

OMPI



ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
GINEBRA

S

WIPO/GRTKF/IC/5/INF/7

ORIGINAL: Español

FECHA: 20 de junio de 2003

COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL Y RECURSOS GENÉTICOS, CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y FOLCLORE

Quinta sesión
Ginebra, 7 a 15 de julio de 2003

EL SISTEMA *SUI GENERIS* PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS
TRADICIONALES: UN ESTUDIO DE LA LEY DE BIODIVERSIDAD DE COSTA RICA
Y NORMATIVA RELACIONADA

Documento presentado por la Delegación de Costa Rica

1. El 26 de junio de 2003 la Delegación de Costa Rica presentó un documento en el marco de la quinta sesión del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recurso Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore.
2. El documento titulado “El sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales: un estudio de la ley de biodiversidad de Costa Rica y normativa relacionada” está reproducido de la manera en que se recibió y publicado en el Anexo.

[Sigue el Anexo]

ANEXO

EL SISTEMA *SUI GENERIS* PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES: UN ESTUDIO DE LA LEY DE BIODIVERSIDAD DE COSTA RICA Y NORMATIVA RELACIONADA.

Jorge Cabrera Medaglia

Antecedentes

El proceso de formulación de la Ley de Biodiversidad y especialmente las materias relacionadas con el tema del acceso, la protección del conocimiento tradicional y los derechos de propiedad intelectual constituyeron los tópicos más difíciles y conflictivos durante la redacción de la Ley. A efectos de comprender dicho proceso es importante detenerse brevemente en sus antecedentes más relevantes.

De esta forma, en 1996 se presenta un proyecto de Ley de Biodiversidad, el cual obtuvo una reacción negativa de diferentes sectores de la sociedad, por considerarlo especialmente restrictivo, contrario a la realidad nacional y a la investigación científica. Múltiples observaciones se hicieron llegar a la Asamblea Legislativa (parlamento), incluyendo una propuesta completa de legislación preparada por la Comisión Asesora en Biodiversidad, la cual formalmente no estuvo nunca en curso legislativo. En enero de 1997 se presenta una segunda versión de proyecto de ley, el cual - pese a considerar algunas de las principales objeciones realizadas a él- repitió varios de los conceptos y disposiciones de su predecesor y por tanto se encontró con la misma oposición anteriormente indicada. El impasse constatado debido a las visiones contrapuestas, condujo a la iniciativa de crear una Comisión Especial Mixta de la Asamblea legislativa con el fin de redactar 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, la Universidad de Costa Rica, el INBio, etc

A finales de 1997, se concluyó el nuevo borrador de proyecto, enviándose al parlamento para su aprobación, el cual luego de realizar algunas modificaciones en el texto, finalmente lo convirtió en Ley de la República. Esta fue publicada en La Gaceta, el Diario Oficial, en mayo de 1998 y entró en vigencia desde esa fecha.

Para efectos de comprender apropiadamente lo expresado en este documento, es imprescindible citar previamente las principales disposiciones relativas al acceso a recursos genéticos (incluyendo el acceso a los conocimientos tradicionales asociados) y al sistema *sui generis* de protección.

La Ley, cuya aplicación e interpretación resta por verse, viene a sentar las bases para los permisos y contratos de acceso. La Ley contiene definiciones claras sobre temas cruciales tales como acceso a los elementos bioquímicos y genéticos, bioprospección, consentimiento informado previo, elemento bioquímico y genético, innovación, permiso de acceso, etc. (art 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, descripción taxonómica, etc se trata de una actividad ajena al acceso y regulada en un cuerpo legal separado, la Ley de Conservación de la Vida Silvestre (arts 36 y ss especialmente).

Asimismo, ha venido a clarificar el régimen de propiedad de los recursos genéticos y bioquímicos de la biodiversidad silvestre o domesticada, una zona un tanto oscura, declarando los mismos de dominio público (art. 6), es decir pertenecen al Estado en condición de administrador, con lo cual se separan dos propiedades diferentes. La del recurso biológico u orgánica 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 de Ambiente y Energía. Esta entidad se haya formada por entidades gubernamentales, como el Ministerio de Ambiente (quien la preside), el Ministerio de Comercio Exterior, Ministerio de Salud, el Ministerio de Agricultura, Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura, Comisión Nacional de Rectores; Mesa Indígena, Mesa Campesina, Unión Nacional de Cámaras, la Federación Costarricense para la Conservación del Ambiente, el Director del Sistema Nacional de Areas de Conservación (art 15).

Esta 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). La Oficina Técnica tendrá como principal competencia la de tramitar, rechazar y fiscalizar las solicitudes de acceso a los recursos de la biodiversidad (art 17 inciso a); coordinar con las Areas de Conservación, el sector privado, los pueblos indígenas y las comunidades campesinas lo relativo al acceso (art. 17 inc. B); organizar y mantener actualizado un registro de solicitudes de acceso de 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 normativa relativa al cumplimiento de los acuerdos y directrices en materia de biodiversidad (inciso d).

