

# SERIE DE POLÍTICA Y DERECHO AMBIENTAL

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL

LIMA - PERU N° 12

PROGRAMA DE PRODUCCIÓN LIMPIA Y CALIDAD AMBIENTAL

## Perspectivas sobre las negociaciones del ALCA

### PROPIEDAD INTELECTUAL E INVERSIONES

#### Introducción

Como es de conocimiento general, tras varios años de negociación, actualmente se viene discutiendo un borrador del que se constituiría en el Acuerdo del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) que busca integrar a los 34 países del hemisferio, a partir de lo acordado en la Primera Cumbre de las Américas (Miami, 1994). Y si bien hay múltiples opiniones respecto de las ventajas y desventajas de este proceso, cabe señalar que aún no se ha definido el régimen que se adoptará en relación a los objetivos de la gestión ambiental. No obstante, hay varios temas del proceso de negociación que están vinculados al desarrollo sostenible, los cuales merecen cuidadosa atención y estudio.

En este contexto, la Mesa de Trabajo “Hacia un Diálogo Político Nacional sobre Comercio y Ambiente”, dirigida por la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, consideró importante analizar el borrador del Acuerdo del ALCA a efectos de evaluar sus implicancias y realizar aportes específicos sobre medio ambiente, con la finalidad de propiciar el mayor impacto positivo posible de este nuevo intento de acercamiento regional.

Por esta razón, se han revisado los textos del proyecto de Acuerdo y se priorizó la realización de un ciclo de talleres: “*Perspectivas sobre las Negociaciones del ALCA*”, a fin de debatir y formular recomendaciones específicas sobre los siguientes temas del proyecto de Acuerdo: propiedad intelectual, inversiones, agricultura y trato especial y diferenciado. Estos talleres se realizaron en coordinación con el Grupo Zapallar sobre comercio y ambiente que lidera la Fundación Futuro Latinoamericano del Ecuador y con el apoyo financiero de la Fundación Tinker.

Los talleres se llevaron a cabo durante los meses de julio, agosto, setiembre y octubre del 2002, en la ciudad

de Lima. Cabe destacar la activa participación de múltiples actores del sector público y privado, los cuales contribuyeron significativamente al logro de los objetivos trazados. En cada taller se contó con la participación de un experto, cuya misión fue hacer una presentación introductoria del tema seleccionado, resaltando sus múltiples aristas, así como los principales temas de debate actual sobre la materia. Luego se realizó un intercambio de ideas y se elaboraron las conclusiones y recomendaciones sobre los principales temas analizados. Los expertos invitados fueron: Manuel Ruiz, Director del Programa de Asuntos Internacionales y Biodiversidad de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, en el taller sobre propiedad intelectual; Carlos Herrera de ProInversión, en el taller sobre inversiones; César Romero, Asesor del Viceministerio de Negociaciones Internacionales del Ministerio de Agricultura, en el taller sobre agricultura; y, Liliana Honorio, Asesora del Viceministerio de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo en el taller sobre trato especial y diferenciado para países en desarrollo.

Los talleres fueron dirigidos por Ada Alegre Chang, Directora del Programa de Producción Limpia y Calidad Ambiental de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental y la edición de los documentos resultantes de cada taller fue realizada por ella, con el apoyo de Isabel Calle, abogada del mismo Programa.

Las recomendaciones planteadas en este documento serán remitidas al Comité de Representantes Gubernamentales sobre la Participación de la Sociedad Civil del Acuerdo ALCA a efectos de que éstos sean alcanzados a las entidades del ALCA correspondientes, con la finalidad de que dichas recomendaciones sean analizadas y de ser posible incorporadas en el nuevo Acuerdo de integración de la región.

La publicación de los resultados de los talleres en el presente formato, obedece también al interés de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental de difundir los resultados alcanzados y propiciar un mayor debate serio y concienzudo respecto de las vinculaciones existentes entre los temas priorizados para la negociación de este acuerdo de integración económica y los aspectos relacionados con el desarrollo sostenible, teniendo en cuenta que todo esfuerzo o iniciativa de integración será en vano, si no hay una clara priorización del ser humano dentro de los objetivos trazados.

El desarrollo sostenible de la región sólo será una realidad si las decisiones se toman con la debida consideración de la calidad de vida y del mejoramiento de las posibilidades de cada persona para alcanzar su pleno desarrollo. Para ello, el libre comercio debe constituirse en una herramienta para incrementar la generación de riqueza, pero también para mejorar las condiciones ambientales de la región y el bienestar de sus poblaciones, con reglas claras y transparentes, que no propicien la utilización de temas como el ambiental para disfrazar o encubrir medidas restrictivas, en perjuicio de los países en desarrollo<sup>1</sup>.

### Principios consensuados en el marco del Acuerdo ALCA

- a. Las decisiones en el proceso de negociación serán tomadas por consenso:** Todas las decisiones y los acuerdos deben ser adoptados por los 34 países de la región. Consecuentemente, si hay un país que no está de acuerdo con algún aspecto de la negociación, no se podrá adoptar ninguna decisión.
- b. Consistencia con las normas de la Organización Mundial de Comercio (OMC):** Dado que el marco global del comercio internacional está regido en la actualidad por las normas de la Organización Mundial del Comercio, los acuerdos que se adopten en el ALCA deben ser consistentes con las normas establecidas por esta entidad, inclusive en lo relativo al tema de comercio y medio ambiente.
- c. Coexistencia con otros procesos de integración:** En la región existen otros procesos y acuerdos de integración (como el MERCOSUR, la Comunidad Andina de Naciones, NAFTA, CARICOM, entre otros), los cuales deben ser considerados en el proceso de negociación del ALCA, a fin de evitar posibles controversias y la adopción de un Acuerdo ALCA debilitado desde su nacimiento. Debe tenerse en cuenta que si estos acuerdos de integración sub regional son más rigurosos que el Acuerdo ALCA, la aplicación de éste último será desplazada.
- d. Compromiso único:** Single Undertaking. Nada está negociado hasta que todo este negociado. Es decir, que la decisión final respecto del texto del Acuerdo ALCA, se tomará cuando se hayan negociado todos los acuerdos que conforman el ALCA.
- e. Consideración de las diferencias en los niveles de desarrollo y tamaño de las economías:** Se debe considerar como un principio fundamental el tratamiento especial y diferenciado a favor de las economías en desarrollo y especialmente o fundamentalmente para las pequeñas economías.

<sup>1</sup> Cabe señalar, que diversos países se han venido oponiendo a la inclusión de los temas ambientales y laborales dentro de la negociación del Acuerdo ALCA, por la posibilidad de que sean usados posteriormente para configurar medidas de protección no arancelaria. Por ello, hay quienes propugnan que los temas ambientales y laborales relacionados con el comercio internacional, sean tratados en el marco de las nor-

mas de la Organización Mundial de Comercio (OMC) a través del Comité de Comercio y Medio Ambiente y de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) respectivamente. Ello ha conducido a que hasta la fecha no se haya constituido al interior del ALCA un comité o grupo de trabajo que trate específicamente estos 2 temas.

## “La propiedad intelectual y sus implicancias en las negociaciones del ALCA”

El Taller “Propiedad intelectual y sus implicancias en las negociaciones del ALCA” se realizó el día 05 de julio del 2002, en la ciudad de Lima, Perú. Este primer Taller tuvo como objetivo central propiciar el análisis del Capítulo sobre Derechos de Propiedad Intelectual del Proyecto de Acuerdo del ALCA, en lo relativo a los aspectos del mismo que están vinculados a la gestión ambiental y en particular, a la protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y el acceso a los recursos genéticos o los componentes de la diversidad biológica, tema que ha venido suscitando interés en los últimos años, tanto a nivel nacional como internacional. A través del Taller se buscó resaltar los avances y principales aspectos de análisis en torno a este tema, a efectos de plantear algunas recomendaciones para su debida incorporación en el proceso ALCA, sin desconocer que esta misma discusión se ha planteado en diferentes foros internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Organización Mundial del Comercio (OMC) y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), en los cuales se han madurado posiciones que es conveniente consolidar.

### 1. Contexto internacional

Uno de los temas que suscitó interesantes debates en el Taller y que concita en la actualidad, mayor atención en relación a los derechos de propiedad intelectual, es la protección de los conocimientos tradicionales mantenidos y desarrollados por las comunidades indígenas a lo largo de su historia.

