



Revista de Ciencias Ambientales (Trop J Environ Sci). EISSN: 2215-3896.

Junio, 2001. Vol 21(1): 70-77.

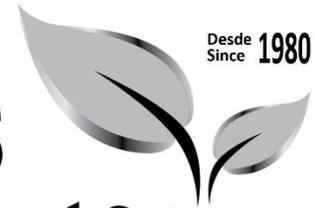
DOI: <http://dx.doi.org/10.15359/rca.21-1.10>

URL: www.revistas.una.ac.cr/ambientales

EMAIL: revista.ambientales@una.cr

Jorge Cabrera

Revista de CIENCIAS AMBIENTALES Tropical Journal of Environmental Sciences



Propiedad intelectual, acceso a recursos genéticos y protección del conocimiento tradicional en la Ley de Biodiversidad

Intellectual property, access to genetic resources and protection of traditional knowledge in the Biodiversity Law

Jorge Cabrera



Los artículos publicados se distribuyen bajo una Creative Commons Reconocimiento al autor-No comercial-Compartir igual 4.0 Internacional (CC BY NC SA 4.0 Internacional) basada en una obra en <http://www.revistas.una.ac.cr/ambientales>, lo que implica la posibilidad de que los lectores puedan de forma gratuita descargar, almacenar, copiar y distribuir la versión final aprobada y publicada (*post print*) del artículo, siempre y cuando se realice sin fines comerciales y se mencione la fuente y autoría de la obra.

Propiedad intelectual, acceso a recursos genéticos y protección del conocimiento tradicional en la Ley de Biodiversidad

Por Jorge Cabrera

Se analiza las principales disposiciones de la Ley de Biodiversidad de Costa Rica relacionadas con el acceso a los recursos genéticos y bioquímicos, la protección del conocimiento tradicional asociado a los mismos y los derechos de propiedad intelectual. Después de una breve revisión de los antecedentes y el proceso que condujo a la redacción de esa ley, se examina las principales normas relacionadas con los mencionados tópicos. Luego se hace una serie de consideraciones críticas sobre la forma como dicha ley regula el acceso, la tutela del conocimiento tradicional y el papel de los derechos de propiedad intelectual, destacando las fortalezas, ambigüedades e inquietudes que surgen de la lectura de los mismos, a la luz del derecho y experiencias comparadas. Se concluye que lo más valioso de dicho marco legal radica en enfrentar de una vez por todas, pese a sus posibles defectos, el tratamiento de esos tres tópicos en un solo cuerpo normativo.

70

CIENCIAS AMBIENTALES, N° 21, junio del 2001



This article wants to study the main provisions of the Biodiversity Law of Costa Rica related to access to genetic and biochemical resources, protection of indigenous knowledge and intellectual property rights. After a brief explanation of the history and the process prior the drafting of the Law, the main norms regarding the issues just mentioned are explored. Some critical considerations on the way in which the act regulates access, indigenous knowledge and intellectual property rights are presented, high lightened the strengths, vacuums and problems that raise from the reading of the Law in the light of the international and comparative law. The article concludes with the statement that the more valuable lesson learned is the attempt to confront, despite of its imperfections, with the three topics mentioned in just one piece of legislation.

Antecedentes y principales disposiciones de la Ley de Biodiversidad

En 1996 se presentó a la Asamblea Legislativa un proyecto de Ley de Biodiversidad que obtuvo una reacción negativa de diferentes sectores de la sociedad por considerarlo especialmente restrictivo y contrario a la realidad nacional y a la investigación científica; múltiples observaciones en este sentido se hicieron llegar al parlamento, incluyendo una propuesta completa de legislación preparada por la Comisión Asesora en Biodiversidad, la cual formalmente no estuvo nunca en curso legislativo (Cabrera 1999). En enero de 1997 se presentó una segunda versión de proyecto de ley que, pese a considerar algunas de las principales objeciones realizadas a la primera versión, repitió varios de los conceptos y disposiciones de su predecesor y, por tanto, encontró

El autor es abogado del Instituto Nacional de Biodiversidad, profesor de la Universidad de Costa Rica y Co-Presidente del Panel de Expertos sobre Acceso a Recursos Genéticos del Convenio sobre Diversidad Biológica

la misma oposición. El *impasse* constatado debido a las visiones contrapuestas condujo a la iniciativa de crear una Comisión Especial Mixta de la Asamblea Legislativa que redactara un proyecto de ley sobre la base del borrador existente, con la promesa de la Asamblea de respetar lo que fuera acordado allí. La Comisión fue liderada por la Universidad Nacional y en ella participaron los principales partidos políticos, la Comisión Asesora en Biodiversidad, la Mesa Campesina, la Mesa Indígena, la Unión de Cámaras Empresariales, la Universidad de Costa Rica y el Instituto Nacional de Biodiversidad (Inbio).

