

Recursos fitogenéticos bajo la administración y control de las Partes Contratantes y en el dominio público

¿Cuán rica es la canasta del sistema multilateral del Tratado Internacional?¹

Carlos M. Correa²

El concepto de 'dominio público', tal como se usa en el Tratado, debe ser entendido en el contexto del derecho de la propiedad intelectual, el cual incluye materias cuya protección por tales derechos ha terminado y materias que nunca han estado ni estarán protegidas, sea por no haber satisfecho las formalidades respectivas o por no cumplir con los requisitos sustantivos para obtener protección. El análisis efectuado permite concluir que la obligación prevista en el Artículo 11.2 del Tratado abarca todos los materiales de propiedad, en posesión, bajo tenencia u otra forma de control o gestión de las Partes Contratantes, excluyendo únicamente los que estén en fase de mejoramiento o sometidos a derechos de propiedad intelectual. Todos esos recursos forman parte del sistema multilateral, sin necesidad de declaración o afectación alguna.



Foto: M. Hermann/Bioversity.

¹ Este texto expresa la opinión de su autor y no refleja, necesariamente, el punto de vista de Bioversity International.

² Centro de Estudios Interdisciplinarios de Derecho Industrial y Económico (CEIDIE), Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: ceidie@derecho.uba.ar

Resumen

El sistema multilateral del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura abarca principalmente los recursos fitogenéticos de los cultivos listados en el Anexo I que están 'bajo la administración y el control de las Partes Contratantes y son del dominio público'. Este artículo explora las posibles interpretaciones de esta disposición, particularmente en relación con el concepto de 'dominio público'. Se concluye que este debe ser entendido en el sentido que se le atribuye en el derecho de la propiedad intelectual, y que todos los recursos que encuadran en esa disposición integran automáticamente el sistema multilateral.

Palabras claves: Recursos genéticos; acuerdos internacionales; propiedad intelectual; conservación de los recursos; seguridad alimentaria; legislación.

Summary

Plant genetic resources under the management and control of the Contracting Parties, and in the public domain: How rich is the Treaty's multilateral system? As part of the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, the multilateral system comprises the plant resources of crop species listed in Annex I which are "under the management and control of Contracting Parties, and belong to the public domain". This paper analyzes possible interpretations of this provision, especially in relation to the concept of 'public domain'. It concludes that the provision has to be understood as specified by intellectual property legislation; additionally, all the resources that comply with this provision, are automatically part of the multilateral system.

Keywords: Genetic resources; international agreements; intellectual property; conservation; food security; legislation.

Introducción

Tras siete años de negociaciones, el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (el Tratado) fue adoptado en el ámbito de la FAO. El Tratado tiene como objetivos centrales, tal como se establece en el Artículo 1, la conservación y utilización sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y la distribución justa y equitativa de los beneficios que se deriven de su uso. El Tratado se aplica al acceso, conservación y uso (para fitomejoramiento, investigación y enseñanza) de *todos* los recursos fitogenéticos

para la alimentación y la agricultura; no obstante, se ha establecido un régimen especial de fácil acceso a un grupo de cultivos importantes para la seguridad alimentaria, especificados en el Anexo I del Tratado. Dicho régimen, denominado sistema multilateral, considera los materiales del Anexo I como parte de un fondo común al que pueden recurrir las Partes Contratantes y entidades que se domicilian en ellas, sin pago³ ni otra condición de acceso que la suscripción de un acuerdo normalizado de transferencia de material (ANTM) (Art. 12.4 del Tratado).

El sistema multilateral representa un paso importante en la realización del concepto de 'bienes públi-

cos globales' (Kaul et ál. 2003). El Tratado procura asegurar que los recursos pertenecientes al sistema multilateral permanezcan de libre accesibilidad y restringe, en particular, la posibilidad de que se obtengan derechos de propiedad intelectual sobre materiales recibidos del sistema multilateral que impidan su uso para fitomejoramiento, investigación y enseñanza⁴. Un aspecto clave para establecer el alcance del sistema multilateral es determinar qué materiales las Partes Contratantes están obligadas a incluir en el sistema. Esta nota explora este tema⁵, limitándose al análisis de la obligación contenida en el Artículo 11.2 aplicable a las Partes Contratantes.