Se resaltó que en los años setenta se empezó a tratar este tema en el plano internacional, cuando la FAO abrió el debate en torno a la condición jurídica de los recursos genéticos. En este contexto se estableció el concepto de *herencia común de la humanidad*, según el cual se señaló que los recursos genéticos eran de libre acceso y que en consecuencia, se encontraban a disposición de quienes quisieran utilizarlos. Se indicó además, que algunos instrumentos de la propiedad intelectual como las patentes de plantas en Estados Unidos y los derechos del obtentor también podían ser utilizados para la protección de ciertas variedades vegetales.

En la década de los años ochenta se empezó a negociar en la FAO un Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos, que entre otros aspectos

reafirmó la concepción de los recursos fitogenéticos como patrimonio de la humanidad y conforme a ello, estableció que debían ser de libre disponibilidad. Asimismo, se reconocieron derechos de propiedad intelectual sobre variedades vegetales y los derechos del agricultor como contrapeso a estos últimos. Los derechos del agricultor se constituyen como una suerte de reconocimiento que se hace a las actividades de conservación que durante muchos años han realizado los pequeños agricultores alrededor del mundo y que han permitido la existencia y la conservación de los recursos genéticos que son utilizados en procesos industriales. Se reconoce también su aporte intelectual en estas actividades de conservación y mejoramiento.

Ya en la década de los años noventa, el paradigma cambió al aprobarse el Convenio sobre la Diversidad Biológica, en el cual se reafirmó el principio de soberanía nacional sobre los recursos naturales y sobre los recursos genéticos, empezando algunos países a regular jurídicamente el acceso a estos recursos. Sobre la base de estas disposiciones, se inició también el debate sobre una distribución justa y equitativa de los beneficios resultantes.

Paralelamente a estos procesos, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual creó en 1997 el Comité Intergubernamental sobre Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folklore, el cual se encarga entre otros, de los temas vinculados a los conocimientos tradicionales.

Otros foros de discusión de esta materia son el Consejo del Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) e incluso el propio Comité de Comercio y Ambiente de la Organización Mundial de Comercio, los cuales también participan del debate sobre el tema de los conocimientos tradicionales vinculados a la diversidad biológica, buscando establecer cuál es su relación, cual es la mejor manera de protegerlos y que mecanismos pueden utilizarse.

Incluso en la Declaración Ministerial de la IV Conferencia Ministerial realizada en Doha (noviembre del 2001), se estableció que el Consejo del Acuerdo de los ADPIC debe revisar la relación entre el Acuerdo de los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (numeral 19).

Finalmente, en el 2002 se adoptó el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de la FAO, el cual ha sido

recientemente ratificado por el Perú. Cabe destacar que el tratado incorpora algunos aspectos de este debate, como son los derechos del agricultor, los cuales tienen que ser desarrollados a nivel nacional y también hace un reconocimiento expreso a la contribución de las comunidades en relación a la conservación y el uso de los recursos genéticos.

## 2. Importancia y valor de los conocimientos tradicionales

La importancia de los conocimientos tradicionales se debe a varias razones. Por un lado nos permiten conocer ciertas técnicas y tecnologías para la conservación del uso sostenible de la diversidad biológica y por otro lado, nos ofrecen indicios sobre lo que podría ser un uso o una eventual aplicación industrial o comercial de las plantas medicinales y las plantas alimenticias. A nivel internacional, existen innumerables ejemplos de cómo los conocimientos tradicionales de las comunidades han permitido generar productos que posteriormente han sido industrializados y comercializados.

Respecto al valor de los conocimientos tradicionales, ésta es una de las preguntas que por lo general se hacen los políticos para poder determinar si se requiere o no de algún tipo de protección o tratamiento especial para los conocimientos tradicionales. Sobre este tema, la literatura ha registrado que además de los económicos, hay ciertos valores culturales y religiosos que están asociados a los conocimientos tradicionales y a otras actividades económicas, como es el turismo.

En relación al valor económico, no se han hecho cálculos o en todo caso no se tienen datos exactos sobre cuáles pueden ser los valores económicos de estos conocimientos tradicionales, pero si existen algunos elementos que nos permiten inferir que definitivamente tienen un valor que puede traducirse en beneficios económicos. Por ejemplo Kerry ten Kate y Sarah Laird<sup>2</sup> realizaron una investigación en 1999, a través de la cual llegaron a calcular que el valor anual del mercado global de productos derivados de recursos genéticos y biológicos (incluyendo extractos, combinaciones, moléculas, enzimas, etc.) llegaría a cifras que oscilan entre US\$ 500 y US\$ 800 billones, para rubros que incluyen productos farmacéuticos, medicinas botánicas, los principales cultivos agroindustriales, horticultura, aplicaciones biotecnológicas (distinta a la agricultura y la salud), cosméticos y productos para la protección de cultivos.

<sup>2</sup> ten Kate, Kerry y Sarah Laird. *The Comercial Use of Biodiversity. Access to Genetic Resources and Benefit Sharing*. Earthscan Publications Ltd, London. 1999.

Estas cifras nos dan una idea de las magnitudes del valor económico de los recursos genéticos, el cual se potencia aún más, si consideramos que hay conocimientos tradicionales que están vinculados a estos recursos que están siendo utilizados y comercializados en todo el mundo. Este es ciertamente un elemento adicional que nos permite inferir que definitivamente tienen una importancia económica considerable.

Además debemos tener en cuenta que por lo menos el 25% de las prescripciones médicas que se recetan regularmente en los Estados Unidos contienen fármacos que provienen directa o indirectamente de plantas medicinales<sup>3</sup>, las mismas que a su vez han sido utilizadas tradicionalmente por comunidades indígenas en diversos países.

Otro elemento, también bastante indicativo del valor económico de los conocimientos tradicionales, es el mercado de plantas medicinales de Europa (principalmente en algunos países como Alemania), el cual resulta ser uno de los más lucrativos en la actualidad y tiene una tasa de crecimiento bastante interesante. Estas plantas medicinales provienen, en el caso de Europa, de la zona asiática donde de alguna manera los conocimientos indígenas sobre el uso de estas plantas han sido muy importantes para posteriormente incorporarlas en los mercados de las sociedades modernas.

## 3. ¿Por qué proteger los conocimientos tradicionales?

Todo esfuerzo intelectual debería ser reconocido y protegido mediante los derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, hasta la fecha no se han previsto mecanismos eficaces para alcanzar este objetivo. De hecho, las comunidades indígenas aún no encuentran en este régimen normas efectivas para la protección de sus conocimientos.

Se ha evidenciado que los sistemas clásicos de propiedad intelectual como podrían ser las patentes de invención, los propios sistemas para la protección de variedades vegetales o derechos de obtentor, las marcas, los secretos industriales, así como los demás elementos de la propiedad industrial no son o no parecen ser los más adecuados para cautelar los intereses de los grupos indígenas.

No obstante, es importante proteger los conocimientos tradicionales para evitar situaciones irregulares como la biopiratería. La biopiratería es un concepto que alude al acceso y uso de recursos biológicos y los

<sup>3</sup> Swanson Timothy, *Global Action for Biodiversity*. Earthscan Publications Ltd. Londres. 1997

conocimientos asociados a ellos (especialmente los indígenas) sin el consentimiento o aprobación de los poseedores de estos recursos y conocimientos, ni una adecuada compensación por su utilización. También se usa regularmente para referirse a invenciones (productos, o procesos particularmente en el campo biotecnológico) desarrolladas mediante la utilización directa o indirecta de estos recursos y conocimientos y que por lo general, no están sujetos a alguna forma de propiedad intelectual, especialmente patentes o derechos de obtentor.

De hecho, la historia antigua nos da múltiples ejemplos de cómo las luchas entre distintos pueblos se basaron en el control de ciertas plantas que permitieron mejorar los sistemas agrícolas, incorporar nuevos elementos a las actividades ganaderas, etc. Por ejemplo, en la época de los egipcios se enviaba expediciones a tierras del Imperio Romano para la obtención de ciertas plantas, las mismas que luego eran incorporadas a los sistemas agrícolas en Egipto, e incluso en los encuentros entre Europa y América durante la conquista, se dieron también múltiples ejemplos de cómo se transferían plantas útiles desde América hasta Europa.

Sin embargo, hay algunas razones que dificultan la protección de los conocimientos tradicionales mediante los sistemas clásicos de propiedad intelectual, como son los altos costos de implementación de estos mecanismos e incluso las propias complejidades administrativas asociadas a ellos, entre otros.

#### 4. Temas en debate

Es necesario en primer lugar, reconocer o establecer explícitamente por lo menos un derecho mínimo de las comunidades a participar en la decisión sobre el uso o no de los recursos cuando se van a utilizar sus conocimientos tradicionales. De este modo, a fin de resguardar sus derechos, las comunidades indígenas podrían oponerse (de manera oportuna y efectiva) al uso y aprovechamiento no autorizado de sus conocimientos tradicionales.