A finales de 1997 se concluyó el nuevo borrador de proyecto, se envió al parlamento y éste, luego de hacerle algunas modificaciones, lo convirtió en Ley de la República, la cual fue publicada en el diario oficial La Gaceta, en mayo de 1998, y entró en vigencia desde esa fecha. Para la formulación de las disposiciones relativas al acceso, distribución de beneficios y protección del conocimiento tradicional se consideraron tópicos como (sobre los aspectos que deben tratar estos regímenes ver: Glowka 1998): los recursos comprendidos (ámbito de aplicación), las definiciones básicas, el procedimiento para otorgar el consentimiento informado previo y los términos mutuamente acordados, la autoridad competente, los procedimientos utilizados, los términos de distribución de beneficios, las sanciones, etcétera.

Pese a las críticas derivadas de la ambigüedad de algunas normas, la legislación se orienta a fijar reglas claras de acceso y de distribución de beneficios. Antes de la vigencia de este cuerpo legal se contaba con las disposiciones de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre sobre permisos de colecta de flora y fauna y con algunos reglamentos de investigación, especialmente referentes a parques nacionales. Sobre materia agrícola no se poseía regulaciones.

La nueva Ley, cuya aplicación e interpretación restan por verse, viene a sentar las bases para los permisos y contratos de acceso. La Ley contiene definiciones claras sobre temas cruciales como acceso a los elementos bioquímicos y genéticos, bioprospección, consentimiento informado previo, elementos bioquímicos y genéticos, innovación, permisos de acceso, etcétera (artículo 7).

Las definiciones de acceso y bioprospección permiten delimitar la aplicación de los procedimientos de acceso y, a la vez, solventar las dudas existentes en la materia. Si una investigación tiene por propósito un inventario o una descripción taxonómica, trátase de una

actividad ajena al acceso y entonces es regulada por un cuerpo legal separado, la Ley de Conservación de la Vida Silvestre (artículo 36 y siguientes, especialmente).

Asimismo, se ha clarificado el régimen de propiedad de los recursos genéticos y bioquímicos de la biodiversidad silvestre y domesticada -zona un tanto oscura-, declarando los mismos de dominio público (artículo 6); es decir, pertenecen al estado en condición de administrador, con lo cual se separan dos propiedades diferentes: la del recurso biológico u orgánico y la del recurso genético y bioquímico.

El procedimiento de acceso se encuentra regulado con bastante precisión en dos capítulos de la Ley. El órgano competente para conceder el acceso es, en primera instancia, la Oficina Técnica de la recién creada Comisión Nacional de Gestión de la Biodiversidad (Conagebio), con carácter de desconcentración máxima y personería jurídica instrumental, dentro del Ministerio del Ambiente (Minae). Esa Comisión se haya formada por entidades gubernamentales, como el Minae (quien la preside), los ministerios de Comercio Exterior, de Salud y de Agricultura, el Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura, la Comisión Nacional de Rectores de universidades estatales, la Mesa Indígena, la Mesa Campesina, la Unión Nacional de Cámaras, la Federación Costarricense para la Conservación del Ambiente y el director del Sistema Nacional de Áreas de Conservación (artículo 15).

Conagebio debe formular las políticas sobre acceso y distribución de beneficios y puede revocar las resoluciones de la Oficina Técnica en materia de acceso (artículo 14). Ésta tiene como principal competencia la de tramitar, rechazar y fiscalizar las solicitudes de acceso a los recursos de la biodiversidad (artículo 17, inciso a); coordinar con las áreas de conservación, el sector privado, los pueblos indígenas y las comunidades campesinas lo relativo al acceso (artículo 17, inciso b); organizar y mantener actualizado un registro de solicitudes de acceso a los elementos de la biodiversidad, colecciones *ex situ* y de las personas físicas y jurídicas que se dediquen a la manipulación genética (inciso c), y recopilar y actualizar la normativa relativa al cumplimiento de los acuerdos y directrices en materia de biodiversidad (inciso d).

