

Rodríguez, Silvia

Los recursos biológicos en la mira de los tratados comerciales

Revista de Ciencias Ambientales, vol. 31, núm. 1, enero-junio, 2006, pp. 27-33

Universidad Nacional

Heredia, Costa Rica

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=665070699003>



Revista de CIENCIAS AMBIENTALES Tropical Journal of Environmental Sciences



Los recursos biológicos en la mira de los tratados comerciales

Biological Resources Under the Look of Trade Agreements

Silvia Rodríguez ^a

^a La autora es socióloga rural, es profesora emérita en la Universidad Nacional, Costa Rica.

Director y Editor:

Dr. Eduardo Mora-Castellanos

Consejo Editorial:

Enrique Lahmann, UICN, Suiza

Enrique Leff, UNAM, México

Marielos Alfaro, Universidad Nacional, Costa Rica

Olman Segura, Universidad Nacional, Costa Rica

Rodrigo Zeledón, Universidad de Costa Rica

Gerardo Budowski, Universidad para la Paz, Costa Rica

Asistente:

Rebeca Bolaños-Cerdas



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.



Los recursos biológicos en la mira de los tratados comerciales

SILVIA RODRÍGUEZ

Resumen

En las últimas décadas se han puesto en vigor convenios internacionales con objetivos ambientales o comerciales. En este artículo se destaca cómo los primeros han ido cediendo poco a poco el espacio a los segundos en los puntos en conflicto. Así, tenemos el *Acuerdo de los aspectos de propiedad intelectual relacionados con el comercio* que puso en entredicho algunas conquistas sociales y ambientales del *Convenio de la diversidad biológica (CDB)*. La situación se ha ido reforzando con los tratados de libre comercio bilaterales como el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana.

El caso de Costa Rica, como parte de este tratado, pone en evidencia dicho punto de conflicto ya que su adelantada legislación para normar el acceso a sus recursos bioquímicos y genéticos, y así para cumplir con el *CDB*, es avasallada por los términos de referencia de los tratados comerciales.

In the last decades, diverse international treaties with either environmental or commercial objectives have been reinforced. This article shows how the first ones have been losing effect in favor of commerce in those

points where they conflict. We have for instance the Agreement on Trade Related Intellectual Property Aspects (TRIPs) that called into question some social and environmental conquests obtained in the Convention on Biological Diversity (CBD). This situation has been reinforced in the USA-Central America and Dominican Republic free trade agreement (US-DR-CAFTA).

The case of Costa Rica, as a Part of this treaty, is a show-case because its advanced legislation to regulate access to its biochemical and genetic resources observing the CBD principles, is subdued to the terms of reference given by the commercial.

En 1994 y 1995 entraron en vigor dos tratados multilaterales: el *Convenio de diversidad biológica (CDB)*, de corte socio-económico-ambiental, y el *Acuerdo sobre los aspectos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (Adpic)*, administrado por la Organización Mundial del Comercio (OMC). En el caso de Costa Rica, por tratarse de tratados internacionales, ambos son superiores a las leyes. A pesar de su equiparación legal, es evidente que esos dos objetivos del *CDB*, que son el uso sustentable de los recursos y elementos de la biodiversidad y la correspondiente distribución justa y equitativa de los beneficios, han ido cediendo el paso a las exigencias, normas y decisiones del comercio internacional que en los últimos años se están expresando en una avalancha de tratados bilaterales o regionales de inversión y de libre comercio.

