comunidad Andina.
- Gómez Lee, Martha Isabel. (2004). *Protección de los conocimientos tradicionales en las negociaciones TLC*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales, Centro sobre Genética y Derecho.
- Love, Jane. (2005). “Negociaciones de propiedad intelectual entre Estados Unidos, Colombia, Ecuador y Perú para un acuerdo de libre comercio. El tema de los medicamentos”, en: García Navia, Carlos Alberto (comp.) *La propiedad intelectual en los tratados comerciales*, Bogotá, Fundación Agenda Colombia.
- Matías Alemán, Marco, (s.f.). *Marcas. Normatividad subregional sobre marcas de productos y servicios*. Bogotá, Top Managet International.
- Metke Méndez, Ricardo. (2002). *Lecciones de propiedad industrial (II)*, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike.
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, s.f. Mesa de Propiedad Intelectual, en: (<http://www.mincomercio.gov.co> Propiedad Intelectual_2.doc consultado el 30 de junio de 2005).
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia. Cuadernillo que contiene la Matriz de Negociación del TLC para Colombia. www.mincomercio.gov.co