³ El Artículo 12.3(b) establece que: 'el acceso se concederá de manera rápida, sin necesidad de averiguar el origen de cada una de las muestras, y gratuitamente, y cuando se cobre una tarifa, ésta no deberá superar los costos mínimos correspondientes.'

⁴ El Artículo 12.3(d) dispone que "los receptores no reclamarán ningún derecho de propiedad intelectual o de otra índole que limite el acceso facilitado a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, o sus partes o componentes genéticos, en la forma recibida del sistema multilateral."

⁵ Se ha utilizado el método interpretativo previsto en los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; esto es, la interpretación literal según el objeto y propósito del Tratado.

Los recursos en el sistema multilateral

El sistema multilateral se integra, de acuerdo con el Artículo 11 del Tratado, con recursos de cinco fuentes:

- a) Todos los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura enumerados en el Anexo I que están bajo la administración y control de las Partes Contratantes y son del dominio público.
- b) Los recursos aportados, a invitación de las Partes Contratantes, por todos los demás poseedores de recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura enumerados en el Anexo I.
- c) Los recursos incluidos en el sistema multilateral voluntariamente por las personas físicas y jurídicas, dentro de la jurisdicción de las Partes Contratantes, que poseen recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura enumerados en el Anexo I.
- d) Los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura enumerados en el Anexo I y mantenidos en las colecciones *ex situ* de los centros internacionales de investigación agrícola (en adelante los Centros) del Grupo Consultivo para la Investigación Agrícola Internacional (CGIAR), según se estipula en el Artículo 15.1(a).
- e) Los recursos de otras instituciones internacionales, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 15.5.

Si bien la primera y tercera fuentes están relativamente bien definidas, la segunda crea una categoría imprecisa ('todos los demás poseedores') que, por simple exclusión, abarca a todos los que posean recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura no comprendidos en las restantes categorías. Esto es, recursos en poder de no-Partes Contratantes y personas físicas y jurídicas que no están bajo la jurisdicción de una Parte Contratante. Estos poseedores podrían aportar los recursos a invitación de las Partes Contratantes⁶, pero no queda claro si también podrían hacerlo por iniciativa propia; sería, empero, poco racional excluir esta posibilidad, dados los objetivos del Tratado y del sistema multilateral.

En cuanto a la tercera fuente de materiales, si bien las Partes Contratantes acuerdan (Art. 11, párrafo 3) 'tomar las medidas apropiadas para alentar' a las personas indicadas a aportar recursos al sistema multilateral - dejando en claro que su inclusión en el sistema multilateral no es automática ni obligatoria - el Art. 11.4 prevé la posibilidad de adoptar medidas en caso de que ello no ocurriera. Dicho artículo dispone:

En un plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del Tratado, el órgano rector evaluará los progresos realizados en la inclusión en el sistema multilateral de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura a que se hace

referencia en el Artículo 11.3. A raíz de esa evaluación, el órgano rector decidirá si deberá seguir facilitándose el acceso a las personas físicas y jurídicas a que se hace referencia en el Artículo 11.3 que no han incluido dichos recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura en el sistema multilateral, o tomar otras medidas que considere oportunas.

El aporte de los recursos de la cuarta fuente - los Centros - al sistema multilateral depende del establecimiento de acuerdos con los mismos que, de hecho, fueron suscritos el 16 de octubre 2006, tras la aprobación del texto de dichos acuerdos en la primera reunión del Órgano Rector del Tratado.

Finalmente, la incorporación de los recursos en posesión de otras instituciones internacionales dependerá de la suscripción de acuerdos con el Órgano Rector. Es una función de este Órgano el procurar tales acuerdos a fin de expandir los recursos disponibles en el fondo común. Al 26 de noviembre de 2007 se han firmado acuerdos con el Centro Agronómico Tropical de Investigación y Enseñanza (CATIE)⁷, dos de los bancos internacionales de germoplasma de coco (*Cocos nucifera*) de la red de trabajo COGENT (*Coconut Genetic Resources Network*)⁸ y el Depósito de germoplasma mutante que mantiene la División Mixta FAO/Agencia Internacional de Energía Atómica en Viena⁹. Están en pro-

⁶ Dado el uso del plural, debería entenderse que la invitación debe ser realizada por consenso de las Partes Contratantes (ver Artículo 19.2 del Tratado, relativo a la toma de decisiones por el Órgano Rector).