Debe reconocerse que actualmente se viene acentuando la pérdida de tierras de las comunidades por distintas influencias, ya sea por actividades extractivas, económicas, construcción de carreteras, etc. Todas estas son actividades que están afectando directamente a las comunidades no solamente en el Perú sino en distintas partes del mundo. En esta medida, es necesario resguardar a las comunidades frente al peligro de perder sus tierras y territorios, como forma de garantizar la protección de sus conocimientos tradicionales.

Sin embargo, ¿cómo operativizamos esta protección a los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas en el supuesto que alguien quiera utilizarlos?,

¿quién debe autorizar el uso de estos conocimientos tradicionales?, sobre todo si tenemos en cuenta que muchos de estos conocimientos tradicionales se encuentran repartidos entre varias comunidades y a veces es difícil identificar quién dentro de estas comunidades puede finalmente consentir por el uso de estos conocimientos.

En algunos lugares, como en Sudamérica, se sostiene que se debe tratar que las organizaciones representativas de estas comunidades sean las que se encarguen finalmente de tomar la decisión. Otra opción, como se sostiene por ejemplo en la India, pone el énfasis en el rol que juega el innovador individual de las comunidades, planteándose que sea éste (en toda comunidad siempre existe un innovador individual) quien también tenga la facultad de consentir o no el uso de los conocimientos tradicionales o la innovación que se genera.

Estas son dos posiciones que de alguna manera se están discutiendo y que en muchos casos se contraponen. ¿Qué prevalece, la cuestión individual o la cuestión colectiva al interior de las comunidades?, ¿los derechos colectivos de las comunidades que comparten ciertos conocimientos o los derechos individuales que comparte un individuo dentro de las comunidades como innovador permanente dentro de ella?. De hecho, en el caso de comunidades andinas en el Perú encontramos que es perfectamente factible identificar ciertas familias y dentro de las familias ciertas personas que realizan las actividades de innovación y conservación permanente de los conocimientos tradicionales, de manera que se establece una dinámica de generación de conocimientos dentro de la familia, y por lo tanto, dentro de la comunidad.

Otro tema crítico que resulta relevante tiene que ver con lo que sucede cuando los conocimientos ya se encuentran en el dominio público y con las posibilidades de controlar el uso de estos conocimientos, sobre todo si tenemos en cuenta que se encuentran ampliamente difundido por distintas vías, ya sea base de datos, publicaciones, etc. Sobre este tema, existen diversos problemas, en la medida que muchos de los conocimientos tradicionales generados por las comunidades ya han sido de alguna manera documentados. Por ejemplo, existe la Base de Datos del Jardín Botánico de Londres donde hay registros bibliográficos de miles de publicaciones en las cuales se incorporan los conocimientos tradicionales a partir de estudios botánicos, por ejemplo por el uso de elementos de la biodiversidad. Esta información se encuentra disponible para cualquier persona que quiera acceder a ella.

En esta medida, el tema del dominio público plantea un reto a quienes quieren establecer mecanismos para proteger los conocimientos tradicionales utilizando los

principios básicos o clásicos de la propiedad intelectual, debido a que los problemas que se originan en algunos casos pueden ser insalvables.

### 5. Sistema de protección de los conocimientos tradicionales

Aún existen muchas preguntas que se ciernen en torno a este tema, como por ejemplo, ¿qué entendemos por “protección” de estos conocimientos?, ¿qué elementos deberíamos considerar para ello?, ¿qué objetivos nos trazamos?, ¿cómo logramos o cómo pretendemos proteger estos conocimientos tradicionales?. Definitivamente las respuestas no son fáciles, ni generan consensos automáticamente. Sin embargo, a pesar de la falta de respuestas, es importante definir algunos lineamientos que nos ayuden a establecer un sistema de protección de los conocimientos tradicionales.

En primer lugar, es importante contextualizar el problema identificando qué es lo que realmente está pasando con estos conocimientos, si se están perdiendo, si están siendo utilizados sin autorización de los titulares, si este uso es no compensado o si no se está reconociendo de alguna manera el uso de estos conocimientos. Conocer esto es importante a efectos de poder determinar cuáles van a ser los objetivos del régimen de protección a implementar.

Al respecto, también es importante reflexionar sobre el término “protección”, que se ha venido utilizando de forma bastante ligera sin tener claramente definido los alcances o el ámbito de esta palabra. La protección puede significar en algunos casos compensar a las comunidades por el uso de sus conocimientos tradicionales, o por mantenerlos de alguna manera, o incluso por utilizarlos sin una autorización previa. Por ello es importante definir el alcance de la protección, ya que dependiendo del alcance o del ámbito que le demos a la “protección” podremos evaluar cuáles son los instrumentos que pueden ser utilizados para alcanzar los objetivos trazados.

De esta manera, se pueden utilizar mecanismos que sirvan para compensar pero que no sean eficaces necesariamente para mantener los conocimientos o pueden servir para excluir a unos por el uso de los mismos. Entonces, es necesario determinar claramente qué entendemos por protección, para poder establecer un régimen que sea coherente y efectivo.

No obstante, actualmente existen ya algunos instrumentos y mecanismos de protección de los conocimientos tradicionales que se están discutiendo a nivel internacional, regional e incluso a nivel nacional, en algunos países.

Uno de los que más atención han recibido son los registros de conocimientos tradicionales, en la medida que se plantea que ante la pérdida del conocimiento tradicional, una primera acción que deben tomar los países es registrarlos para que éstos no se pierdan.

Sin embargo, las preguntas que surgen son: ¿qué tipo de derechos otorgan los registros?, ¿cuál es el rol que pueden jugar?. Sobre el tema existen algunas propuestas, incluso ya hay casos de registros que están siendo utilizados como es el famoso caso del Registro Biozulua en Venezuela, que básicamente ha recopilado información etnobotánica, incorporando toda la información sobre los conocimientos tradicionales de comunidades amazónicas en Venezuela.

En la India el Honeybee Network presenta otra experiencia interesante, donde se trabajó con pequeños grupos de campesinos registrando toda la información y todos los conocimientos que ellos tienen sobre el uso de su biodiversidad. Asimismo, en el Perú tenemos la experiencia del Parque de la Papa en el Cusco, donde se está trabajando a nivel local con comunidades que están organizando registros locales de uso de recursos y conocimientos.

Si bien, no está muy claro cómo se van a utilizar estos registros frente a terceros que pudieran estar interesados en acceder a su información, se puede observar que ya existen esfuerzos para registrar información y conocimientos tradicionales. En estos casos, no solamente se busca que los registros que se están desarrollando eviten eventualmente el otorgamiento de patentes que utilizan directa o indirectamente la información que está relacionada con estos recursos, sino que también se está viendo la manera de que estos registros puedan constituir ciertos derechos a favor de quienes registran los conocimientos. Sobre este tema, se discute en la actualidad cuál es la manera de lograr este objetivo.

En la OMPI también se viene discutiendo el rol que puede jugar un gran registro internacional o eventualmente registros regionales interconectados para efectos de mantener los conocimientos tradicionales y utilizar el registro como una medida de defensa de los intereses de las comunidades frente a las patentes que pudieran ser concedidas. Básicamente actuarían como un arma defensiva, ya que al incorporarse estos conocimientos tradicionales a los registros se harían públicos y en la medida que son conocimientos que estarían en el dominio público se impediría el otorgamiento de patentes en terceros países o de alguna manera se obligaría a quienes examinan las solicitudes de patentes a tomar en cuenta la información que está contenida en estos registros para efectos de los exámenes de novedad y de altura inventiva.

Otra de las medidas que se están discutiendo y que en todo caso ya han sido incorporadas en la legislación de varios países, es la necesidad de incorporar requisitos adicionales de forma en las solicitudes de patentes, para exigir a quien desea obtener un derecho de propiedad intelectual que demuestre el origen legal de los conocimientos que pudieran estar siendo incorporados a ciertas invenciones. Estos no son realmente requisitos de patentabilidad como tal, ya que los requisitos de patentabilidad universalmente son tres<sup>4</sup> y no se quiere agregar uno nuevo, pero lo que si se busca es que en el procedimiento administrativo inicial se plantee esta exigencia para efectos de garantizar justamente que los intereses de los grupos indígenas puedan ser cautelados.