En el Título V se definen los requisitos y procedimientos de Acceso a los elementos genéticos y bioquímicos y la protección del conocimiento asociado. Le corresponde a la CONAGEBIO proponer las políticas de acceso sobre elementos genéticos y bioquímicos de la biodiversidad ex situ e in situ y actuará como órgano de consulta obligatoria en los procedimientos de solicitud de protección de derechos intelectuales sobre la biodiversidad. (art. 62). La Ley regula los requisitos básicos para el acceso que incluyen el consentimiento informado previo, la distribución de beneficios y protección del conocimiento asociado y la forma en que las actividades contribuirán a la conservación (art 63). Se establece el procedimiento a seguir (art 64), el derecho de objeción cultural (art 66), el Registro de Derechos de Acceso y la protección de la información confidencial (art. 67). En el capítulo siguiente la Ley regula con mayor precisión el tema de los permisos para la investigación y la bioprospección (art. 69), su plazo y otras limitaciones y características (arts. 70 y 71), los requisitos de la solicitud de acceso (art 72), la autorización de la Oficina Técnica de aquellos convenio suscritos entre particulares que contemplen acceso a los elementos genéticos y bioquímicos (art. 74) y la posibilidad de convenios marco con universidades y otros centros debidamente inscritos (art 74). Se establece que hasta un 10 por ciento de los presupuestos de investigación y un 50 por ciento de las regalías deberán ir al Area de Conservación,

propietario privado o territorio indígena, además de los gastos por trámites (art. 76).

El capítulo III norma sobre los límites de los derechos de propiedad (art 78) y sobre la congruencia de estos derechos con los objetivos de conservar la biodiversidad (art. 79). En todo caso la Oficina Técnica deberá ser consultada en los proceso de otorgamiento de derechos de propiedad intelectual sobre elementos de la biodiversidad, siendo su oposición vinculante (art. 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* (arts. 82 y siguientes).

Como parte del marco sancionatorio se establece un sistema de multas para el acceso ilegal (art. 112).

Específicamente con relación a la protección de los CT varios aspectos fueron tomados en cuenta. Los problemas para aplicar mecanismos existentes para la protección de estos conocimientos, innovaciones y prácticas han sido puestos en evidencia por documentos desde las más variadas ópticas. 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, los derechos de autor y conexos, secretos comerciales, patentes de invención, derechos de obtención, secretos comerciales, etc, existen fuertes discrepancias al respecto y se menciona la necesidad del desarrollo de esquemas *sui generis* de protección materia sobre la cual se han presentado ya algunas propuestas concretas .

Cual ha sido la experiencia nacional a la luz de la recién aprobada Ley de Biodiversidad, en la regulación del acceso a los recursos genéticos y bioquímicos, la protección del CT y el interfase de ambos con los derechos de propiedad intelectual se expondrá en este trabajo.

El sistema costarricense de protección del conocimiento tradicional se fundamenta en varias premisas que es necesario exponer brevemente:

- a) El esquema legal de acceso asegura el consentimiento informado previo y la distribución de beneficios tratándose de conocimientos tradicionales, para lo cual la Oficina Técnica y eventualmente por la misma Comisión Nacional de Biodiversidad, tiene potestades de control, autorización y revisión (art 63, 65, 66, 72 , entre otros);
- b) Desde este punto de vista se trata de una combinación entre mecanismos de acceso, contratos o licencias y un esquema *sui generis* basado en registros;
- c) 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 (art 77) , sean patentes, secretos comerciales, derechos de autor, derechos del fitomejorador, derechos intelectuales comunitarios *sui generis*, etc (art 78);

d) La legislación se orienta a la protección de los conocimientos mediante un sistema de registro, tema que ha sido apoyado por la doctrina. Así se procederá a inventariar los derechos comunitarios intelectuales *sui generis* que las comunidades soliciten proteger (art 84). No obstante, estos esquemas de registro han sido criticados por las dificultades que pueden traer consigo. Entre las críticas formuladas se encuentran: la necesidad de definir el acceso a la información; el control ejercido sobre la mismo; la posibilidad de que comunidades no involucradas en el acceso otorguen el consentimiento previo para conocimientos registrados a nombre de otros; etc;

e) Para la definición de los alcances, naturaleza y requisitos de estos derechos se debe iniciar un proceso participativo de consulta con las comunidades indígenas y campesinas (art 83 de la Ley de Biodiversidad). Igualmente, el proceso determinará la forma en que el derecho intelectual comunitario será utilizado, quien ejercerá la titularidad e identificará los destinatarios de los beneficios (art 85). En este orden de ideas, a efectos de asignar derechos y obligaciones, sean colectivos o privados, debe contarse con claridad sobre determinados temas específicos que a continuación mencionamos:

Razones para el establecimiento de un sistema *sui generis*

La Ley de Biodiversidad de Costa Rica, No 7788 del mayo del 1998, contempla en diversas de sus normas y en especial en el capítulo dedicado a los conocimientos tradicionales, disposiciones para la protección de los mismos, tal y como se explicará más adelante en el presente documento. La Ley en su conjunto responde a la necesidad de implementar en su totalidad las provisiones del Convenio sobre la Diversidad Biológica, razón por la cual, igualmente se consideran provisiones para el cumplimiento con lo dispuesto por el artículo 8 inciso J del mismo. En general, los mecanismos para convencionales de propiedad intelectual fueron considerados inapropiados para otorgar una tutela comprensiva al conocimiento tradicional que considerase todas las particularidades y connotaciones que este presenta. Desde el punto de vista técnico, limitaciones impuestas, por ejemplo, por el carácter temporal de la protección otorgada; la titularidad usualmente colectiva de las innovaciones; los requisitos (documentación y descripción, etc) y costos asociados con la presentación de solicitudes; dificultades para poder cumplir con la condición de patentabilidad relativa a la novedad técnica en la mayoría de los casos, fueron algunas de las consideraciones que dieron pie a que se utilizara un sistema *sui generis* o propio de protección, y no se recurriera a los esquemas convencionales o *sui generis* de propiedad intelectual existentes. No obstante, lo anterior probablemente el principal motivo para el establecimiento de disposiciones *sui generis*, lo constituyó, la divergencia entre los objetivos y concepciones que pernean a la propiedad intelectual, versus, aquellos que se encuentran en el derecho consuetudinario y las experiencias de las comunidades.