En este documento proporciono como base para la discusión una serie de datos estructurados en dos grandes temas: (1) un breve panorama del estado de las discusiones en el Consejo de los *Adpic* y las posiciones que han asumido los países en vías de desarrollo en relación con los recursos de la biodiversidad y su conocimiento asociado, para luego pasar a considerar cómo, ante el estancamiento de dichas discusiones, Estados Unidos ha optado por una estrategia múltiple y combinada (Rodríguez 2005) utilizando, entre otros, los tratados de libre comercio (*tlc*) bilaterales o regionales para conseguir objetivos no conquistados en aquel espacio multilateral; y (2) tomando como muestra el TLC Estados Unidos-Centroamérica-República Dominicana (TLC-Eucard), destaco tres ejemplos de sometimiento de la biodiversidad silvestre o domesticada a las exigencias del comercio: (a) la cancelación de la discusión del artículo 27.3 b) del *Adpic* sobre la patentabilidad o no patentabilidad de las invenciones relacionadas con las plantas y la protección de las obtenciones vegetales; (b) el debate (resumido aquí) sobre si el capítulo de propiedad intelectual de los *tlc* firmados hasta hoy acepta o cancela la solicitud de los países megadiversos -grupo constituido por las 17 naciones del mundo con mayor diversidad biológica- de exigir el certificado de origen o legal de procedencia al solicitante de patentes; y (c) el tratamiento que se da a la bioprospección como un “servicio científico transfronterizo” que podría obstaculizar los requisitos y alcances que impone la *Ley de biodiversidad* y las *normas de acceso* de Costa Rica a los bioprospectores por ser teóricamente barreras al comercio y a la inversión. Con base en esta información, al final elaboro una serie de conclusiones con las que invito a hacer un alto para empezar a reflexionar sobre si el camino que estamos siguiendo coincide con nuestras metas y deseos de una sociedad mejor en todos sentidos o si cambiamos definitivamente de rumbo.

Silvia Rodríguez, socióloga rural, es profesora emérita en la Universidad Nacional. Este artículo es una ampliación y puesta al día del publicado con el mismo título en *Ambientico* (junio-2005), y que a su vez fue presentado como ponencia en el seminario “As encruzilhadas das modernidades: da luta dos povos indígenas no Brasil ao destino da CDB” (Brasília, 4-6 de octubre de 2005).

Discusiones sobre relación *Adpic*-CDB

Desde la segunda Conferencia de las Partes (Cop) del CDB en 1996, miembros de la sociedad civil y de organismos no gubernamentales empezaron a advertir del impacto negativo que tendría la propiedad intelectual si los bioprospectores o sus empresas empezaran a controlar con ese instrumento los recursos biológicos y el conocimiento tradicional asociado. A pesar de lo delicado del tema, la respuesta fue lenta. Tuvieron que pasar seis años para que la Cop, esa vez celebrada en La Haya en abril de 2002, tomara la decisión VI/24 C (3 a) de solicitar al Secretariado Ejecutivo “encargarse de reunir mayor información y análisis sobre el impacto de los regímenes de propiedad intelectual sobre el acceso a y el uso de los recursos genéticos y la investigación científica”. La labor fue endosada a un grupo de trabajo *ad-hoc* que después de varias reuniones identificó los siguientes problemas (Berne Declaration *et al.* 2005): (a) tensión entre los derechos de propiedad intelectual y la consecución de objetivos sociales más amplios, particularmente los relacionados con las necesidades de los productores pobres; (b) impedimentos al desarrollo efectivo de la ciencia debido al flujo y al intercambio de información restringidos, y (c) aumento de los costos en el desarrollo de productos (que se traduce en precios más altos para los consumidores). Desgraciadamente y a pesar del tiempo transcurrido, estas conclusiones no se han concretado en recomendaciones ni en acciones consecuentes.

En cuanto a las reuniones del Consejo de *Adpic*, en su agenda de discusión se encuentran los siguientes temas: (1) continuar con el examen



Limón, Costa Rica

iniciado en 1999 del párrafo 3 b) del artículo 27, que trata de la patentabilidad o no patentabilidad de las invenciones relacionadas con las plantas y los animales, y de la potestad que los países tienen de otorgar protección de las obtenciones vegetales mediante una ley propia (*sui generis*); (2) cumplir con el párrafo 19 de la Declaración de Doha de 2001 acordado en la reunión ministerial celebrada en esa ciudad para dar seguimiento a los acuerdos administrados por la OMC, entre ellos el de *Adpic*, párrafo en el que se ordena al Consejo examinar la relación entre *Adpic* y el CDB, la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore, y otros nuevos acontecimientos pertinentes.