En el Capítulo V se definen los requisitos y procedimientos de acceso a los elementos genéticos y bioquímicos y la protección del conocimiento asociado. Le corresponde a Conagebio proponer las políticas de acceso sobre elementos genéticos y bioquímicos de la biodi-

versidad *ex situ* e *in situ* y actuar como órgano de consulta obligatoria en los procedimientos de solicitud de protección de derechos intelectuales sobre la biodiversidad (artículo 62). Se regula los requisitos básicos de acceso, que incluyen el consentimiento informado previo, la distribución de beneficios y la protección del conocimiento asociado y la forma en que las actividades contribuirán a la conservación (artículo 63). Se establece el procedimiento a seguir (artículo 64), el derecho de objeción cultural (artículo 66), el Registro de Derechos de Acceso y la protección de la información confidencial (artículo 67). En la Sección II del Capítulo V, la Ley regula con mayor precisión el tema de los permisos para la investigación y la bioprospección (artículo 69), su plazo y otras limitaciones y características (artículos 70 y 71), los requisitos de la solicitud de acceso (artículo 72), la autorización de la Oficina Técnica de aquellos convenios suscritos entre particulares que contemplen acceso a los elementos genéticos y bioquímicos (artículo 74) y la posibilidad de convenios marco con universidades y otros centros debidamente inscritos (artículo 74). Se establece que hasta un 10% de los presupuestos de investigación y un 50% de las regalías deberán ir al área de conservación, propietario privado o territorio indígena, además de los gastos por trámites (artículo 76).

La Sección III norma sobre los límites de los derechos de propiedad (artículo 78) y sobre la congruencia de estos derechos con los objetivos de conservar la biodiversidad (artículo 79). En todo caso, la Oficina Técnica deberá ser consultada en los procesos de otorgamiento de derechos de propiedad intelectual sobre elementos de la biodiversidad, siendo su oposición vinculante (artículo 80).

Por último, la Ley viene a sentar las bases para la protección del conocimiento tradicional indígena y comunal y para el inicio de un proceso participativo para la determinación y registro de estos derechos intelectuales comunitarios *sui generis* (artículo 82 y siguientes). Como parte del marco sancionador se establece un sistema de multas para el acceso ilegal (artículo 112).

Pero algunos temas relevantes apenas fueron considerados por la Ley: la distinción entre el acceso con fines agrícolas y el con fines farmacéuticos, la diferenciación entre investigación con fines comerciales y la con propósitos académicos, la necesidad de mecanismos expeditos y especiales para las colecciones *ex situ*, etcétera. Tales deficiencias debieran ser enmendadas, en la medida de lo posible, con una apropiada reglamentación. Actualmente

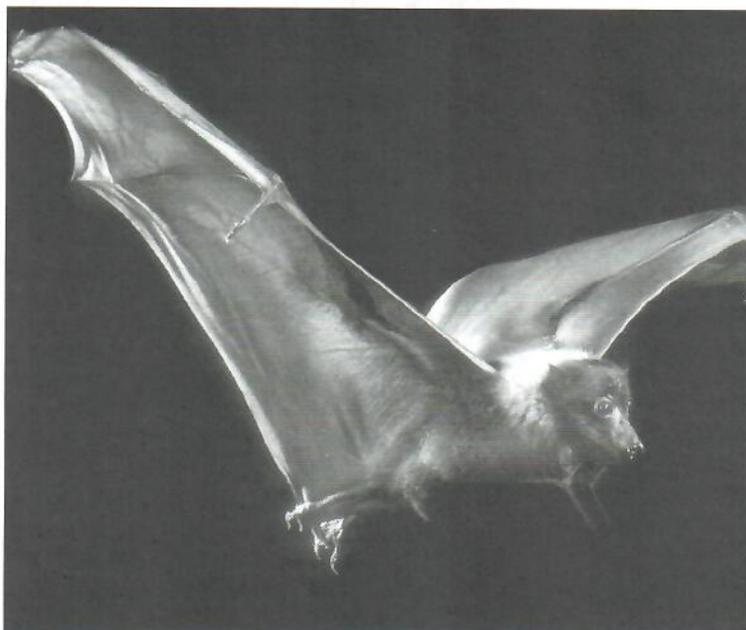
circula un borrador de *Normas sobre Acceso y Distribución de Beneficios* que vendría a reglamentar las disposiciones de la Ley en esta materia.