Los principales propulsores dentro de la Comisión Especial que redactó la Ley de Biodiversidad del establecimiento en la misma de un mecanismo *sui generis* de protección, expresaron, en general, sus reservas sobre la pertinencia de aplicar instrumentos tradicionales de propiedad intelectual en un contexto diferente como el indígena. Inclusive, de allí que en el caso costarricense el nombre de la legislación adoptada en lo relativo al sistema *sui generis*, sea “ derechos intelectuales comunitarios”, con lo cual se pretendió evitar cualquier referencia en el título mismo a propiedad. De esta forma, se buscó desvincular la idea de derechos intelectuales comunitarios de los mecanismos de propiedad intelectual, como patentes, derechos de autor y conexos, marcas, indicaciones geográficas, secretos comerciales, etc, los

cuales se consideraron extraños a la tradición, prácticas y valores existentes en las comunidades indígenas y las locales.

Principales elementos considerados

1. Objetivos de política del sistema *sui generis*.

Los objetivos de política que se persigan, influyen considerablemente sobre la estructura de las disposiciones legales diseñadas para alcanzar los mismos. Es evidente que si se tratara, por ejemplo, de evitar la apropiación indebida de dichos conocimientos, la divulgación y puesta en el dominio público de los mismos, de forma que se permitiera conocer a efectos de evaluar la novedad de las solicitudes de patentes que involucren dicho conocimiento, sería suficiente. Igualmente, si el propósito fundamental fuera la conservación de tales conocimientos para su uso, mediante su registro en condiciones adecuadas, tal objetivo podría ser alcanzado. En el caso costarricense, no existen objetivos de política específicos que se acompañen a las disposiciones relativas a la protección de los mismos. No obstante, de la generalidad de la legislación si es posible determinar los principales propósito que se persiguen. El artículo 10 de la Ley estipula los objetivos de la misma, entre ellos, destacan: inciso 4 “regular el acceso y posibilitar con ello la distribución equitativa de los beneficios sociales, ambientales y económicos para todos los sectores de la sociedad, con especial atención a las comunidades locales y pueblos indígenas”. En este sentido, el acceso, que incluye acceso al conocimiento tradicional asociado, se regula con miras a lograr la distribución de beneficios de diverso orden. En el inciso 6, igualmente se hace referencia a “Reconocer y compensar los conocimientos, prácticas y las innovaciones de los pueblos indígenas y las comunidades locales para la conservación y el uso ecológicamente sostenible de los elementos de la biodiversidad”. En el artículo referente a los principios generales que contiene la Ley, se menciona como uno de ellos, el respeto por la diversidad cultural “La diversidad y prácticas culturales y conocimientos tradicionales asociados a los elementos de la diversidad deben ser, conforme al marco jurídico nacional e internacional, respetados y fomentados, particularmente en el caso de las comunidades campesinas, los pueblos indígenas y otros grupos culturales”. El artículo 77 por su parte, específicamente tratado de la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial, dispone que “Reconocimiento de las formas de innovación. El Estado reconoce la existencia y validez de las formas de conocimiento e innovación y la necesidad de protegerlas, mediante el uso de mecanismos legales apropiados para cada caso específico”.

De la lectura de estas disposiciones, es posible concluir que los objetivos de política que persigue la Ley de Biodiversidad en lo tocante a los conocimientos tradicionales son 3:

- a) La distribución de beneficios derivados del acceso y uso del conocimientos;
- b) El reconocimiento y fomento de la existencia e importancia del mismo;
- c) El respeto a este, lo cual, indirectamente, a pesar de no ser explícitamente mencionado en la Ley, conlleva a considerar la necesidad de evitar su apropiación indebida por parte de terceros.

Curiosamente, a pesar de que los mecanismos que la Ley costarricense prevé, como los registros de conocimientos, pueden tener el efecto de conservar los mismos, no se menciona como uno de los objetivos de política de manera expresa a la preservación de los conocimientos tradicionales.

2. Ambito de protección

La Legislación costarricense, se refiere en distintas partes de su articulado, a la protección de los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad (por ejemplo, artículo 7 inciso 2, 9 inciso 3, 10 inciso 6, 62, 66, 82, etc). Son especialmente relevantes el artículo 7, sobre las definiciones. Dispone el mismo que para los efectos de la Ley , se entenderán como comprendidos en el término biodiversidad, los elementos intangibles, como son: el conocimiento, la innovación y la práctica tradicional, individual o colectiva, con valor real o potencial asociado a recursos genéticos y bioquímicos. El artículo 82 estipula que el Estado reconoce y protege expresamente, bajo el nombre común de derechos intelectuales comunitarios sui generis, los conocimientos, las prácticas y las innovaciones de los pueblos indígenas y las comunidades locales, relacionadas con el empleo de los elementos de la biodiversidad y el conocimiento asociado.