En las reuniones para cumplir con dicho mandato los países en vías de desarrollo han generado dos líneas diferentes de discusión. Una es la del grupo africano, y en gran medida de India, que insistentemente han pedido eliminar las patentes sobre formas de vida y hacer efectivo el derecho de los países para elaborar su propia ley de protección de variedades vegetales, lo cual ha sido objetado por los países industrializados deseosos de imponer patentes sobre cualquier producto biotecnológico y de hacer obligatoria la adhesión a la Unión para la Protección de Obtenciones Vegetales (Upov) en su acta de 1991, en caso de que algún país no otorgara patentes a plantas. Otra línea de discusión es sobre la solicitud de los países del grupo de los megadiversos, de los que Costa Rica forma parte, para evitar la biopiratería, cuya propuesta es la modificación del *Adpic* “para que se incluya la exigencia al solicitante de una patente relativa a materiales biológicos o conocimientos tradicionales para que se divulgue la fuente y el país de origen del recurso utilizado en la invención, así como las pruebas del consentimiento informado previo y de la distribución justa y equitativa de los beneficios” (Perú 8-2005). (Por cierto, muchas organizaciones civiles y no gubernamentales en el mundo hemos expresado nuestro desacuerdo con esta exigencia del grupo de países megadiversos por considerar que con ella están aceptando la propiedad intelectual sobre formas de vida.) De cualquier forma, el tiempo ha pasado y en torno a estas demandas no ha habido consenso favorable, siendo Estados Unidos y Japón unos de los más férreos opositores. Hace algunos años Estados Unidos había manifestado que “la prescripción que se propone es incompatible con el *Adpic*. Las actuales normas de divulgación establecidas en el artículo 29 están directamente orientadas a determinar si una invención se ajusta a los criterios de patentabilidad y a divulgar la tecnología que se espera proteger mediante la patente, de manera que otros puedan reproducir dicha tecnología y aprender de ella” (Estados Unidos IP/C/M/30 párrafo 177). Por su parte, Japón (IP/C/M/29, párrafo 155) argumentó que la divulgación de origen y consideraciones relacionadas serían entorpecedoras y encarecedoras del procedimiento de la concesión de las patentes, y asimismo ha indicado que el valor económico de las

invenciones creadas sobre los recursos biológicos puede ser muy variable, atribuible principalmente a los esfuerzos del inventor y a las actividades de comercialización del dueño de la patente (IP/C/W/257, párrafo 156; IP/C/W/236). Estados Unidos insistió recientemente (IP/C/W/449 6-2005, párrafos 11 y 23) en que un nuevo requisito de divulgación para patentar no es la solución apropiada, siendo primero necesario que los países establezcan sus sistemas nacionales de acceso y distribución de beneficios antes de empeñarse en una discusión de requisitos de divulgación adicionales.



San Pedro de Montes de Oca

De lo multilateral a lo bilateral

Debido al estancamiento de las discusiones en el Consejo de *Adpic*, Estados Unidos ha optado por una estrategia múltiple y combinada utilizando, entre otros, los tratados de libre comercio bilaterales o regionales para conseguir aquí lo que le es más difícil conseguir en un medio multilateral (Rodríguez 2005). Veamos lo que ha sucedido con el TLC-Eucard en tres puntos relacionados con la biodiversidad:

TLC-Eucard cierra discusión de artículo 27.3 b)

En el *tlc* con Chile se empezó a cerrar la discusión del artículo 27.3 b) sobre la patentabilidad o no patentabilidad de las invenciones relacionadas con las plantas y la protección de las variedades vegetales, cerco estrechado en el TLC-Eucard.

En el Reporte al Presidente y al Congreso de los Estados Unidos, el Comité Asesor Funcional de la Industria de Estados Unidos (IFAC-3 por sus siglas en inglés) expresa su complacencia por las exitosas negociaciones del TLC-Eucard al obligar a las partes a adherirse a la Upov 91 y superar el acuerdo de libre comercio con Chile en su compromiso para patentar plantas. El acuerdo con Chile dice que se “harán esfuerzos razonables por medio de un proceso participativo y transparente para desarrollar y proponer una legislación dentro de los cuatro años siguientes a la entrada en vigencia del acuerdo”. El TLC-Eucard dice escuetamente que se “harán todos los esfuerzos razonables para otorgar dicha protección mediante patentes” (artículo 15.9.2), frase ésta que, pareciendo inocua, es una obligación más reforzada según el criterio del mismo Reporte en que los signatarios instan al Gobierno de Estados Unidos a asegurar que ese compromiso se traduzca en reformas de los sistemas de patentes de las partes tan pronto como sea posible (*Op. Cit.*: 14).