⁷ Acuerdo CATIE/FAO en nombre del Órgano Rector del Tratado, firmado en Roma el 16 de octubre 2006.

⁸ Acuerdo entre el Gobierno de Costa de Marfil, como sede del banco internacional de germoplasma de coco para África y el Océano Índico y el International Plant Genetic Resources Institute, actuando en nombre del Coconut Genetic Resources Network y la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, actuando en nombre del Órgano Rector del Tratado. Firmado el 5 de febrero de 2007.

Acuerdo entre el Gobierno de Papua Nueva Guinea, como sede del banco internacional de germoplasma de coco para el Pacífico Sur y el International Plant Genetic Resources Institute, actuando en nombre del Coconut Genetic Resources Network y la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, actuando en nombre del Órgano Rector del Tratado internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura. Firmado el 9 de mayo de 2007.

⁹ Acuerdo entre la División Mixta de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación y la Agencia Internacional de Energía Atómica, actuando en nombre de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación y la Agencia Internacional de Energía Atómica, y la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación actuando en nombre del Órgano Rector del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura. Firmado el 18 de Julio de 2007

ceso de finalización los acuerdos con los otros tres bancos internacionales de germoplasma de coco de COGENT¹⁰. El Centro de Cultivos y Árboles del Pacífico ha manifestado también su deseo de poner sus materiales genéticos bajo los auspicios del Tratado.

Los recursos de las Partes Contratantes incluidos en el sistema multilateral

El Tratado considera que los recursos fitogenéticos pertenecen al sistema multilateral, como resultado de la simple aceptación del Tratado, cuando tales recursos ‘están bajo la administración y el control de las Partes Contratantes y son del dominio público’. Varios aspectos de esta norma deben ser examinados.

Recursos y materiales

El Artículo 11 del Tratado alude en sus diversos párrafos a ‘recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura’. Estos son definidos, en el Artículo 2, como ‘cualquier material genético’. Es clara, por tanto, la intención del Tratado de establecer obligaciones respecto de los *materiales* como tales, sin desconocer que el aspecto intangible (la información genética) es la que da a esos materiales su valor como ‘recurso’. La referencia en el Artículo 11 a la *posesión* de tales recursos confirma esta conclusión, pues sólo pueden poseerse cosas físicas y títulos representativos de derechos (como acciones societarias o créditos).

Consentimiento anticipado

El Artículo 11.2 constituye la expresión anticipada y formal de las Partes Contratantes de incluir en el sistema multilateral los recursos definidos por dicho artículo. No es necesario, en consecuencia, acto alguno de con-

sentimiento ulterior o declaración de ninguna especie. Los recursos que encuadran en la noción –discutida más abajo– contenida en ese artículo forman parte del sistema multilateral de manera automática e incondicional; es decir, sin que pueda una Parte Contratante imponer condiciones, para su inclusión en el sistema, distintas a las previstas en el Tratado.

Cultivos abarcados

Para disipar cualquier duda, el Artículo 11.2 se refiere a ‘todos’ los recursos allí definidos, sin excepción ni reserva alguna¹¹. En consecuencia, una Parte Contratante no podría manifestar, por ejemplo, que excluye unilateralmente del sistema los materiales de ciertos cultivos listados en el Anexo I del Tratado. La lista de cultivos es compacta; un Estado puede optar por ratificar o no el Tratado, pero no sujetarse sólo a una aplicación parcial de la lista de cultivos del referido Anexo.