La legislación costarricense se limita a las prácticas, innovaciones y conocimientos asociados con los elementos de la biodiversidad. Otros tipos de conocimientos o prácticas no asociadas a elementos de la biodiversidad, especialmente en el caso de expresiones culturales tradicionales o folklore, no necesariamente se consideran comprendidas en el ámbito de protección de los derechos intelectuales comunitarios sui generis.

3. Criterios de protección

La Ley no define ningún criterio o condición sustantiva de protección de los conocimientos tradicionales (ej, cierta novedad comercial, etc). El artículo 83, manda que dentro de los 18 meses siguientes a la entrada en vigencia de esta Ley, l Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad, por medio de su Oficina Técnica y en asocio con las comunidades indígenas y campesinas, deberá definir un proceso participativo con las comunidades para determinar la naturaleza, los alcances y requisitos de estos derechos para su formación definitiva. La Comisión y las organizaciones involucradas dispondrán la forma, la metodología y los elementos básicos del proceso participativo. Se supone que el proceso participativo con las comunidades y pueblos indígenas, deberá, dentro del marco jurídico nacional, determinar los criterios o condiciones (alcances y requisitos) que deben reunir los conocimientos, innovaciones y prácticas para ser objeto de protección y registro.

A la fecha si bien dicho proceso de consulta ha finalizado, los resultados no se han traducido en normas legales que establezcan los diferentes requisitos y condiciones para la protección de los conocimientos tradicionales.

4. Titularidad de los derechos

La legislación nacional supone que los derechos intelectuales comunitarios sui generis son de naturaleza comunitaria y por ende su titular esta constituido por las comunidades locales y pueblos indígenas. Dicha titularidad resulta de naturaleza colectiva y será definida a lo interno de cada grupo local o indígena de conformidad con el derecho consuetudinario que los regule y les sea de aplicación. Las innovaciones de carácter o naturaleza individual no se consideran objeto de protección por medio del sistema sui generis, a pesar de la referencia a las prácticas individuales que existe en el artículo 7 inciso 2 antes mencionado.

Igualmente, el proceso de consulta antes descrito, debe definir la forma en que el derecho intelectual comunitario sui generis será utilizado y quién ejercerá su titularidad. Asimismo identificará los destinatarios de sus beneficios (art 85).

Desde el punto de vista jurídico en el caso costarricense tratándose de pueblos indígenas de conformidad con la Ley Indígena y su reglamento, las asociaciones de desarrollo integral indígena, una figura legal no propia de estos pueblos, posee la personería para ejercer los actos de representación a nombre de sus miembros.

5. Ambito de los derechos conferidos

Desde el punto de vista de los derechos conferidos, nuevamente el proceso de consulta con los interesados deberá definir la naturaleza, alcance y requisitos de estos derechos (art 83) y la forma como el derecho intelectual comunitario sui generis será utilizado y quién ejercerá su titularidad y se beneficiará de los mismos (art 85).

No obstante, desde el punto de vista defensivo o de medidas de naturaleza defensiva, el reconocimiento de estos derechos en el Registro de la Oficina Técnica de la Comisión, obligará a la Comisión a contestar negativamente cualquier consulta relativa a reconocer derechos intelectuales o industriales sobre el mismo elemento o conocimiento. Tal denegación, siempre que sea debidamente fundada, podrá hacerse por el mismo motivo aún y cuando el derecho sui generis no esté inscrito oficialmente. (art 84). Esta disposición se vincula con la existencia de una consulta previa obligada que deben realizar la Oficina Nacional de Semillas (tratándose de variedades vegetales una vez que la legislación que regula este tópico sea aprobada en la Asamblea Legislativa, y los registros de propiedad intelectual e industrial antes de otorgar protección de propiedad intelectual o industrial a las innovaciones que involucren elementos de la biodiversidad. Siempre aportarán el certificado de origen emitido por la Oficina Técnica de la Conagebio y el consentimiento previo. La oposición fundada de la Oficina impedirá registrar la patente o protección de la innovación. (art 80).

En forma similar, el art 82 dispone que el reconocimiento de tales derechos implica que ninguna de las formas de protección de los derechos de propiedad intelectual o industrial afectarán tales prácticas históricas. El artículo 78 exceptúa de la protección por medio de derechos de propiedad intelectual convencionales: inciso 6 invenciones esencialmente derivadas del conocimiento asociado a las prácticas biológicas tradicionales o culturales en el dominio público, limitando esta vez tal posibilidad de otorgamiento de derechos de propiedad intelectual, únicamente a los conocimientos tradicionales en dominio público.

A pesar de las imprecisiones terminológicas de la Ley, esencialmente se pretende que el sistema de registro (y aún los conocimientos no registrados) y el proceso de consulta obligatoria a la Oficina Técnica, impida la apropiación indebida de conocimientos tradicionales o el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual sobre los mismos, funcionando como un mecanismo para, entre otros aspectos, destruir la novedad de una solicitud de patentes, estableciendo el conocimiento tradicional dentro del arte previo.

En síntesis la ley contempla medidas defensivas para la protección de los derechos comunitarios y deja al proceso de consulta la definición de las medidas positivas que se deriven del registro de conocimientos. Las excepciones a los derechos tampoco se precisan.