Al respecto, ya la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones sobre un Régimen Común de Propiedad Industrial establece que para efectos de la concesión de patentes de invención, las autoridades de patentes pueden exigirle a quien solicita este derecho que demuestre el origen de los recursos o de los conocimientos que se pudieran estar utilizando en la invención sobre la cual solicita se otorgue un derecho. Si bien existe cierta discrecionalidad por parte de la autoridad respecto del hecho de solicitar esta información y que esta exigencia se circunscribe básicamente al caso de invenciones en el campo biotecnológico (donde mayormente se va a encontrar este tipo de problemas), estas mismas exigencias ya han sido incorporadas en la Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones, en la Ley de Biodiversidad de Costa Rica, en la normatividad de Filipinas, en la Ley que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los recursos biológicos del Perú, e incluso en la legislación interna de la India.

Otro instrumento que se viene evaluando, es mejorar las prácticas de búsqueda internacional de las oficinas de patente para determinar la novedad y altura inventiva de las invenciones. Ya que en varios casos de biopiratería, lo que ha sucedido es que se conceden patentes de invención (sobre todo en los Estados Unidos), sin haberse realizado búsquedas adecuadas para efectos de los exámenes de novedad y altura inventiva. Esto tiene que ver, con la posibilidad de que

los conocimientos tradicionales pudieran estar registrados de manera tal que los examinadores de las patentes pudieran tener acceso de manera más fácil a esta información y por tanto pueda ser tomada en cuenta durante los procesos de evaluación de las solicitudes presentadas.

Sobre el particular, existe un movimiento al interior de la OMPI para que en el Tratado de Cooperación de Patentes se establezca que las prácticas en las búsquedas internacionales permitan identificar información sobre los conocimientos tradicionales que se encuentran en el dominio público y que además estén fácilmente disponibles para los examinadores (en la actualidad puede ser que dicha información esté en el dominio público, sin embargo, no es de fácil acceso para los examinadores).

Asimismo, otro instrumento en evaluación, es mejorar la comunicación entre las oficinas de patentes y las oficinas de acceso a recursos genéticos (que eventualmente también podrían ser las oficinas que regulan el régimen de protección de conocimientos tradicionales).

Finalmente, existe la posibilidad de diseñar un sistema integral de protección de los conocimientos tradicionales. Para ello, se plantea la posibilidad de diseñar una norma jurídica especial o *sui generis* para efectos de proteger los conocimientos tradicionales (considerando su carácter individual o colectivo), otra opción es evaluar los distintos instrumentos, mecanismos y herramientas con los que contamos a nivel jurídico y eventualmente a nivel no jurídico (en el marco de proyectos), que pueden servir para cumplir varios objetivos, que en su conjunto, cautelen y protejan los intereses indígenas vinculados a los conocimientos tradicionales.

Sin embargo, debe reconocerse que nos guste o no nos guste van a surgir problemas derivados del conflicto entre las propias comunidades y entre sus grupos representativos, ya que si decimos que quien va a autorizar es una organización determinada, entonces habrá problemas entre la que se designe y las otras organizaciones representativas y probablemente con las otras representativas de países vecinos que comparten los mismos conocimientos. Lo único que se puede hacer es lidiar con estas dificultades que van a surgir de todas maneras.

En el caso del Perú, cabe destacar que el 10 de agosto del 2002, el Congreso de la República aprobó la Ley N° 27811 Ley que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los recursos biológicos del Perú, cuya elaboración fue liderada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)<sup>5</sup>

4 Altura inventiva, novedad y aplicabilidad industrial.

5 De acuerdo a lo establecido por el Reglamento de la Ley sobre Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica aprobado por Decreto Supremo N° 068-2001-PCM, el INDECOPI se encarga de coordinar el proceso para el desarrollo de normas en materia de derechos de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de los pueblos indígenas relacionados con la diversidad biológica.

con el apoyo de otras instituciones. Este régimen plantea la idea de un sistema que incorpora distintos mecanismos que buscan en conjunto la protección de los conocimientos tradicionales como son los secretos industriales, los registros, elementos de competencia

desleal. Esta propuesta es una posibilidad interesante, que puede ser complementada con algunos otros instrumentos, como las normas de acceso a recursos genéticos, ciertos proyectos que buscan conservar estos conocimientos in situ, entre otros.

### Recomendaciones para el Acuerdo ALCA

En función de la presentación y el debate generados durante el Taller "Propiedad Intelectual y sus Implicancias en las Negociaciones del ALCA" realizado el día 05 de julio del 2002, se han formulado los siguientes aportes, tomando como documento de referencia las versiones oficiales del borrador del Acuerdo ALCA del mes de julio del 2001 y de noviembre del 2002. Se espera que estas líneas sirvan de reflexión para todas aquellas personas que están vinculadas con el proceso de negociación ALCA y con los temas materia de la propuesta, a fin de madurar posiciones que nos conduzcan a un eficaz y sostenible ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, garantizando la debida tutela de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, los recursos y potencialidades de la diversidad biológica y las necesidades de desarrollo de los países de la región.

#### **a. Inclusión del Convenio sobre la Diversidad Biológica:**

En el Preámbulo del Capítulo se hace una referencia expresa al Acuerdo de los ADPIC de la Organización Mundial del Comercio. Se considera igualmente importante hacer una referencia expresa al Convenio sobre la Diversidad Biológica y al Convenio 169 de la OIT.

#### **b. Reconocimiento expreso del derecho de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos tradicionales y distribución equitativa de beneficios:**

En la Parte I relativa a las Disposiciones Generales y Principios Básicos debe declararse expresamente el derecho de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos tradicionales y a beneficiarse equitativamente de su aprovechamiento económico, a fin de que ninguna norma específica de este Capítulo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual, pueda servir como medio para desconocer o restringir este derecho reconocido internacionalmente en otros tratados internacionales, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

#### **c. Soberanía interna:**

En las mismas Disposiciones Generales y Principios Básicos debe establecerse que el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, no afectan el derecho soberano de los Estados Parte para normar y tomar decisiones sobre su patrimonio biológico, el acceso a los recursos genéticos y la debida protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas de su territorio. Debe corregirse además, lo dispuesto en el Capítulo de Patentes (página 9.30 y ss)<sup>6</sup>, en el cual se establecen varias limitaciones a la legislación interna, en el sentido que ésta no es suficiente para por ejemplo, excluir de la patentabilidad invenciones comerciales. Se considera que esto es un exceso y limita la soberanía nacional para disponer medidas de protección para bienes o intereses prioritarios para los Estados Parte. Mientras no haya una afectación de los principios de Trato Nacional y Nación más Favorecida, no debe restringirse las atribuciones de cada Estado Parte para tutelar la salud pública, el medio ambiente y otros valores que decida en función de su propia soberanía.

#### **d. Solución de controversias:**

Es necesario determinar qué norma va a aplicarse en los casos de solución de controversias relativas a los derechos de propiedad intelectual y los aspectos señalados en el numeral b, es decir, cuando aquellos entren en conflicto con el resguardo del patrimonio biológico de los Estados y el conocimiento tradicional de las comunidades indígenas de su territorio. ¿las normas de este Capítulo del ALCA, las del Capítulo de Solución de Controversias?, ¿las relativas al Convenio sobre la Diversidad Biológica?

#### **e. Régimen Sui Generis:**

Debe mantenerse la referencia expresa al establecimiento de un régimen sui generis para la

<sup>6</sup> Las referencias a artículos han sido formuladas en base al texto del 1° de noviembre del año 2002

protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, frente al cual se podría establecer que éste no debe generar obstáculos injustificados al régimen de patentes. Este régimen podría establecer entre otros aspectos, el consentimiento informado previo de las comunidades para el acceso a sus recursos y conocimientos.

**f. *Transferencia de Tecnología, conocimientos y recursos financieros:***

En el numeral 2 del artículo 9 referido a la Transferencia de Tecnología (página 9.6), se establece que las necesidades de los países involucrados (sic) de recursos financieros y acceso a la tecnología y al conocimiento, la transferencia de tecnología y el desarrollo conjunto de tecnología, deben ser consideradas especialmente para la capacitación tecnológica con el propósito de aumentar la competitividad de los países en el escenario nacional e internacional. Se considera que este enunciado es limitativo y que debería hacerse una referencia positiva al compromiso de los Estados Parte que son países desarrollados, a transferir tecnología, conocimientos y recursos financieros para que los países en desarrollo puedan montar sistemas eficientes de propiedad intelectual que sean compatibles con las necesidades de su propio desarrollo. Ello, además sería coherente con el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas frente al deterioro ambiental global establecido en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD), realizada en Río de Janeiro en 1992.