Materiales *ex situ* e *in situ*

El Artículo 11.2 no distingue entre materiales mantenidos en condiciones *ex situ* e *in situ*. No hay lugar, por tanto, para interpretar que la obligación asumida se circunscribe a una u otra categoría. En particular, el Artículo 12.3(h) del Tratado deja en claro que los recursos *in situ* forman parte del sistema multilateral, pero con una importante diferencia respecto de los conservados *ex situ*: el acceso a aquéllos puede sujetarse a la legislación nacional o, en ausencia de ella, a las normas establecidas por el Órgano Rector. Sin embargo, la legislación nacional no debería imponer barreras adicionales al acceso de materiales *in situ* del Anexo I que están bajo la administración y el control de las Partes Contratantes y en el dominio público¹².

Recursos en fase de mejoramiento

La única excepción, temporalmente limitada, a la obligación impuesta por el Artículo 11.2, es la que el Tratado prevé respecto de los recursos ‘en fase de mejoramiento, incluido el material que estén mejorando los agricultores’, cuyo acceso ‘se concederá durante el periodo de mejoramiento a discreción de quien lo haya obtenido’ (Art. 12.3 (e)). La expresión ‘a discreción’ sugiere que los recursos ‘en fase de mejoramiento’ bien pudieran no hacerse accesibles en las condiciones establecidas en el sistema multilateral. En rigor, sin embargo, esos recursos – en tanto estén comprendidos en el Anexo I – pertenecen igualmente al sistema multilateral. El ANTM aprobado por el Órgano Rector en su primera reunión, confirma esta interpretación. Dicho acuerdo autoriza la imposición de condiciones adicionales a la transferencia del material mejorado¹³, el que sigue perteneciendo al sistema multilateral.

Administración, control y dominio público

Elucidada la cobertura del Artículo 11.2, queda pendiente una tarea central: dar sentido a la definición de los recursos que ‘están bajo la administración y el control de las Partes Contratantes y son del dominio público’. Una primera constatación es que los tres elementos de esta definición (administración, control, dominio público) deben darse *acumulativamente* para considerar que cierto material (de un cultivo comprendido en el Anexo I) forma parte, automáticamente, del sistema multilateral.

‘Administración’ es la forma en que el Estado y otras entidades se organizan para ordenar su propia

¹⁰ El banco para el sudeste asiático en Indonesia, el banco para Asia del Sur en India y el banco para Latinoamérica y el Caribe en Brasil.

¹¹ El artículo 30 del Tratado es categórico: “No se podrán formular reservas al presente Tratado”.

¹² Siguiendo procedimientos establecidos en la legislación nacional, dichos materiales pueden suministrarse bajo las condiciones del ATM aprobado por el Órgano Rector.

¹³ En particular, la cláusula 6.6 del ANTM autoriza a imponer el pago de una compensación monetaria.



Foto: P. Batugal/Bioversity.

Los derechos de propiedad de los recursos fitogenéticos deben distinguir entre los derechos de una entidad física como tal (propiedad física) y sobre la información genética que contienen dichos recursos (propiedad intangible)

conducta (mediante los procesos administrativos) y, en su caso, de los administrados. El texto original del Tratado –negociado en inglés– se refiere a ‘management’¹⁴ concepto ligado al de ‘administration’. ‘Bajo la administración’¹⁵ parecería significar que la Parte Contratante tiene capacidad de ejercer directamente, o a través de terceros bajo su dependencia o supervisión, actos de conservación y utilización de los recursos. De este modo, la expresión ‘bajo la administración’, nada dice acerca del estatus legal de los recursos, sino que se refiere a su manejo material. Una Parte Contratante puede ciertamente ‘administrar’ recursos propios y de terceros, en el sentido indicado.

Considerando, por tanto, el primer elemento de la definición del Artículo 11.2 puede concluirse que no forman parte del sistema multilateral aquellos recursos que la Parte Contratante no maneja materialmente (o ‘gerencia’) de manera directa o bajo sus instrucciones, independientemente del título que se pueda atribuir a los recursos ‘administrados’. Además de la ‘administración’, la norma comentada requiere que los recursos estén bajo el ‘control’ de la Parte Contratante. El sentido ordinario de ‘control’¹⁶ en este contexto puede entenderse como ‘dominio, mando, preponderancia’¹⁷. Aunque podría caerse en la tentación de interpretar que ‘control’ sólo refuerza el concepto de ‘administración’,

esto es, posibilidad de manejar (materialmente) los recursos, el uso de dos términos diferentes sugiere que se han querido incorporar dos conceptos diferentes.