6. Mecanismos de registro y otros procedimientos de adquisición y mantenimiento de los derechos

El registro establecido en la Ley es de naturaleza declarativa y no constitutiva. El derecho comunitario se reconoce jurídicamente por la sola existencia del mismo, sin que requiere declaración previa, reconocimiento expreso o registro oficial. Pueden comprender prácticas que adquieran en el futuro tal categoría. No obstante, el proceso de consulta deberá aún definir las condiciones que deben reunir una práctica, innovación o conocimiento para ser sujeto de tutela mediante los derechos comunitarios intelectuales sui generis. (art 82).

La Ley dispone de la realización de un inventario de los derechos comunitarios sui generis específicos que las comunidades decidan proteger(de forma simultánea con el proceso de consulta antes citado) y mantendrá abierta la posibilidad de que en el futuro, se inscriban o reconozcan otros derechos que reúnan las mismas características.

El reconocimiento de estos derechos de voluntario, gratuito, deberá hacerse de oficio o a solicitud de los interesados y sin formalidad alguna.

El sistema de registro constituye adicionalmente un mecanismo que permita a la Oficina Técnica responder las solicitudes de derechos de propiedad intelectual convencionales que le sometan otros registros de propiedad intelectual o la Oficina Nacional de Semillas.

La Ley no proporciona detalles sobre el funcionamiento del registro, su carácter confidencial o no, el registro de licencias o contratos que celebren las comunidades o pueblos indígenas sobre los mismos, las causales de denegación o anulación de una solicitud de registro, etc. En gran medida estos y otros aspectos deberán ser definidos mediante el proceso participativo a que se ha hecho referencia a lo largo de este documento. En principio, aunque el registro no esta sujeto a formalidades, no implica que no sean exigido cierto nivel de fijación de los conocimientos para facilitar su registro y protección futura, definiendo con precisión el objeto de la materia a ser tutelada en cada caso.

7. Arreglos institucionales

El registro de derechos comunitarios, el proceso de consulta a los pueblos y las consultas sobre derechos de propiedad intelectual convencionales, se asigna a la Oficina Técnica de la CONAGEBIO. En el caso del proceso de consulta tal responsabilidad se comparte con la Mesa Indígena y la Mesa Campesina y con los propios interesados. Igualmente a lo interno de los diferentes pueblos indígenas costarricense, además de lo dispuesto por su derecho consuetudinario, deberán intervenir las asociaciones de desarrollo integral, como representantes de sus asociados o miembros, de conformidad con la Ley Indígena y su reglamento.

Otros deberes institucionales, como asesorar en la negociación de contratos de licencia o contratos de transferencia del conocimiento, coadyuvar en procesos para obtener la nulidad de derechos de propiedad intelectual otorgados en violación a lo dispuesto en la Ley, revisar periódicamente a la luz de la práctica los resultados del proceso, etc, no se mencionan en el caso nacional.

8. Cumplimiento de los derechos

Además de lo explicado con relación a la oposición en el caso de derechos de propiedad intelectual otorgados sobre conocimientos registrados o no, la legislación es omisa respecto al cumplimiento coactivo en el caso de infringir derechos comunitarios sui generis. No se definen medidas cautelares aplicables, procedimientos de orden civil, penal o administrativo

específicos, ni la posibilidad de que los mismos sean iniciados de oficio o a gestión de parte por la Oficina Técnica en representación de los titulares de los derechos. Esta constituye una importante debilidad de la ley, en el tanto, por ejemplo, las medidas establecidas en la Ley de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual No 8033 del 27 de octubre del 2000, no pueden ser aplicadas en el caso de violación de los derechos comunitarios sui generis, los cuales no se mencionan en lo supuestos de aplicación de dicha normativa.

Debido a lo anterior, el incumplimiento o transgresión de los derechos comunitarios obligaría a sus titulares a hacer uso de las medidas civiles y administrativas que el ordenamiento jurídico nacional prevé para los casos de responsabilidad civil, competencia desleal u otros, los cuales pueden no ser los canales más apropiados para obtener la detención inmediata del acto infractor, la reparación integral de los perjuicios obtenidos. En casos excepcionales, si el derecho comunitario también puede ser protegido por medio de un sistema convencional de propiedad intelectual, por ejemplo, mediante la protección conferida por la Ley de Información No Divulgada, tratándose de secretos comerciales e industriales, es posible acudir a las provisiones que dicha ley contempla en materia de cumplimiento.

En este sentido, y bien lo dispuesto en el proceso de consulta debe traducirse en normas legales, posiblemente bajo la forma de un decreto ejecutivo, es difícil, por razones de orden jurídico, que a nivel reglamentario puedan establecerse procedimientos efectivos para la observancia de los derechos o bien remitir a lo dispuesto en la Ley de Observancia.

9. Terminación y pérdida de los derechos

La Ley es omisa respecto al término de protección de los mismos. Tampoco se refiere a su carácter indefinido. No obstante, se supone que en el tanto el conocimiento reúna las características que el proceso participativo determina serán aplicables a un conocimiento para considerarlo, como un derecho comunitarios sui generis, su protección parece ser indefinida en el tiempo.