**g. *Folklore:***

En la Sección 4 referida a la Protección al Folklore (página 9.28) se ha incluido una serie de enunciados sobre la protección efectiva a todas las expresiones del folklore. Sin embargo,

se considera necesario ampliar este concepto, vinculándolo a la protección integral de la identidad y cultura de las poblaciones tradicionales, las comunidades indígenas, afroamericanas y nativas y no sólo a las expresiones de su folklore. El tratamiento parcial de una muestra de su identidad (el folklore), no es coherente con el reconocimiento internacional de su valor cultural, el cual incluye la protección y beneficio de sus conocimientos tradicionales, así como los derechos reconocidos en el convenio 169 de la OIT, sobre su participación en la toma de decisiones sobre la utilización de los recursos de las tierras que ellas ocupan. Por estas razones, se recomienda modificar el título y contenido de esta parte del acuerdo por: "Protección de la identidad, cultura y derechos de las comunidades".

**h. *Requisitos formales:***

Debe establecerse que para otorgar derechos de patente que versen sobre invenciones desarrolladas a partir del material obtenido de los recursos genéticos o relacionados con los conocimientos tradicionales de las comunidades, se debe cumplir con ciertos requisitos formales, tales como: verificar que este material haya sido adquirido legalmente de conformidad con el ordenamiento jurídico nacional, regional e internacional, a fin de exigir a quien desea obtener el derecho de propiedad intelectual que demuestre el origen legal de los conocimientos que pudieran estar siendo incorporados a la invención que se busca patentar. Asimismo, debería establecerse que la autoridad de patentes, debe coordinar previamente con la autoridad relacionada con el acceso a los recursos genéticos o el acceso a los conocimientos tradicionales. Complementariamente, debe definirse cuál sería la sanción frente al no cumplimiento de estos requisitos formales: ¿reversibilidad o nulidad de las patentes?

## “Las Inversiones y su tratamiento en las Negociaciones del ALCA”

El Taller “Las Inversiones y su tratamiento en las negociaciones del ALCA” se realizó el día 15 de agosto del 2002, en la ciudad de Lima, Perú. Este segundo Taller tuvo como objetivo central propiciar el análisis del Capítulo sobre Inversiones del Proyecto de Acuerdo del ALCA, en lo relativo a los aspectos del mismo que están vinculados a la gestión ambiental. A través del Taller se buscó resaltar los avances y principales aspectos de análisis en torno a este tema, a efectos de plantear algunas recomendaciones para su debida consideración en las negociaciones del ALCA.

### 1. La política de inversión en el Perú

Desde comienzos de la década de los años noventa, las políticas gubernamentales del Perú se orientaron fuertemente a promover la atracción de un mayor flujo de capitales, a partir de la modernización de la gestión pública, la desregulación y la simplificación administrativa. De hecho, en los últimos diez años, el gobierno peruano se abocó a generar un ambiente propicio para la inversión extranjera, evidenciándose un cambio significativo con respecto a la posición peruana de los años setenta y ochenta.

De este modo, la Constitución Política del Perú (1993); el Decreto Legislativo N° 662, Ley de Fomento a la Inversión Extranjera (1991) y el Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada (1991), se constituyeron conjuntamente con otras normas de promoción específicas, en la normatividad marco para el fomento de la inversión privada y extranjera en el país, adoptándose criterios de liberalización económica, seguridad jurídica y garantía a la iniciativa privada.

### 2. Principios generales de la política de inversión en el Perú

- a. Trato no discriminatorio:** Igualdad de condiciones para la inversión nacional y extranjera.
- b. Libre iniciativa privada:** Libertad para escoger la actividad económica a desarrollar.
- c. Libre y leal competencia:** Los precios de la economía resultan de la confluencia de la oferta y la demanda.
- d. Libertad de empresa:** Capacidad de elegir la forma empresarial a desarrollar, así como su conducción y explotación.
- e. Libre acceso a todos los sectores de la economía:** Incluyendo la producción tanto en el mercado de bienes, como en el de servicios.
- f. Garantía a la propiedad privada:** Sólo procede la expropiación de un bien, mediante ley del Congreso.

**g. Libre transferencia de capitales y utilidades:** Se le permite al inversionista transferir al extranjero sus capitales y utilidades sin necesidad de contar con autorización alguna.

### 3. Acuerdos internacionales sobre inversión

La normatividad peruana de apertura a la inversión extranjera fue además, complementada mediante la suscripción de convenios de estabilidad jurídica con diversos países y la inserción del Perú en los principales acuerdos y foros globales vinculados con la garantía a la inversión extranjera, tales como:

- a. MIGA:** En el año 1992, el Perú suscribió la Convención Constitutiva del MIGA – Multilateral Investment Guarantee Agency. El MIGA fue creado en 1988 como parte del Grupo del Banco Mundial para promover inversiones extranjeras en economías emergentes. Para este efecto, asegura las inversiones contra riesgos no comerciales.
- b. CIADI:** El Perú se adhirió a la Convención del Centro Internacional para la Solución de Controversias entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI). Esta Convención establece la figura de un tribunal arbitral, a la cual pueden asistir los Estados contratantes en caso de divergencia entre Estados contratantes y nacionales de otros Estado Contratantes en relación a inversiones de carácter privado.
- c. BITS<sup>1</sup>:** A partir del año 1993, el Perú inició las negociaciones de acuerdos bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones, con la finalidad de establecer garantía de trato, protección y un mecanismo de solución de controversias a las inversiones a nivel bilateral.

A la fecha, el Perú ha celebrado alrededor de 27 convenios bilaterales para la promoción y protección recíprocas de las inversiones. Tenemos convenios bilaterales celebrados con Alemania, Argentina, Australia, Bolivia, China, Chile, Colombia, Dinamarca, Ecuador, España, El Salvador, Finlandia, Francia, Italia, Corea, Malasia, Holanda, Noruega, Portugal, Paraguay, Reino Unido, República Checa, Rumania, Suiza, Suecia, Tailandia y Venezuela. Al respecto, cabe resaltar que la mayoría de los convenios han sido suscritos con países industrializados.

La finalidad de suscribir estos convenios bilaterales ha sido consolidar el marco de apertura y garantía entre

<sup>1</sup> Convenios internacionales de promoción y protección de inversiones.

países, a fin de establecer un marco legal sólido que ofrezca seguridad jurídica a las inversiones. En este sentido, se han establecido principios básicos para regular el tema de expropiación, así como reglas claras para los casos de solución de controversias.

Si bien no todos los convenios son formalmente iguales, en el fondo se estructuran en base a los mismos principios internacionales que rigen en la actualidad el comercio internacional. No obstante, los convenios suscritos por el Perú y los convenios que existen en vigencia en la mayor parte de los países latinoamericanos, son convenios que aún reflejan el esquema que décadas atrás promovió la Organización Económica para la Cooperación y el Desarrollo (OECD). Se trata de convenios que buscan generar estándares de tratamiento a la inversión, sobre la base de la no discriminación, la protección al inversionista y mecanismos de solución de controversias, básicamente.

#### 4. Marco andino

En la Comunidad Andina de Naciones, la Decisión 24<sup>2</sup>, Régimen Común para el Tratamiento a la Inversión Extranjera, reguló las inversiones extranjeras desde los años setenta hasta 1991. La Decisión 24 fue básicamente un mecanismo de protección frente a la inversión extranjera. De conformidad con la visión de la década de los setenta, la norma estaba orientada a favorecer los capitales nacionales y subregionales por encima de los capitales extranjeros.

Esta visión cambió en la década de los noventa con la aprobación de la Decisión 291, Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros (1991). Esta norma otorga prioridad a la promoción de capitales extranjeros sobre la base de un tratamiento igualitario entre capitales nacionales y extranjeros. Se considera a los inversionistas de la subregión andina como inversionistas nacionales.

Sin embargo, en la práctica la Decisión 291 no es un régimen común de inversiones, en la medida que los principales aspectos que esta norma andina pretende regular terminan siendo remitidos a lo que establece la legislación nacional.

Asimismo, contradictoriamente con el tratamiento igualitario entre capitales nacionales y extranjeros que promueve la Decisión 291, esta norma mantiene una calificación discriminatoria de las inversiones ya que califica a las empresas en nacionales, mixtas y extranjeras, manteniendo un criterio de diferenciación en función del porcentaje de participación de capital nacional que exista en cada empresa. Si bien es cierto,

<sup>2</sup> Las decisiones andinas tiene rango de ley y forman parte del ordenamiento jurídico nacional.

la referida discriminación guardaba coherencia cuando se encontraba vigente la Decisión 24, en la medida que dicha norma favorecía la inversión nacional, actualmente en el marco de la Decisión 291 dicha calificación ha perdido sentido. No obstante, se mantiene, aún cuando en la práctica la normatividad andina ha quedado superada por la realidad combinada por la legislación nacional de cada país y los convenios bilaterales de promoción y protección de inversiones que los países han suscrito.