Debe notarse que el Artículo 11 no se refiere en ningún momento a la ‘propiedad’ de los recursos genéticos. Los párrafos 2 y 3 del Artículo 11 se refieren a ‘poseedores’ y ‘que poseen’, respectivamente. Más aún, en relación con los recursos en poder de los centros del CGIAR, se utiliza la fórmula más neutra ‘mantenidos’. Sin embargo, los términos utilizados no descartan completamente la posibilidad de que se reclamen derechos de propiedad sobre los recursos en posesión de una Parte Contratante. La ‘posesión’ es un concepto legal

¹⁴ Management” significa “administration of business concerns or public undertakings; persons engaged in this”, The Concise Oxford Dictionary, p. 614.

¹⁵ Administration” is “management (of business); management of public affairs, government.” The Concise Oxford Dictionary, p.12

¹⁶ Cabe recordar que la Convención de Viena requiere una interpretación basada en el ‘sentido ordinario’ de los términos empleados en el Tratado, en su contexto.

¹⁷ Ver <http://buscon.rae.es/draef/>

de raíz románica (Laquis 1975) aplicable tanto a bienes muebles como inmuebles. Su utilización en el Artículo 11 señala la facultad de una persona de tener una cosa bajo su poder. En la tradición jurídica que siguió la doctrina de Savigny (Laquis 1975), la posesión requiere un *'corpus'* (poder sobre la cosa) y un *'animus'* (la intención de someterla a un derecho de propiedad). Más aún, la legítima posesión de una cosa mueble genera una presunción de propiedad sobre la cosa.

Cuando se aborda la cuestión de los derechos de propiedad en relación con los recursos fitogenéticos, empero, hay que establecer una distinción entre los derechos sobre una entidad física como tal (propiedad física) y sobre la información genética que contienen dichos recursos (propiedad intangible). Es en esta última donde radica el valor real de los recursos y donde los problemas jurídicos son particularmente complejos. Con respecto a la propiedad física, los recursos fitogenéticos pueden ser objeto de derechos de propiedad privada o pública. La propiedad puede derivarse de la propiedad de la tierra en la que están las plantas, como consecuencia de la aplicación del principio del derecho consuetudinario, de conformidad con el cual todo lo que está adherido o que está destinado a estar adherido a la tierra pertenece al propietario de ésta. Una vez separadas de la tierra, las plantas (o sus partes) se convierten en objeto de propiedad como bienes muebles, incluso cuando se transportan fuera de la tierra original o a un país distinto (Correa 1994). Los recursos fitogenéticos (en su aspecto físico) también son susceptibles de un derecho de propiedad pública, como se examina más abajo.

En cualquier caso, a fin de interpretar el significado de 'control' en el Artículo 11.2, parece suficiente recurrir al sentido ordinario del término, el que no requiere ni 'posesión' ni 'propiedad' sino la capacidad de ejercer actos materiales sobre los recursos, facultad que generalmente se asocia con aquellos conceptos, pero que puede surgir también de la mera tenencia de los recursos, sin *'animus domini'*¹⁸. En otras palabras, el uso del término 'control' sugiere que las Partes Contratantes se han obligado a considerar como parte del sistema multilateral, aquellos recursos respecto de los que no se atribuyen una propiedad o ejercen posesión, en el sentido legal de este último término, siendo suficiente que estén bajo su tenencia. A continuación se examina si esta conclusión es atenuada o modificada por el tercer elemento de la definición: el "dominio público".

Dominio público

El Tratado fue negociado y adoptado 'en armonía' con el Convenio sobre la Diversidad Biológica (Art. 1.1) y reconoce expresamente (Art. 10.1) los derechos soberanos de los Estados respecto de 'sus propios' recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura. La existencia de derechos soberanos sobre un territorio nacional, con inclusión de sus recursos naturales, es un principio firmemente reconocido en el derecho internacional. Este principio significa que un Estado tiene la facultad y la jurisdicción para establecer de qué manera se distribuyen y utilizan esos recursos y, en último término, si son objeto de derechos de propiedad (privada o pública) y en qué condiciones.