Sobre las posibilidades de anular un registro y por ende de la pérdida del derecho comunitario, la ley no dispone ninguna. Sin embargo, el proceso participativo al considerar los requisitos y alcances de la protección, debe considerar igualmente las causales de incumplimiento con tales requisitos que conlleven la anulación de un registro y la pérdida del derecho comunitario sui generis ante determinadas situaciones hipotéticas (no pertenencia al pueblo indígena o comunidad local, falsedad de la información presentada para el registro, etc).

10. Relación entre los sistemas sui generis y los sistemas existentes de protección de los derechos de propiedad intelectual

La Ley de Biodiversidad dispone que se reconoce la existencia y validez de las formas de conocimiento e innovación y la necesidad de protegerlas, mediante el uso de mecanismos legales apropiados para cada caso específico.(art 77). Igualmente, según el artículo 78, el Estado otorgará la protección antes indicada, entre otros formas, mediante patentes, secretos comerciales, derechos del fitomejorador, derechos comunitarios, derechos de autor, derechos de los agricultores. Asimismo, el artículo 79 establece la congruencia entre los derechos de propiedad intelectual en las formas indicadas en el artículo 78 serán reguladas por las legislaciones específicas de cada Instituto. Sin embargo, las resoluciones que se tomen en materia de protección de la propiedad intelectual relacionadas con la biodiversidad, deberán ser congruentes con los objetivos de esta Ley, en aplicación del principio de integración.

La Ley no regula la posibilidad de obtener una doble protección para un derecho comunitario sui generis. No obstante, al no excluir tal situación y remitir para la regulación de cada uno de los institutos de propiedad intelectual a la legislación específica de cada uno de ellos. No existe prohibición de utilizar, dentro del ámbito y condiciones respectivas, el derecho de patentes, información no divulgada y otros para proteger el mismo conocimiento si los requisitos sustantivos y formales se cumplen.

Por otra parte, la legislación nacional pretende que el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual no afecte negativamente las prácticas tradicionales, constituyéndose en un límite para el otorgamiento de los mismos, por ejemplo, restringiendo el alcance de las reivindicaciones en el caso de patentes, etc.

11. Referencias al derecho consuetudinario

No existen referencias explícitas al derecho consuetudinario, pero la remisión misma al proceso participativo de consulta, implica de alguna forma, la consideración del derecho consuetudinario para decidir aspectos claves del mismo, como la titularidad, forma de utilización, etc.

12. Reconocimiento de conocimientos tradicionales protegidos en otros países

La Ley no contempla tal posibilidad de reconocimiento, por ejemplo, basado en la reciprocidad. Tampoco se refiere al complejo asunto del conocimiento similar que es compartido por pueblos indígenas fuera de las fronteras del país. En principio, únicamente puede protegerse o registrarse el conocimiento que se ha desarrollado en el territorio nacional por cualquiera que pueda considerarse como un pueblo indígena o una comunidad local, según las definiciones que se discuten en este momento como parte del proceso participativo. Reconocimiento de solicitudes de protección de otros lugares, no serían, en principio procedentes, excepto que reuniesen a la vez las condiciones para ser protegidos como si se tratara de innovaciones, conocimientos y prácticas del país.

13. Interacción con otros marcos jurídicos: el acceso a los recursos genéticos

Específicamente, con relación al acceso a los recursos genéticos existe una importante interacción. Lo anterior parte del hecho de que la definición de biodiversidad, contempla a los “elementos intangibles”, como lo es el conocimiento tradicional asociado. Igualmente, tratándose del acceso a los recursos genéticos en territorios indígenas, según se definen en los diferentes decretos que crean o demarcan los territorios o reservas indígenas, el capítulo V de la Ley relacionado con el “Acceso a los elementos genéticos y bioquímicos y la protección del conocimiento asociado”, requiere la obtención del consentimiento informado previo por parte de los representantes de los pueblos indígenas (art 63 inciso 1 y 65). Adicionalmente, como parte del procedimiento de acceso, la Oficina Técnica deberá refrendar el consentimiento informado previo, velando por que se haya otorgado de conformidad con las disposiciones legales. Es necesario igualmente aportar los términos de transferencia de tecnología y distribución equitativa de beneficios, cuando los haya, acordados en los permisos, convenios y concesiones, así como el tipo de protección del conocimiento asociado que exijan los representantes del lugar donde se materializa el acceso (art 63 inciso 2). El borrador, a punto de ser publicado sobre las normas de acceso, contempla, además la posibilidad de que tales términos de distribución de beneficios mutuamente acordados, se reflejen en un contrato o convenio celebrado entre el pueblo indígena y el solicitante.

Igualmente, el artículo 66 reconoce el derecho a la objeción cultural que asiste a las comunidades locales y pueblos indígenas para oponerse al acceso a sus recursos y al conocimiento tradicional asociado, por motivos, culturales, espirituales, sociales, económicos o de otra índole.

En este orden de ideas, la legislación costarricense prevé la protección del conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos, requiriendo el consentimiento informado previo y los términos mutuamente acordados de distribución de beneficios, mediante los cuales, los interesados otorgan el respectivo permiso para su uso. En este caso, utilizando un mecanismo diferente a la asignación de derechos exclusivos otorgados a los titulares del conocimiento se protege el acceso y uso del mismo, colocando las condiciones de autorización en la esfera de poder de los pueblos indígenas y comunidades locales.