Es importante enfatizar que la Ley se aplica a los recursos genéticos agrícolas (incluyendo los conservados *ex situ*). Aunque no se cuenta con reglamentos, la diferenciación y procedimientos particulares para esta materia, a efecto de no obstaculizar en forma innecesaria el sano flujo de recursos, es un tema imprescindible de ser abordado. La reglamentación de acceso debe —teóricamente— normar el envío de materiales por parte de los centros de conservación *ex situ*, los cuales debieran partir de mecanismos más flexibles, tales como los acuerdos de transferencia de materiales, debidamente aprobados por la Oficina Técnica.

Protección del conocimiento tradicional

Varios aspectos fueron tomados en cuenta en relación con la protección de los conocimientos tradicionales. Los problemas para aplicar mecanismos existentes para la protección de éstos y de innovaciones y prácticas, han sido puestos en evidencia desde las más variadas ópticas (véase Dutfield 2000, Posey y Dutfield 1996, Axt *et al.* 1993, Cabrera 1998). Si bien es cierto algunas iniciativas para el uso de mecanismos tradicionales relacionados con la propiedad intelectual han sido esbozadas, tales como las indicaciones geográficas y denominaciones de origen, las marcas colectivas (ver Downes y Laird 1999a), los derechos de autor y conexos, secretos comerciales, patentes de invención, derechos de obtención, etcétera (el análisis de esta aplicabilidad véase en: Organización... 2000), existen fuertes discrepancias al respecto y se menciona la necesidad de desarrollar esquemas *sui generis* de protección, materia sobre la cual se han presentado ya algunas propuestas concretas (por parte de Perú, Tailandia, Venezuela, Panamá y Costa Rica; y por parte de organizaciones como La Red del Tercer Mundo, la cual posiblemente constituye una de las propuestas pioneras).

Igualmente, algunos han sugerido modelos para proteger las variedades vegetales a la luz de la obligación del artículo 27.3.B del Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Adpic, o Trips) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que desarrollan el concepto de protección *sui generis* que menciona dicho numeral (véase Leskien y Flitner 1997). Se ha venido insistiendo en cómo estos esquemas *sui generis* —compatibles con el mandato del 27.3.B, aun-



que evidentemente limitados en este caso a las particularidades del mismo— pueden ser utilizados para proteger este conocimiento en el marco de la OMC (el concepto *sistemas sui generis* contenido en el Adpic resulta mucho más limitado y condicionado por las características de este Acuerdo y, por ende, deviene diferente a la noción de *sistema sui generis* en el sentido de *particular, de su propia clase*, etcétera, que pueda desarrollarse para proteger los conocimientos tradicionales, independientemente de las referencias del artículo 27).

En cuanto a la regulación del acceso a los recursos genéticos y bioquímicos, la protección del conocimiento tradicional y la relación de ambos con los derechos de propiedad intelectual, nacionalmente se ha hecho una experiencia digna de mención a partir de la aprobación de la Ley de Biodiversidad. El sistema costarricense de protección del conocimiento tradicional se fundamenta en varias premisas que es necesario explicitar brevemente: El esquema legal de acceso asegura el consentimiento informado previo y la distribución de beneficios, para lo cual la Oficina Técnica, y eventualmente la misma Conagebio, tiene potestades de control, autorización y revisión (artículos 63, 65, 66, 72, entre otros). Desde este punto de vista, se trata de una combinación de mecanismos de acceso, contratos o licencias y un esquema *sui generis* basado en registros. Se reconoce la existencia y validez de las distintas formas de conocimiento e innovación y la necesidad de protegerlas mediante el uso de los mecanismos apropiados (artículo 77), sean patentes, secretos comerciales, dere-