En consecuencia, el reconocimiento de los derechos soberanos de las Partes Contratantes sobre

sus recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, no implica el reconocimiento de un derecho de propiedad sobre tales recursos, ni de su posesión legítima. Sólo expresa la deferencia a favor de las decisiones que la Parte adopte, incluso sobre el acceso a esos recursos, como lo prevé el Artículo 10.1. En este contexto, hay dos posibles acepciones del concepto de 'dominio público'.

La primera acepción es la que surge del *derecho administrativo*. En este marco, el concepto (equivalente al de 'propiedad pública') describe el conjunto de bienes que pertenecen a una persona pública y son afectados al uso del público (por ejemplo, un curso de agua navegable en su conjunto¹⁹) o un servicio público (Choisy 2002). La propiedad pública se puede declarar y ejercer con respecto a bienes cuantificados e individualizados, o bien en relación con una cantidad indeterminada de recursos pertenecientes a una categoría definida. Este es el caso de la propiedad pública establecida, por ejemplo, sobre el agua de los ríos o sobre las reservas de hidrocarburos existentes en el territorio del Estado, en algunos países. También se ha declarado de propiedad pública toda la materia viva bajo la jurisdicción marítima nacional y su explotación es objeto de concesiones del Estado (Laquis 1979). La propiedad pública de un bien debe ser establecida por ley, a efectos de delimitar el alcance de su afectación²⁰. En algunas legislaciones nacionales de acceso a recursos genéticos inspiradas por el Convenio sobre la Diversidad Biológica, se hace referencia específica a los derechos que los Estados ejercen sobre los recursos genéticos. En la Decisión 391 de la Comunidad Andina, por ejemplo, se afirma que

¹⁸ Existe tenencia cuando se tiene materialmente la cosa pero se reconoce la propiedad en un tercero.

¹⁹ Aunque volúmenes específicos del agua puedan ser apropiados privadamente,

²⁰ Ello supone que la salida de un bien del dominio público, cuando ello es posible, debe efectuarse mediante un acto de desafectación. Hay bienes que, por su naturaleza, deben permanecer en el dominio público (a veces llamado 'dominio público natural').

los recursos genéticos son ‘patrimonio’ de la Nación o el Estado, pero se deja a salvo que los recursos biológicos que los contienen (es decir, los ‘materiales’) pueden estar sometidos a diferentes regímenes de propiedad (Art. 5 y 6).

Una segunda acepción de ‘dominio público’ surge del derecho de propiedad intelectual. Este concepto ha sido definido por algunos autores como la información que no está sujeta a derechos de propiedad intelectual; es decir, información que se puede utilizar libremente sin efectuar pagos a terceros ni obtener su autorización (Van Caenegem 2002)²¹. La información de dominio público es aquella:

- (i) cuyos derechos de protección intelectual han vencido
- (ii) apta para obtener protección, pero que la ha perdido por no cumplir con ciertos requerimientos formales en materia de propiedad intelectual
- (iii) que se encuentra fuera de la esfera de la legislación en materia de propiedad intelectual por no ser apta de acuerdo con la ley.

Se ha observado que “la información no está en el dominio público por su naturaleza de bien público o incluso por su origen gubernamental, sino como resultado de una red de acuerdos sociales formales e informales, explícitos o implícitos, aunque arraigados en el derecho consuetudinario y en la cultura de una sociedad” (Forero-Pineda 2004). Por lo tanto, la amplitud del espectro del dominio público puede ser mayor o menor, y depende de las modalidades y grado de apropiación que determina la legislación de los Estados.

Hay quienes entienden que en el concepto de ‘dominio público’, en el ámbito de la propiedad intelectual entendido en sentido estricto, sólo cabe aquello que anteriormente tuvo protección (es decir, que ha ‘caído’ en el dominio público)²² o pudo tenerla (pero que por algún motivo no se adquirió), con exclusión de toda materia que nunca tuvo ni pudo tener protección (por ejemplo, información meramente fáctica, obras no originales, técnicas no patentables). Para esta categoría reservan la denominación de ‘fondo común’ (Choisy 2002).