Otras disposiciones relacionadas con el marco jurídico son:

La Ley Indígena No. 6172 del 16 de noviembre de 1977 establece que las comunidades indígenas tienen plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones de toda clase (art 2). Se declara propiedad de las comunidades indígenas las Reservas mencionadas en el artículo 1 de la Ley (art 2). Las Reservas Indígenas son inalienables, imprescriptibles, no transferibles y exclusivas de los indígenas que las habitan. Los no indígenas no podrán alquilar, arrendar, comprar o de cualquier otra adquirir terrenos o fincas comprendidas dentro de estas reservas. Todo traspaso o negociación de tierras o mejoras de estas entre los no indígenas y los indígenas se considera absolutamente nulo (art 3). Las Reservas estarán regidas por los indígenas en sus estructuras comunitarias tradicionales o las leyes de la república que los rijan, bajo la coordinación y asesoría el CONAI. La propiedad en los territorios indígenas ha sido considerada "... como excepción, el derecho de propiedad colectiva en nuestro país. Se trata de un derecho de propiedad especial, creado para definir el papel del Estado frente a ese derecho, para tutelar una realidad establecida mucho antes..." (Juzgado Agrario de Limón, Resolución No. 53-93 de las 8:00 horas del 13 de octubre de 1993). En las mismas no es posible reivindicar la propiedad debido a su carácter de inalienable (Sentencia de la Sala Primera de la Corte No. 223 de las 15:30 horas del 6 de julio de 1990).

El reglamento de la Ley Indígena, decreto No. 8487-G, establece que para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 2 de la Ley Indígena, las comunidades indígenas adoptarán la organización prevista en la Ley No. 3859 de la Dirección Nacional de Asociaciones de Desarrollo Comunal. Desde el punto de vista jurídico, la titularidad de las tierras corresponde entonces a las Asociaciones de Desarrollo Integral Indígenas (ADI).

Solamente los indígenas podrán construir casas, talar árboles, explotar recursos maderables o plantas cultivos para su provecho dentro de los límites de las reservas. Los recursos minerales que se encuentren en el subsuelo son patrimonio del Estado y de las comunidades indígenas y los nuevos permisos o la renovación de los existentes para la exploración y la explotación minera requerirán la autorización de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas(art 6).

Igualmente, con relación a los deberes del Estado y los derechos de las poblaciones indígenas resulta de gran interés el Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Estados Independientes.

Por último, el borrador de normas de acceso contempla una moratoria para el acceso al conocimiento tradicional asociado, hasta tanto no concluya el proceso participativo para definir los alcances del derecho comunitario sui generis y sus resultados no sean plasmados en las respectivas normas jurídicas.

14. Incorporación de las colecciones ex situ y procedimientos de solución de controversias

La legislación no hace referencia a las colecciones ex situ en el marco de las disposiciones referentes al sistema sui generis propuesto. En general, con relación a las colecciones ex situ debidamente registradas, se establece que el reglamento de la Ley fijará el procedimiento de autorización del respectivo permiso (art 69). Este tratamiento diferenciado tiene su origen en el reconocimiento de las características particulares que afrontan las colecciones ex situ (particularmente las agrícolas), desde el punto de vista del acceso y uso de los materiales así conservados. A pesar de que la CONAGEBIO ha tratado de recopilar información sobre las mismas los resultados a la fecha han sido escasos debido al carácter privado de muchas de ellas o bien, en el caso de estar en Universidades u otros centros de investigación públicos, debido a la autonomía que estas entidades poseen.

El reglamento de normas de acceso por ser publicado establece una moratoria por 6 meses para el acceso con fines de bioprospección y aprovechamiento económico, hasta tanto no se redacte el reglamento mencionado en la Ley de Biodiversidad, artículo 69.

No existen previsiones especiales sobre solución de conflictos derivados de la protección del conocimientos. No obstante, en el caso en que el acceso a los conocimientos se haya realizado mediante una contrato de licencia o similar, el mismo puede haber contemplado mecanismos alternos de solución de conflictos, tanto locales como internacionales, si fuera del caso.

15. Mecanismos defensivos para la protección del conocimiento tradicional

Ver punto 5.

Principales lecciones derivadas del proceso de redacción de la ley

Los aspectos más controversiales del proceso de discusión podemos ubicarlos en los siguientes puntos:

- El tema del proceso de acceso y la entidad encargada de otorgar los permisos y autorizaciones. Diversos sectores participantes han considerado que el sistema actual con las autorizaciones otorgadas por el Sistema Nacional de Areas de Conservación era inapropiado, debiendo buscarse un espacio más amplio y con una mayor representación de diferentes puntos de vista. La creación misma de una Comisión en la práctica destinada a lidiar con el acceso a los recursos genéticos más algunos aspectos relacionados (ej. Estrategia Nacional de Biodiversidad, negociaciones del Convenio sobre la Diversidad Biológica, etc), integrada con diversos sectores propiciaría un espacio adecuado y crearía una mayor credibilidad sobre el control estatal de los recursos.

- El carácter de dominio público de los recursos genéticos y por ende someter a los mismos a un régimen de propiedad estatal, independientemente del propietarios del recurso

biológico o predio en el cual se encuentre. Asimismo, las consecuencias legales que ello trae sobre los derechos otorgados a los solicitantes de acceso sobre los recursos genéticos entregados y sus sucesivas modificaciones.