#### 5. Acuerdos sobre inversión en la Comunidad Andina de Naciones

A nivel de acuerdos sobre inversión en la Comunidad Andina de Naciones, Bolivia tiene alrededor de 16 convenios, Colombia tiene 6, Ecuador tiene 18, Perú tiene 27 y Venezuela tiene 21. En términos generales, todos estos convenios tienen las mismas características, dado que la mayoría de los convenios que han suscrito los países andinos son convenios de promoción y protección de inversiones y acuerdos de cooperación comercial.

Las principales características de los acuerdos sobre inversión en la Comunidad Andina de Naciones son:

- a. Definición amplia de inversión:** Las tendencias actuales buscan incluir en los acuerdos de inversión una definición amplia de lo que se entiende por inversión, es decir, no referirse exclusivamente a la inversión como el capital de una empresa sino entenderlo como todo activo de negocios. Esta definición amplia está establecida en los convenios bilaterales de inversión suscritos por los países de la Comunidad Andina de Naciones, a diferencia de la definición estricta de inversión contenida aún en la Decisión 291.
- b. Trato nacional:** Se encuentra presente en todos los acuerdos sobre inversión, a fin de que se brinde un tratamiento igualitario al inversionista extranjero y al nacional.
- c. Nación más favorecida:** Siguiendo la concepción del NAFTA, el Trato de la Nación más Favorecida debe aplicarse desde el momento en que el inversionista decide establecerse, sin embargo el momento desde el cual se aplica la protección de nación más favorecida no ha sido determinado en la Decisión 291.
- d. Pre establecimiento:** Garantías para la preinversión. Se otorga protección a la inversión aún antes que ésta se establezca en el territorio de alguno de los países parte. No obstante, a pesar de que está recogido en algunas disposiciones nacionales, este concepto no ha sido incorporado en la Decisión 291 ni en los convenios bilaterales de inversión suscritos por los países de la Comunidad Andina de Naciones.

**e. Transferencia de pagos:** La libertad de transferencia de pagos está reconocida ampliamente en la región y en la Decisión 291 se hace una remisión a lo que se establezca en la legislación nacional.

**f. Requisitos de rendimiento o de desempeño:** En la Ronda de Uruguay y por ende con el nacimiento de la Organización Mundial del Comercio, los países acordaron reducir las condiciones para el establecimiento de una inversión, a efectos de eliminar progresivamente toda medida discriminatoria o restrictiva del movimiento de capitales, así como de bienes y servicios. En términos generales, la OMC establece que “no se podrá establecer restricciones cuantitativas ni cualitativas que desvíen el flujo normal del comercio”. No obstante, es importante diferenciar las medidas restrictivas, de las políticas públicas que buscan fortalecer las propias condiciones de desarrollo y en particular, las de los países en desarrollo.

**g. Subrogación:** Si un inversionista se ve afectado por la decisión de un país parte, por ejemplo en el caso de una expropiación, el inversionista puede retirarse de la divergencia y un tercer país parte puede tomar esa posición, entrando en un proceso de negociación.

**h. Solución de controversias:** Por lo general se resuelven ante el tribunal arbitral del CIADI.

Características de los Acuerdos sobre Inversión en la CAN			
	Decisión 291	BITS	G3 <sup>3</sup>
Definición amplia de inversión		X	X
Trato Nacional	X <sup>4</sup>	X	X
Nacional más favorecida		X	X
Preestablecimiento			X
Transferencia de pagos	X <sup>4</sup>	X	X
Requisito de rendimiento		X	X
Subrogación		X	X
Solución de controversias	X <sup>4</sup>	X	X

**6. Aspectos generales**

De acuerdo a lo estipulado en las distintas cumbres presidenciales que le han dado sustento, el Acuerdo del ALCA busca crear un gran mercado común bajo reglas generales de apertura comercial, partiendo del supuesto de que este proceso va a beneficiar el desarrollo de todos los países intervinientes. Se espera que la dinamización de la economía y de los negocios en particular, tenga una repercusión efectiva en el desarrollo

3 Colombia, Venezuela y México conforman el llamado Grupo de los Tres.

4 Sujeto a la legislación nacional.

de los países. No obstante, como es por todos conocido, hay diversos detractores que cuestionan la vinculación positiva entre la apertura comercial en los términos que hoy en día se propone y los objetivos de desarrollo de los países que no han logrado la consolidación de su propia economía.

En esta medida, la viabilidad del ALCA está sujeta al balance que se logre en las negociaciones respecto de los niveles de compromiso que se asuma y las oportunidades de desarrollo efectivo de los distintos países. Debe tenerse en cuenta particularmente, la asimetría existente entre países muy fuertes como Estados Unidos y Canadá y los demás países de la región, entre los que se encuentran países muy pobres como los del Caribe y una dispareja gama de países de mediano desarrollo, entre los que se encuentra el Perú.

Específicamente en materia de inversiones, el Grupo de Inversiones del Acuerdo del ALCA, ha fijado como objetivo central en esta materia, el establecimiento de un marco jurídico justo y transparente que promueva la inversión a través de la creación de un ambiente estable y previsible que proteja al inversionista, su inversión y los flujos relacionados, sin crear obstáculos a las inversiones provenientes de fuera del hemisferio.

La estructura básica del Capítulo de Inversiones del Acuerdo del ALCA fue analizada por un grupo de trabajo que se reunió entre los años 1997 y 1999, y que luego de largas horas de debate académico, logró identificar 12 temas básicos que debían constituir la columna vertebral del referido Capítulo. Esos doce temas son: definiciones básicas, trato nacional, trato justo y equitativo, compensación por pérdidas, transferencias, excepciones y reservas, ámbito de aplicación, nación más favorecida, expropiación, personal clave, requisitos de desempeño y solución de controversias. De acuerdo a la metodología y reglas de la negociación, se acordó que estos temas básicos eran puntos a tratar a lo largo de la negociación del Acuerdo del ALCA y que por lo tanto, no eran temas cerrados, en la medida que cualquier país podía añadir algún otro tema y someter a discusión su inclusión o no en el Capítulo sobre Inversiones.

Cabe señalar que en la actualidad, las negociaciones se realizan en bloques. Así, por ejemplo, el Perú negocia dentro del marco de la Comunidad Andina de Naciones, caso similar pasa con la posición de MERCOSUR o la del CARICOM.

A continuación se presentan los doce temas identificados como elementos básicos que se incluirían en el Capítulo sobre Inversiones:

**a. Definiciones básicas:** Las definiciones están centradas en: ¿qué es inversión? y ¿quién es inversionista?. La tendencia actual está dirigida a establecer una

definición amplia de ambos términos. Respecto de lo que se entiende por inversión, se busca establecer que ésta no es sinónimo de “empresa”, sino que comprende en general, todos los activos de un negocio. Así por ejemplo, la propuesta de definición de inversiones que ha tenido Estados Unidos es que “inversión es toda inversión”, aludiendo dentro del concepto a todo activo del inversionista o incluso, del preinversionista. Ciertamente, ésta es una definición circular y poco precisa, aun cuando de acuerdo con algunas posiciones, se precisaría que efectivamente no todo activo tendría necesariamente las características de una inversión y por tanto la discusión tendría que centrarse en qué activos deben o no ser considerados como una inversión protegida bajo el Acuerdo del ALCA.

Este tema es esencial en el ALCA, porque si no se precisa qué se entiende por inversión, no podrán determinarse claramente los niveles de compromiso asumidos por los países parte. Por ello, uno de los aspectos esenciales del acuerdo sobre inversiones es establecer una definición, que podría estar eventualmente, acompañada de una lista ejemplificativa mas no limitativa, de lo que se considera una inversión.