Si bien esta última distinción es atendible tal vez en el ámbito específico del derecho de autor, el método interpretativo de la Convención de Viena se atiene al sentido ordinario de los términos utilizados en un tratado²³. ‘Dominio público’ es corrientemente utilizado en la actualidad para aludir a toda obra y conocimiento, incluyendo datos fácticos (McSherry 2001) y científicos (Reichman y Uhler 1999) que *no* están sujetos a derechos de propiedad intelectual, incluyendo los que no lo estuvieron en el pasado ni podrían haberlo estado por escapar a los criterios de protección de esa propiedad. Una definición generalmente aceptada de ‘dominio público’ es, en este sentido, la de ‘una colección de cosas disponibles para toda la gente para acceder y consumir libremente’ (Kaul et ál. 2003).

Hay algunos elementos comunes e importantes diferencias entre las dos acepciones descritas –la del derecho administrativo y del derecho de propiedad intelectual – del concepto de ‘dominio público’. La afectación pública es un elemento

común en ambos conceptos, independientemente de la modalidad de afectación. La diferencia principal es que el Estado *no es propietario* de las obras ni de la información de dominio público en el marco del derecho de propiedad intelectual (Choisy 2002)²⁴. En el contexto de la propiedad intelectual, el concepto de ‘dominio público’ se aproxima (sin ser idéntico) al de ‘*res comunes*’; es decir, el de una cosa para la que no existe propiedad y es de uso común²⁵.

Por otra parte, la propiedad o ‘dominio’ público de raíz administrativa es susceptible de límites establecidos por el propio Estado; por ejemplo, mediante la autorización de una ocupación privativa de bienes para una concesión de servicios públicos. En cambio, el dominio público en el ámbito del derecho de propiedad intelectual es, en principio, absoluto y obligatorio (Choisy 2002); esto es, no puede ser objeto de apropiación privada a menos que una nueva legislación expanda los límites de lo que es apropiable (como lo hizo la Directiva Europea 96/9/CE sobre la protección de bases de datos no originales). También es posible que información que está en el dominio público vea restaurada su protección; por ejemplo, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, de la Organización Mundial del Comercio, Artículo 70.2²⁶.

La cuestión interpretativa clave es en cuál de los dos sentidos indicados utiliza el Artículo 11.2 la expresión ‘dominio público’. Varias razones parecen inclinar la balanza en el sentido de una significación ligada a

²¹ En algunos países, como excepción, la reproducción de obras artísticas que están en el dominio público está sujeta a un pago al Estado (*‘dominio público oneroso’*).

²² El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio sólo utiliza en una ocasión la expresión ‘dominio público’, en el sentido de materia protegible que ha dejado de ser protegida (Art. 70.3).

²³ “Public domain” significa, según el Concise Oxford Dictionary, “belonging to the community, as a whole, esp. no longer copyright” (p. 832)

²⁴ Incluso en el caso del ‘dominio público oneroso’ donde se trata de un impuesto antes que del ejercicio de un derecho de propiedad.

²⁵ Las *res comunes* son por su naturaleza, inapropiables en su totalidad, como el aire y el agua, pero pueden ser susceptibles de apropiaciones parciales.

²⁶ Por ejemplo, los Estados Unidos dispuso en 1994, mediante la Uruguay Round Agreement Act, la restauración de derechos de autor para obras extranjeras, como películas y obras musicales, que no habían sido protegidas en ese país.

la (ausencia de) protección por propiedad intelectual:

1. Si la intención de los redactores del Tratado hubiera sido referirse a ‘dominio público’ en el sentido de ‘propiedad pública’ podrían haber empleado esta última expresión y evitar así cualquier ambigüedad y duda sobre el concepto elegido.
2. Conforme al principio interpretativo del ‘efecto útil’, debe buscarse la interpretación que dé sentido pleno a todos los términos del Tratado. Si la intención de las partes negociadoras hubiera sido aludir al concepto de ‘dominio público’ derivado del derecho administrativo, parecería superfluo haber hecho referencia, acumulativamente, a ‘administración’ y ‘control’ pues estas son normalmente facultades derivadas de ese dominio.
3. Como se ha visto, el Tratado reconoce ‘los derechos soberanos de los Estados’ sobre los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura (Art. 10.1). Parecería un salto conceptual muy arriesgado el suponer que, a renglón seguido, las mismas partes postularan la limitación de un aspecto central del Tratado, como es el del sistema multilateral, exclusiva-

mente a los recursos sujetos a una propiedad pública.