chos de autor, derechos del fitomejorador, derechos intelectuales comunitarios sui generis, etcétera (artículo 78). Dado que la orientación es hacia la protección de los conocimientos mediante un sistema de registro (que en términos prácticos ha sido puesto en marcha en India [véase Kaushik 2000, Dutfield, 2000] y en Venezuela, y en Perú en el borrador de propuesta de Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas y Acceso a los Recursos Genéticos, entre otros), ha de procederse a inventariar los derechos comunitarios intelectuales sui generis que las comunidades soliciten proteger (artículo 84) (por las dificultades que pueden conllevar, estos esquemas de registro han recibido críticas [Downes y Laird 1999b] que han apuntado a la necesidad de definir el acceso a la información, al control ejercido sobre la misma, a la posibilidad de que comunidades no involucradas en el acceso otorguen el consentimiento previo para conocimientos registrados a nombre de otros, a las limitaciones a la restricción del acceso a la información, etcétera). La definición de los alcances, naturaleza y requisitos de esos derechos debe surgir de la consulta -en un proceso muy participativo- a las comunidades indígenas y campesinas (artículo 83), y de ahí, entonces, ha de determinarse la forma en que el derecho intelectual comunitario será utilizado y quién ejercerá la titularidad e identificará los destinatarios de los beneficios (artículo 85). A efecto de asignar derechos y obligaciones, colectivos y privados, debe tenerse claridad sobre la materia a ser protegida, los procedimientos para la protección, los derechos otorgados, contra quién se hacen valer los mismos y los mecanismos de observancia.

Respecto de la materia a ser protegida, los procedimientos para ello, los derechos y los mecanismos de observancia, hay ya algo definido, quedando lo restante para ser determinado mediante el proceso de consulta. Veamos:

La materia a proteger: Ésta la constituyen los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades locales y los pueblos indígenas -términos éstos que no se definen- referentes a los elementos genéticos y bioquímicos (artículo 82): en medicina, agricultura, etcétera, quedando por fuera las expresiones del folklore. Las posibilidades de una regulación por sectores (medicina, etcétera) efectuada en forma progresiva debe ser analizada (por ejemplo, la ley tailandesa sobre medicina tradicional, de 1999, se concentra en regulaciones sobre medicina tradicional dejando otros tópi-

cos para discusiones posteriores). Aún deben definirse aspectos como el de los requisitos para determinar la materia protegible y las potestades de la entidad a cargo del Registro (la Oficina Técnica de Conagebio, según el artículo 84). En caso contrario se corre el riesgo de sustraer del dominio público más de lo debido, crear demandas especulativas y en general impedir conocer el alcance de los derechos y las obligaciones de terceros y de acciones que infrinjan los derechos acordados. Por ejemplo, en el caso peruano citado si los conocimientos se encuentran en dominio público es posible prescindir del consentimiento previo, aunque su uso da derecho a la compensación mediante el Fondo que la propuesta crea, nutrido de los pagos por el uso del mismo (0,5% de las ventas resultantes de la comercialización). Evidentemente, algunas características de estos derechos, como por ejemplo su evolución y adaptabilidad, deben ser reconocidas a efecto de tomar las previsiones del caso en el sistema de registro.

El procedimiento de registro: Éste es voluntario y declarativo, gratuito, oficioso, informal y de duración indeterminada. Otros elementos, como la posibilidad de oposición, la existencia de un examinador conecedor del tema, la reciprocidad de reconocimiento al derecho de otros países, las causales de revocación y nulidad, las apelaciones, etcétera, deben ser indicados. La relación entre esta protección y otras que puedan reclamarse mediante el esquema tradicional de derechos de propiedad intelectual igualmente debe ser reconocida (ejemplo: marcas, indicaciones geográficas, etcétera).

Derechos otorgados: La Ley es escueta en este tema, pero de varias disposiciones puede extraerse los siguientes derechos: la imposibilidad de otorgar derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales; la necesidad del consentimiento informado previo y de términos mutuamente acordados para los beneficios en el caso de acceso y uso; el derecho de objeción cultural para oponerse a su uso por razones religiosas, etcétera. En general, deben determinarse los derechos derivados de los derechos comunitarios intelectuales sui generis. Este tópico resulta de gran relevancia pues hay que definir los alcances del derecho y, por supuesto, sus limitaciones, es decir, plazos, pérdida, licencias obligatorias, etcétera. El hecho de que se trate de derechos comunitarios no puede exceptuarlos de las modalidades antes dichas. Otro punto a regular es el carácter colectivo, por oposición a

privado, de los mismos. La Ley menciona su carácter comunitario, lo cual no implica necesariamente que no puedan ser privados. En ese sentido, y sobre todo en comunidades locales, la presunción de que todos los conocimientos son generados en forma colectiva es difícil de sostener.