Por otro lado, en las diversas propuestas, incluyendo las de la Comunidad Andina de Naciones, se considera la propiedad intelectual como una modalidad de inversión. Esto debe ser evaluado con detenimiento dado que de este modo, las normas de protección a la inversión podrían entrar en conflicto con otras regulaciones nacionales, como las referidas a protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas. De este modo, podrían generarse controversias asociadas a este tema, en los casos en que un inversionista quisiera establecer por ejemplo, un centro de investigación en la amazonía peruana y luego patentar sus hallazgos, vulnerando los derechos de las comunidades indígenas sobre el conocimiento que han mantenido de generación en generación. Aún no se ha determinado cuál es la mejor forma de articular la protección de los derechos sobre los conocimientos tradicionales indígenas, con las regulaciones de protección al inversionista. Sin embargo, debemos tener en cuenta que la negociación en el Grupo de Inversiones tiene pendiente todavía el debate de los conceptos básicos, debate en el cual habrá que determinar la relación entre dichos conocimientos y los activos de negocios.

Por otro lado, respecto del inversionista, se viene discutiendo si éste está protegido desde la fase de preinversión. No obstante, hay consenso en que éste comprende tanto a las personas físicas, como a las jurídicas.

**b. *Ámbito de aplicación:*** Está referido a la aplicación temporal y territorial del Acuerdo ALCA. La aplicación territorial, está determinada por el territorio de cada uno de los países parte y se aplicará por igual

a todos los capítulos del Acuerdo del ALCA.

La aplicación temporal, está referida la posibilidad de aplicar las disposiciones del capítulo a todas las inversiones realizadas por el inversionista de una país parte en el territorio de otro país parte, cuando el tratado entre en vigor e incluso a aquellas que se hubiesen realizado con anterioridad. Sin embargo, en el tema de solución de controversias se ha establecido que el Capítulo sobre Inversiones no se aplicará a las controversias o reclamaciones surgidas o resueltas con anterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo del ALCA, incluso si sus efectos permanecen aún después de ésta.

**c. *Trato nacional:*** Este principio es reconocido por la mayoría de países y está incluido en la mayoría de convenios bilaterales suscritos en el hemisferio. Supone un trato igualitario para los nacionales y los extranjeros, en la medida que garantiza a la inversión extranjera un tratamiento no menos favorable que el otorgado a la inversión nacional. Sin embargo, se admite algunas excepciones.<sup>5</sup>

**d. *Trato de la Nación más favorecida:*** Cada país parte otorgará a los inversionistas de otro país parte, un trato no menos favorable que el que otorgue a los inversionistas de terceros Estados. La concesión de una ventaja especial a un país, genera la obligación de tener que otorgarla a todos los demás miembros del ALCA. También se admite excepciones vinculadas a los procesos de integración subregional. (ej. Comunidad Andina de Naciones, MERCOSUR) o las derivadas de acuerdos tributarios.

**e. *Trato justo y equitativo:*** Ha sido práctica común la inclusión de este principio en los acuerdos sobre inversión. Implica una protección complementaria a la de “trato nacional” en la medida que la aplicación del trato nacional está condicionada a la legislación interna.

Mediante este principio se busca garantizar un estándar de protección mínimo a la inversión, de modo que se asegure al inversionista que aún cuando su inversión se encuentre sujeta a la legislación nacional de los países parte, su inversión se encuentra además, protegida por un estándar mínimo de trato de conformidad con el derecho internacional consuetudinario.

<sup>5</sup> El Capítulo sobre Inversión del Segundo Borrador del Acuerdo del ALCA (1 de noviembre del 2002) en su artículo 3.3. establece que “Si bien se admite la aplicación general del concepto de trato nacional con respecto del establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación o venta en relación con la inversión, en ciertas circunstancias especiales, por ejemplo: la amenaza de inestabilidad económica que se deriva de la vulnerabilidad, se permitirán las medidas cautelosas que emplee la economía más pequeña para que esto sea menos oneroso en las compañías nacionales que en las compañías extranjeras”.

**f. Expropiación:** Un punto de debate al respecto es si este concepto debe abarcar tanto las expropiaciones de hecho como aquellas medidas de efectos equivalentes. La posición mayoritaria, es que el Acuerdo del ALCA debe referirse a la expropiación en los términos más amplios, comprendiendo cualquier forma o medida que tenga efectos similares a los de una expropiación y no simplemente al tradicional concepto de expropiación como la toma de posesión de una propiedad físicamente hablando. Así, si un país parte adoptara una medida que genere una pérdida, por ejemplo de las utilidades a través de un impuesto excesivamente alto, ésta podría ser considerada como una medida expropiatoria.

Las cláusulas sobre expropiación definen condiciones que deben contemplarse para que una expropiación sea admisible. Entre estas condiciones están: la existencia de utilidad pública u orden público o interés social; la realización de la expropiación sobre bases no discriminatorias; el respeto al principio de legalidad y del debido proceso; y que la expropiación esté sujeta al pago de una indemnización.

**g. Compensación por pérdidas:** Implica el compromiso que eventualmente tendrían que asumir los países parte en relación a los daños sufridos por los inversionistas dentro de sus territorios, debido a conmociones internas, conflictos armados, estados de emergencia u otras situaciones similares. Se basa como en los demás casos, en el principio de no discriminación.

**h. Personal clave:** Este tipo de disposiciones pretende no menoscabar la capacidad del inversionista extranjero para tener el control y manejo de su propia inversión, por lo que se garantiza al inversionista la posibilidad de poder contratar libremente al personal de confianza que labore en su empresa, independientemente de su nacionalidad.

Por tanto, el inversionista tiene la libertad de contratar a quien le parezca conveniente sin que se le impongan cuotas de trabajadores nacionales y sin que se le obligue a cubrir todos los puestos con personal local.

**i. Transferencias:** Los Estados deben garantizar la transferencia libre y sin demora de los fondos relacionados con una inversión. Se discute la posibilidad de contemplar excepciones, por ejemplo en el caso de quiebra para asegurar derechos laborales o para el cumplimiento de sentencias; crisis de balanza de pagos, entre otros.

**j. Requisitos de desempeño:** Se prohíbe a los países parte establecer requisitos de desempeño relacionados con las inversiones dentro de su territorio, incluyendo las medidas cuyo cumplimiento sea necesario para que el inversionista obtenga una ventaja. De este modo, se prohibirían aquellas medidas que obliguen al inversionista que desee

exportar bienes, a que éstos cumplan con un determinado grado o porcentaje de materia prima o insumos nacionales. Debe tenerse en cuenta además, que los requisitos de desempeño se encuentran prohibidos por la OMC.

**k. Excepciones y reservas:** Por excepciones debe entenderse la posibilidad de aplicar medidas que aún cuando sean incompatibles con las disposiciones del Acuerdo del ALCA, son necesarias, por ejemplo, para proteger la vida o salud de las personas o la seguridad nacional.

Por reservas, debe entenderse las excepciones que cada país parte en el Acuerdo del ALCA toma o mantiene, en relación a las disposiciones y definiciones específicas del mismo, con el objeto de excluir determinadas medidas/sectores de la actividad económica, de las normas de liberalización comercial.

En este tema, se utilizará un enfoque de lista negativa, es decir, que los diferentes países parte van a intercambiar listas de excepciones y reservas, estableciendo aquellos aspectos, medidas o sectores, respecto de los cuales no estarían asumiendo compromisos.

**l. Solución de controversias:** Se evalúa la conveniencia de establecer disposiciones específicas de solución de controversias, dentro de uno de los capítulos del acuerdo de inversiones. Entre los aspectos más importantes de este tema figuran: la elección del foro; el derecho aplicable y la posible ejecución del laudo arbitral, entre otros.

## 7. Nuevos temas incorporados – no discutidos

Adicionalmente a los doce temas identificados como elementos básicos de la estructura del Capítulo sobre Inversiones del Acuerdo del ALCA, se han identificado seis temas nuevos que se han venido presentando en los dos últimos años:

**a. Relación con otros capítulos del Acuerdo del ALCA:** Uno de los temas aún no discutidos es cómo se va a manejar la relación entre el capítulo sobre inversiones y los otros capítulos del Acuerdo del ALCA. Por ejemplo, cuál sería la relación entre el capítulo de inversiones y el capítulo de servicios o el de propiedad intelectual o el de competencia.

Así, respecto de la relación entre el capítulo sobre inversiones y el capítulo sobre servicios, hay temas no resueltos como en cuál de ellos se ubicarían las disposiciones relativas a las inversiones en actividades prestadoras de servicios. La propuesta planteada por los Viceministros de Comercio ha sido que este tema esté incluido en ambos capítulos. Sin embargo, esto puede generar distorsiones en la medida que se estarían estableciendo disposiciones paralelas para actividades que podrían tener naturaleza similar. Debe tenerse en cuenta por ejemplo, que no existen

diferencias entre la inversión en telecomunicaciones y la inversión en confección de camisas, dado que si bien es cierto puede existir diferencia entre estas actividades, no existe diferencia en el acto de invertir.