4. Es improbable que las partes negociadoras hubieran dejado a la total discreción de las Partes la determinación, conforme a sus derechos soberanos, de qué materiales están o no en la canasta del sistema multilateral. Probablemente hubieran establecido criterios de afectación y desafectación. En rigor, interpretar que ‘dominio público’ es equivalente a ‘propiedad pública’ puede significar un vaciamiento del sistema multilateral pues cada Parte Contratante podría, sin sujeción a norma internacional alguna, decidir qué recursos coloca en la canasta y cuáles se reserva para sí. Este no ha sido el espíritu del Tratado, ni surge de la letra del Artículo 11.2 (‘...*todos los recursos...*’).
5. Como lo evidencia el Artículo 12.3(d), las partes negociadoras fueron ampliamente conscientes de las implicaciones de la propiedad intelectual para el acceso a recursos del sistema multilateral. Es razonable pensar que, al recurrir al concepto de ‘dominio público’, han buscado dejar en claro que el acceso a los materiales incluidos en el sistema no debía ser obstaculizado por tales derechos.

Conclusión

El concepto de ‘dominio público’, tal como se usa en el Tratado, debe ser entendido en el contexto del derecho de la propiedad intelectual, el cual incluye (1) materias cuya protección por tales derechos ha terminado (cualquiera sea la razón de ello) y (2) materias que nunca han estado ni estarán protegidas, sea por no haber satisfecho las formalidades respectivas o por no cumplir con los requisitos sustantivos para obtener protección.

Hay aspectos que cabe aun explorar con mayor detenimiento, como las variedades de plantas protegidas por derechos de obtentor que no están en el ‘dominio público’ pero son accesibles para nuevos desarrollos. No obstante, el análisis efectuado permite concluir que la obligación prevista en el Artículo 11.2 del Tratado abarca todos los materiales de propiedad, en posesión, bajo la tenencia u otra forma de control o gestión de las Partes Contratantes, excluyendo únicamente los que estén en fase de mejoramiento o sometidos a derechos de propiedad intelectual. Todos esos recursos forman parte del sistema multilateral, sin necesidad de declaración o afectación alguna. 

Literatura citada

- Choisy, S. 2002. *Le domain public en droit d'auteur*. París, FR, Litec. p. 2 y 24.
- Correa, C. 1994. *Derechos soberanos y de propiedad intelectual sobre los recursos fitogenéticos*. Roma, IT, FAO. Estudio Informativo No. 2.
- Forero-Pineda, C. 2004. *Scientific research, information flows, and the impact of database protection on developing countries*. In Esanu, JM; Uhler, PF. (eds.). *Open access and the public domain in digital data and information for science; Proceedings of an international symposium*. Washington, D.C., The National Academies Press. 40 p. Disponible en www.nap.edu
- Kaul, I; Conceicao, P; Le Goulven, K; Mendoza, R. 2003. *Why do public goods matter today?* In Kaul, I; Conceicao, P; Le Goulven, K; Mendoza, R. (eds.). *Providing global public goods: Managing globalization*. New York, Oxford University Press. p. 8.
- Laquis, M. 1975. *Derechos Reales*. Buenos Aires, AR, Depalma. Tomo I: 139, 246.
- _____. 1979. *Derechos Reales*. Buenos Aires, AR, Depalma. Tomo II: 476.
- McSherry, C. 2001. *Who owns academic work? Battling over the control of intellectual property*. Cambridge, Harvard University Press. p. 191.
- Reichman, J; Uhler, P. 1999. *Database protection at the crossroad: Recent developments and their impact on science and technology*. Disponible en http://library.findlaw.com/1998/Dec/2/131341.html#Scene_1
- Van Caenegem, W. 2002. *The Public Domain: Scientia Nullius*. *European Intellectual Property Review* 24(6):324.