Observancia de los derechos: Si no se prevén mecanismos sustantivos de observancia de los derechos las regulaciones de protección serán insuficientes. Este punto ha sido poco abordado. La Ley sólo contempla esta posibilidad a través de los siguientes mecanismos: la multa por acceso ilegal; mediante la presentación del denominado certificado de origen; a través del cumplimiento del requisito para la aprobación de derechos de propiedad intelectual y la consulta obligatoria a la Oficina Técnica de la Conagebio de las solicitudes de derechos de propiedad intelectual que hagan uso de recursos o conocimientos y el carácter vinculante de la oposición de ésta. Las leyes de biodiversidad panameña y venezolana contemplan mayores previsiones sobre sanciones civiles y penales, medidas administrativas, etcétera.

En definitiva, de la existencia de la reglamentación y del proceso participativo de consulta sobre los alcances de los mismos dependerá, en gran medida, el éxito del esquema previsto. Para ello se puede echar mano de la experiencia de la India, el borrador peruano y la documentación y registro en bases de datos que se está gestando en Venezuela.

Como corolario, vale la pena citar las recomendaciones del Panel de Expertos sobre Acceso y Distribución de Beneficios del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) referentes a los regímenes sui generis, según las cuales como partes de los posibles elementos de leyes sui generis deben considerarse los siguientes: (a) Reconocimiento de los derechos ancestrales respecto de los conocimientos, innovaciones y prácticas que guardan relación con los recursos genéticos. (b) Reconocimiento de los mismos aun en el caso de que la información pueda ser de dominio público. (c) Establecimiento del principio de que puedan tener un carácter colectivo. (d) Distinción entre derechos sobre los recursos genéticos y derechos sobre los conocimientos. (e) Suposición de que la utilización de recursos genéticos lleva implícito el uso del conocimiento asociado. (f) Establecimiento de procedimientos administrativos y judiciales para solucionar controversias. (g) Creación de mecanismos-obligaciones para la distribución equitativa de los beneficios entre los custodios, sean parte o no de los acuerdos de acceso. (h) Establecimiento

de registros locales. (i) Creación de programas y procesos para el fortalecimiento de los sistemas de conocimiento tradicional. (j) Igualmente, la recién concluida V Conferencia de las Partes del CDB específicamente consideró la necesidad de proceder a la promulgación de esquemas sui generis de protección (Decisión V/16 de la V Conferencia de las Partes).

Relación entre acceso y propiedad intelectual

Durante el proceso de redacción de la Ley y como parte de la elaboración de las regulaciones sobre acceso y distribución de beneficios, surgió inevitablemente el tópico de los derechos de propiedad intelectual y su relación con los mismos. El propio artículo 16 del CDB reconoce que estos derechos deben apoyar y no oponerse a los objetivos del Convenio. Ante el tema han aflorado diversas posiciones, algunas de las cuales afirman la completa incompatibilidad entre el CDB y las recientes evoluciones de los derechos de propiedad intelectual (ver especialmente Gaia y Grain 1999). De esta manera, la Ley de Biodiversidad establece la necesidad de que los derechos de propiedad intelectual sean congruentes con los objetivos de la Ley en virtud del principio de integración (artículo 79). La Ley excluye de la patentabilidad las secuencias de ADN *per se*, las plantas y animales, los microorganismos no modificados, los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas y animales, los procesos o ciclos naturales en sí mismos, las invenciones esencialmente derivadas del conocimiento asociado o prácticas biológicas tradicionales o en el dominio público y las invenciones que al ser explotadas en forma monopólica puedan afectar los procesos o productos agropecuarios considerados



básicos para la alimentación y la salud (artículo 78).

Algunos han afirmado la contradicción de ciertas cláusulas con el Adpic (Carvalho 2000) y, por tanto, también con la Constitución Política, pues en nuestro ordenamiento los tratados tienen valor superior a la ley ordinaria y no pueden ser desatendidos por ésta.

Al mismo tiempo, y para terminar, vale la pena resaltar algunas importantes interrogantes (Cabrera y Alarcón 2000, Cabrera 2000) que, en forma expresa o implícita, fueron la causa de estas regulaciones:

(a) ¿Son siempre insuficientes los sistemas tradicionales de derechos de propiedad intelectual para proteger los conocimientos, innovaciones y prácticas, como afirma la mayoría de la doctrina o por el contrario pueden ser utilizados para proteger sectores importantes de los mismos, por ejemplo mediante el uso de marcas, denominaciones de origen, etcétera?