- b. *Transparencia***, las reglas tienen que ser claras, publicadas y difundidas para seguridad del inversionista y la población.
- c. *Aplicación extraterritorial de las leyes en materia de inversión***, se prohíbe la aplicación de las normas nacionales de un país parte a las inversiones que se ejecuten en otro país. Las disposiciones nacionales sólo deben tener efectos dentro del territorio del país parte.
- d. *Formalidades especiales y requisitos de información***, para asegurar una debida protección al inversionista.
- e. *Compromiso de no hacer menos estrictas las leyes***

*nacionales de trabajo para atraer la inversión*, si bien no hay una posición consolidada respecto de la relación entre las normas laborales y las disposiciones de liberalización comercial, se espera que no haya un deliberado relajamiento de las normas laborales para atraer mayor inversión extranjera.

- f. *Compromiso de no hacer menos estrictas las leyes nacionales sobre medio ambiente para atraer inversión***, al igual que en el caso de las normas laborales, tampoco hay una posición consensuada respecto de la relación entre las normas de medio ambiente y las de liberalización comercial. Sin embargo, se espera controlar los impactos de la liberalización sobre los objetivos de la gestión ambiental y a la vez, asegurar que las normas ambientales se sigan consolidando y no se relajen para atraer mayor inversión extranjera.

### Recomendaciones para el Acuerdo ALCA

En función de la presentación y el debate generados durante el Taller “Las Inversiones y su tratamiento en las negociaciones del ALCA” realizado el día 15 de agosto del 2002, se han formulado los siguientes aportes, tomando como documento de referencia las versiones oficiales del borrador del Acuerdo ALCA del mes de julio del 2001 y de noviembre del 2002. Se espera que estas líneas contribuyan a ampliar el debate actual sobre el Capítulo de Inversiones del ALCA y sirvan de reflexión para todas aquellas personas que están vinculadas con el proceso de negociación de este acuerdo, a fin de madurar posiciones que nos conduzcan a un eficaz y sostenible tratamiento de la inversión, sin menoscabar las posibilidades de desarrollo de los países de la región.

#### **a) *Precisión de sectores excluidos:***

Es importante que el país defina qué sectores quedarían excluidos de la aplicación del Capítulo sobre Inversión, de conformidad con el numeral 3 del artículo 1 del proyecto<sup>6</sup>, a efectos de proteger bienes como el conocimiento tradicional de las comunidades indígenas, otros aspectos culturales de índole local, el dominio sobre las áreas naturales protegidas que integran el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas o la prestación de determinados servicios.

#### **b) *Oponibilidad de la legislación nacional, regional y local:***

La disposición del numeral 7 del artículo 1 en función de la cual no serían oponibles al inversionista las legislaciones nacionales, regionales o locales que establecieran “medidas incompatibles”, debe ser precisada puesto que no sólo afecta la soberanía nacional, sino además, la

autonomía de gobierno y en consecuencia la capacidad normativa de los 3 niveles de gobierno que reconoce la Constitución Política del Perú de 1993. Debe tenerse en cuenta que los 3 niveles de gobierno tienen competencias exclusivas sobre las cuales ninguna otra autoridad del Estado puede tener injerencia, con salvedad de los organismos constitucionales y administrativos de control. En todo caso, es el poder judicial quien podrá determinar la inaplicación de una norma legal, pero no el mismo inversionista. Este comentario vale también para el numeral 4 inciso a) del artículo 7 y el numeral 5, inciso a) del mismo artículo 7.

#### **c) *Excepción a los principios de Trato Nacional y Nación más Favorecida:***

Debería establecerse la posibilidad de plantear una excepción a estos principios, en función de las concesiones otorgadas a otros países en base a acuerdos internacionales relativos a la protección del medio ambiente. Un ejemplo de la aplicación de esta medida, sería no permitir el ingreso de residuos peligrosos o la instalación de infraestructuras que operen con residuos peligrosos provenientes de países que no han ratificado el Convenio de Basilea sobre el Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos, puesto que este Convenio establece las medidas de seguridad que deben adoptar las partes a fin de minimizar el riesgo del desplazamiento de residuos peligrosos y prohíbe a los países parte, recibir desechos de países que no lo hayan

<sup>6</sup> Las referencias a artículos han sido formuladas en base al texto del 1 de noviembre del año 2002.

ratificado. En caso que no se pudiera establecer una excepción general a estos principios, el país debería establecer reserva al respecto, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 4 y el artículo 12 referido a las reservas que pueden establecerse. La salvedad del cumplimiento de otros convenios internacionales también debería ser formulada respecto del numeral 7 del artículo 7.

**d) Requisitos de desempeño sobre medio ambiente:**

Numeral 2 del artículo 7: Debe reconocerse la posibilidad de que un país parte “exija que una inversión emplee una tecnología” o que prohíba o restrinja la utilización de insumos, materia prima, tecnología, prácticas o procesos industriales que afecten la salud y seguridad públicas y el medio ambiente. Caso contrario, la potestad del Estado para regular el desempeño ambiental de los inversionistas podría verse debilitada.

**e) Requisitos de desempeño. Incentivos:**

Numeral 3 del artículo 7: No debería limitarse la posibilidad del país para otorgar incentivos que conduzcan al desarrollo de las PYME o a fortalecer los medios de subsistencia de sectores económicamente “marginados” como las comunidades indígenas o locales, obviamente respetando el trato nacional y la cláusula de nación más favorecida.

**f) Inclusión de texto en corchete. Artículo 7, numeral 4:**

Debe incluirse en el texto del artículo, lo que aparece en el corchete [incluidas las de naturaleza ambiental], a efectos de no limitar la capacidad del Estado para definir políticas públicas para la protección ambiental.

**g) Preservación de la diversidad biológica:**

En la excepción prevista en el inciso c), numeral 4, del artículo 7 debería hacerse referencia expresa a la “preservación de los recursos naturales no

renovables y la diversidad biológica”. Debe tenerse en cuenta que gran parte de la riqueza natural del país está centrada en la variedad de especies de flora y fauna que alberga su territorio, y que han conducido a que el Perú esté ubicado entre los 10 países de mayor diversidad biológica del mundo. Es importante preservar los recursos naturales, pero también su diversidad.

**h) Patrimonio natural:**

Debería incluirse como una excepción general dentro del numeral 1 inciso j) del artículo 12, la protección de los tesoros nacionales que posean un valor natural.

**i) Obligaciones internacionales:**

Numeral 1 inciso k) del artículo 12: Debería resguardarse también el hacer efectivas las obligaciones internacionales incluyendo los tratados destinados a la protección del medio ambiente.

**j) Reservas por desarrollo nacional:**

Segundo numeral 1 incluido en la página 4.18: Las reservas también deberían poder sustentarse en objetivos de desarrollo regional o local, en consideración al carácter descentralizado de Estados como el Peruano.

**k) Solución de controversias:**

Debe preverse la participación de especialistas en medio ambiente, en los casos de solución de controversias relacionados con asuntos ambientales.

**l) Definiciones básicas:**

En relación a la inclusión de los derechos en el ámbito de la propiedad intelectual como “inversión”, incluyendo los derechos de obtentores de variedades vegetales, deben establecerse medidas que dejen a salvo la debida protección del conocimiento tradicional de las comunidades indígenas, de conformidad con normas internacionales como el Convenio sobre la Diversidad Biológica y las normas nacionales establecidas para este efecto.

La Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) es una asociación civil sin fines de lucro fundada en 1986, que trabaja en las áreas de Derecho y Política Ambiental.

La SPDA se organiza en cuatro programas: Asuntos Internacionales y Biodiversidad; Producción Limpia y Calidad Ambiental; Conservación; y Defensa del Interés Ciudadano.

Realiza trabajos de asistencia técnico/legal y consultoría, ejecuta proyectos específicos y promueve y difunde el Derecho Ambiental a través de su centro de información y actividades de capacitación.

SPDA - Serie de Política y Derecho Ambiental

**Director Ejecutivo:** Manuel Pulgar-Vidal. **Programa de Producción Limpia y Calidad Ambiental:** Ada Alegre, Isabel Calle  
La Serie de Política y Derecho Ambiental de la SPDA publica artículos, investigaciones y documentos de interés para la enseñanza, difusión y reflexión académica y política.

SPDA agradece el apoyo de la Fundación Avina  
ProL. Arenales 437, Lima 27, Perú. Telf.: +51-1-441-9171 +51-1-422-2720 Fax: +51-1-442-4365; e-mail:postmast@spda.org.pe  
© 2003 Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.