- La congruencia del sistema de propiedad intelectual con las normas de la Ley de Biodiversidad en su conjunto al punto que diversas exclusiones se han establecido (ver artículo 78). La compatibilidad de algunas de ellas con el Acuerdo ADPIC resulta harto discutible.

- Las posiciones contrapuestas entre quienes en la práctica concebían al acceso como una forma de legitimar la biopiratería y quienes por el contrario defendían dicho mecanismo como una forma de usar sosteniblemente los recursos genéticos y bioquímicos. Ello se refleja en la creación de procedimiento más complejos y burocráticos o más sencillos, etc.

- La falta de información por parte de algunos de los sectores y su escasa participación real en las discusiones, los cuales solo expresaron sus puntos de vista con relación a algunos temas puntuales. Ello implica que la creación de capacidad de cara al diseño de estos marcos legales resulta crítica. Igualmente la falta de suficiente información sobre experiencias comparadas en materia de leyes y regulaciones, así como la temprana edad de algunas de las pocas existentes que impiden determinar la real eficacia y dificultades observadas en otros contextos y situaciones.

- Abrir espacios de discusión sobre temas de interés nacional que conlleven procesos de negociación entre diferentes interesados y eliminar la costumbre de decidir sobre ellos por un grupo más reducido.

- Resultó asimismo importante el que los principales aspectos de la negociación deben quedar en la propia ley y solo remitir a la reglamentación para tratar aspectos operativos, debido al carácter representativo de la Asamblea Legislativa versus el de la reglamentación en manos del Poder Ejecutivo.

Principales dificultades de los actores involucrados en el proceso

- Información sobre la temática de acceso y conocimiento tradicional. A pesar de que algunos de los miembros de la Comisión Mixta que redactó la Ley poseían experiencia en la materia, aunque con visiones contrapuestas, varios de los sectores interesados apenas si manejaban posturas muy generales las cuales no comprendían el universo de tópicos y aristas que el acceso trae consigo. Los sectores indígenas, campesinos y empresariales y algunos de los representantes académicos y de los partidos políticos solo tenían propuestas genéricas, ubicables a nivel de discursos, pero al momento de desarrollarse debates técnicos más profundos, no existía información suficiente para fundamentar posiciones concretas.

- Limitaciones del tiempo disponible para completar el borrador de Ley y enviarlo a la Asamblea Legislativa. Al final del proceso, los temas pendientes de resolver prácticamente carecieron de suficiente discusión ante la necesidad de remitir a la Asamblea el texto final debido a los trámites propios de la formulación de las leyes. Ello impidió una verdadera discusión de los aspectos más controvertidos y relevantes.

- El carácter comprensivo de la legislación. Al pretender implementar cumplir mediante la Ley de Biodiversidad con los mandatos del Convenio sobre la Diversidad Biológica y comprender múltiples temas, la posibilidad de dedicar suficiente tiempo y esfuerzo al acceso a los recursos genéticos fue disminuida debido a la necesidad de completar la redacción de toda la legislación (más de 117 arts).

- Oportunidades de ser escuchados y aprender de procesos de negociación interno de cara a la Legislación propuesta por grupos usualmente excluidos de dicho proceso. Quizá uno de los elementos más relevantes del proceso de la Ley fue la oportunidad otorgada a diferentes grupos interesados como los indígenas y campesinos para participar en procesos de formulación de propuestas de ley que implica negociar posiciones, ceder posturas, etc y en general empaparse de la manera como funcionan en la realidad los procesos para consensuar iniciativas legales especialmente en aquellos casos en los cuales existen puntos de vista contrapuestos. Adicionalmente, permitió que la legislación en una materia especialmente relevante en el desarrollo nacional como lo es la biodiversidad, pudiera ser objeto de un amplio proceso de consulta, discusión, debate y confrontación de ideas entre los diferentes sectores de la sociedad, el cual permitió, realizar un verdadero ejercicio de democracia ambiental.

- Por último, se presentaron dificultades importantes para que los grupos que representaban a numerosos interesados pudieran consultar a lo interno de sus espacios los resultados y propuestas que se iban produciendo. Por ejemplo, los representantes del sector empresarial manifestaron que no votarían ninguna de las propuestas y se limitarían a participar en los debates de la Comisión ante la imposibilidad de comprometer a la todos sus asociados.

Con relación a las lecciones aprendidas de la implementación de la ley, no existen a la fecha debido a la falta de redacción jurídica y su respectiva promulgación de los resultados del proceso participativo.

Direcciones futuras

A nivel local, se requiere dar una formulación jurídica a las recomendaciones derivadas del proceso participativo y acomodar las mismas a lo previsto por el resto del ordenamiento jurídico nacional. Igualmente, será necesario un proceso de divulgación de la existencia y posibilidades que otorga la normativa y de capacitación de los funcionarios de la Oficina Técnica de la CONAGEBIO, ninguno de los cuales es experto en materias relacionadas con protección de derechos exclusivos en general y en particular de protección del conocimiento tradicional por la vía de un sistema de registro.

Se requieren considerar algunos aspectos que no han sido abordados de manera apropiada, como la observancia de los derechos, posibilidades de reconocimiento de títulos extranjeros, quizá bajo condiciones de reciprocidad, ampliación de la materia protegida a expresiones culturales tradicionales, etc.

[Fin del Anexo y del documento]