(b) ¿Qué posibilidades existen de que los derechos de propiedad intelectual creen valor para la biodiversidad y el conocimiento asociado -en forma indirecta- al proteger un mercado de productos que utilizan recursos genéticos? Si la respuesta fuera afirmativa, ¿cuánto podrían estos mecanismos servir para reclamar ese valor?

(c) ¿Es posible y viable establecer el denominado certificado de origen de forma que sea requisito presentar una constancia o documento sobre la legalidad del acceso y la distribución de beneficios, previo al otorgamiento de derechos de propiedad intelectual sobre productos o procesos que hayan utilizado recursos genéticos y conocimientos tradicionales? Este instrumento ha sido contemplado

-entre otros- en el reglamento peruano sobre derechos de obtención vegetal, en la Decisión 391 de la Comunidad Andina sobre un Régimen Común de Acceso a Recursos Genéticos, en la Decisión 486 de la misma entidad regional sobre un Régimen de Propiedad Industrial, en la Ley de Biodiversidad de Costa Rica (artículo 80) y en la medida provisoria sobre acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios del Brasil. El tema se ha venido discutiendo en la OMC, fundamentalmente en el Consejo de los Adpic y en el Comité de Comercio y Ambiente, donde diferentes países y bloques han presentado propuestas para incluir la misma en el texto revisado de éstos. Asimismo, otros foros como el Tratado de Patentes y el Grupo de Trabajo sobre Biotecnología de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, han abordado el tópico y posiblemente el recién creado Comité Intergubernamental sobre Conocimiento Tradicional, Recursos Genéticos y Folklore de esta organización lo estudie y formule recomendaciones. A la vez, debe considerarse que diversas objeciones se han levantado contra la misma, desde su incompatibilidad con los requisitos taxativos de patentabilidad de la OMC (artículo 27 de los Adpic) hasta críticas de orden práctico (dificultades tratándose de variedades vegetales provenientes de diferentes países y cruces y retro-cruces; el hecho de que no necesariamente un producto o proceso patentado llega al mercado; la carga de trabajo adicional para las oficinas de propiedad industrial; la falta de patentado de múltiples productos derivados de la biota tropical, etcétera).

(d) ¿En qué medida los derechos de propiedad intelectual impactan la biodiversidad, por ejemplo mediante restricciones al intercambio de semillas a través de patentes, derechos de obtención, contratos o tecnología de control de expresión de genes? ¿Hasta dónde pueden producirse impedimentos en las prácticas tradicionales debido a patentes u otros derechos otorgados a invenciones que reclaman el uso de recursos genéticos, aun si desde el punto de vista legal nunca debieron otorgarse por no ser nuevos o carecer de nivel inventivo (como se ha argumentado respecto del Neem, del Turmeric y de la ayahuasca, habiendo sido muchos de los cuales revocados en Estados Unidos y Europa)? ¿Pueden restringirse las exportaciones de productos tradicionales (frijol en México, por ejemplo) mediante el argumento de la existencia de derechos de obtención o patentes concedidos en el mercado de importación a terceros, sobre rasgos de estos productos?



(e) ¿Hasta dónde los derechos de propiedad intelectual tienen un impacto directo en el ambiente y en la conservación y el uso sostenible de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales? Por ejemplo, ¿hasta dónde facilitan o dificultan la transferencia de tecnologías ambientalmente sanas, crean o no efectos negativos como erosión genética, aumento en el uso de químicos de síntesis (especialmente tratándose de venta de semillas transgénicas que son resistentes a herbicidas), orientan la investigación y el desarrollo hacia áreas que no son deseadas y crean una agricultura homogénea y poco adaptada a las necesidades locales, etcétera?

(f) ¿Puede echarse mano del sistema sui generis para las variedades vegetales previsto por la OMC en su artículo 27.3.b para proteger conocimientos tradicionales, estipular la distribución de beneficios, etcétera, pese a que en el marco del Adpic esta expresión adquiere un significado singular (ver Leskien y Flitner 1997)?

(g) ¿Permite la estipulación de derechos de propiedad intelectual en contratos de acceso garantizar mayores retornos a los países de origen o contratantes locales, incluidas comunidades y pueblos, en el tanto esta protección conlleva mayores ingresos para las empresas involucradas ante la ausencia de copias y de competencia? ¿Son entonces un mecanismo que en el caso de comercialización logra mayores regalías y por ende contribuye aun más a la distribución de beneficios?

Estas y otras interrogantes han servido para guiar el debate costarricense sobre la relación entre los derechos de propiedad intelectual y la biodiversidad y en gran medida constituyen los aspectos a ser considerados al momento de redactar leyes de acceso.

Conclusión

Debido a la ambigüedad de varias disposiciones de la Ley de Biodiversidad y a las diferentes interpretaciones hechas de la misma, está por verse si ella, que es uno de los primeros marcos normativos nacionales que intenta compatibilizar las obligaciones del CDB y el Adpic de la OMC, logra realmente hacerlo. Pero, independientemente de las regulaciones concretas, quizá lo más relevante de la Ley ha sido cómo ha abordado el tema y las tensiones inherentes al mismo, las cuales continuarán por un buen tiempo, nacional e internacionalmente.

Referencias bibliográficas

Axt, Josephine et al. 1993. *Biotechnology, Indige-*

nous Peoples and Intellectual Property Rights. Congressional Research Service, Library of Congress. Washington.

Cabrera, Jorge y Enrique Alarcón. 2000 "Acceso a los Recursos Genéticos y el Papel de los Derechos de Propiedad Intelectual", en *Investigación Agrícola y Propiedad Intelectual*. PROCITROPICOS. Brasilia.

Cabrera, Jorge. "Soberanía, derechos de propiedad intelectual y biodiversidad", en *Revista Mensual de Gestión Ambiental*, N° 16, abril del 2000. Madrid.

Cabrera, Jorge. 1998 *Ideas, Mecanismos y Principios para la Protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas*. Fundación Ambio. San José.

Cabrera, Jorge. "Premisas, Principios y Contenidos de una Ley Marco sobre la Diversidad Biológica", en *Iustitia*, mayo de 1999. San José.

Carvalho, Nuno. 2000. *Ley de Biodiversidad de Costa Rica: compatibilidad entre el Convenio de Diversidad Biológica (CBD) y el TRIPs*. Seminario Nacional de la UPOV-OMPI sobre Protección de las Obtenciones Vegetales y Biodiversidad. San José.

Downes, David y Sara Laird. 1999a. *Innovative Mechanisms for Sharing Benefits of Biodiversity and Related Knowledge*. Prepared for UNCTAD Biotrade Initiative. Ginebra.

Downes, David y Sara Laird. 1999b. *Registries of Local and Indigenous knowledge relating to biodiversity*. Prepared for the UNCTAD Biotrade Initiative. Ginebra.

Dutfield, Graham. 2000. *Intellectual property rights, trade and biodiversity*. Earthscan, Londres.

Gaia and Grain. "TRIPs versus CBD: conflict between the WTO regime of intellectual property rights and sustainable biodiversity management", en *Global Trade and Biodiversity in Conflict Series*, Issue N° 1, 1999.

Glowka, Lyle. "A guide to designing legal frameworks to determine access to genetic resources", en *Environmental Policy and Law Paper*, N° 34, 1998. IUCN. Bonn.

Informe del Panel de Expertos en Acceso y Distribución de Beneficios. 1999. UNEP/CBD/COP/5/8. San José.

Kaushik, Atul. 2000. *Protection of Biodiversity and Traditional Knowledge: the Indian experience*. (inédito).

Leskien, Dan y Michael Flitner. 1997 "Intellectual property rights for plants: options for a sui generis system", en *Issues in Plant Genetic Resources*, N° 6. Roma.

Organización Mundial para la Protección de la Propiedad Intelectual. 2000. *Intellectual property needs and expectations of traditional knowledge holders*. Draft document for comments. Ginebra.

Posey, Darrell y Graham Dutfield. 1996. *Beyond Intellectual Property Rights*. IDRC. Canadá.

Rafí. "Biopiratería de Frijoles en México", en *Biodiversidad. Sustento y Culturas*, N° 23, marzo del 2000. Uruguay.

UNCTAD. 2000 *Systems and National Experiences for protecting traditional knowledge, Innovations*