En relación con las variedades de plantas, en el TLC-Eucard los países se obligan a pertenecer a Upov 91, como única medida de protección, si no hubiesen aceptado las patentes sobre plantas. De esta manera se cierra cualquier otra posibilidad para que cada país elabore en ese tema su propia ley nacional (*sui generis*).

A pesar de estas decisiones avasalladoras, el Ifac-3 muestra su sinsabor porque en el TLC-Eucard no hubo compromisos para limitar la aplicación de la exclusión del patentamiento de animales -ahora que la ingeniería genética en ese campo está tomando impulso- y otras cláusulas del artículo 27.3 b) de los *Adpic* que sí se

consiguieron en el tratado con Singapur. Lo que significa que en futuros tratados bilaterales el cerco se irá cerrando más, pues, nuevamente en sus palabras: “el proceso de los acuerdos comerciales ha llegado a ser el proceso principal por medio del cual las empresas basadas en la propiedad intelectual sean capaces de asegurar que los estándares de protección y cumplimiento vayan al paso de nuevos desarrollos” (*Op. Cit.*: 4)

Quiero hacer notar que la Oficina del Representante de Comercio de Estados Unidos recibió y retransmitió al presidente y al Congreso de Estados Unidos 32 reportes similares al entregado por el Ifac-3 (TLC-EUCA 2005), los cuales evalúan otros aspectos del Nafta. Sus observaciones no son vinculantes pero tienen un gran peso en las decisiones de dichas instancias políticas. Por ejemplo, el Ifac-3 está constituido por un buen número de empresas biotecnológicas y especialmente farmacéuticas cuya capacidad de cabildeo tanto en las foros multilaterales como bilaterales es de sobra conocida.

Solicitud de divulgación de origen en Nafta

Éste es un tema recientemente abierto a discusión y de una gran complejidad técnico-jurídica. (Agradezco el material y comentarios de René Velée y de Peter Einersson, de Grain, para escribir este punto del cual soy personalmente responsable.) Además del contenido de los artículos del Nafta, se incorporan en el debate otros argumentos. En relación con las bases para pensar que efectivamente en este tratado hay una cancelación implícita de la solicitud de los megadiversos, tenemos primero las actas de las reuniones del Consejo de *Adpic* en las que Estados Unidos, entre otros, ha expresado consistente y reiteradamente su total desacuerdo de aumentar los requisitos de divulgación para solicitar una patente. Esta posición la mantuvo todavía en la reunión de agosto de 2005 (ver punto anterior), un año después de la firma del TLC-Eucard. Es lógico pensar que este país no defendería posiciones contradictorias sobre el mismo tema en dos espacios de negociación diferentes.

En segundo lugar, el reporte del Ifac sobre el TLC-EU-Australia, enviado a la consideración del presidente y el Congreso de Estados Unidos el 12 de marzo de 2004, exactamente el mismo día en que enviaron el reporte del TLC-Eucard, señala que “Estados Unidos debiera tomar la oportunidad de negociaciones futuras de acuerdos de libre comercio para dejar claro *que ningún requisito de divulgación puede ser impuesto a los solicitantes de patentes, más allá de aquéllos señalados en el artículo 29 de Adpic*. Tal disposición *prohibiría explícitamente* a los países imponer requisitos especiales de divulgación en relación con el origen de los recursos genéticos o razones similares *que podrían ser utilizadas como base para rechazar la concesión de una patente o revocarla* (énfasis añadido).

Dos comentarios al respecto. En el reporte de Ifac-Australia no caben dudas de interpretación, y ya me he referido al gran peso de las opiniones de esta comisión en la toma de decisiones del gobierno y congreso de Estados Unidos. Por otro lado, si bien ellos piden textos explícitos y el TLC-Eucard no tiene esa condición (ver más abajo), lo cierto es que la petición en el reporte del Ifac-Australia podría ser válida para tratados futuros pero no para el TLC-Eucard que para esa fecha estaba ya circulando públicamente a solo dos meses de su firma a fines de mayo de 2004.

Actualmente Estados Unidos está discutiendo otros tratados, entre ellos con Tailandia y con la región andina, países que han pedido incluir entre sus cláusulas el requisito de divulgación de origen. Al momento de escribir este artículo, sus resultados todavía están pendientes, pero el Reporte del Comité de Medios y Arbitrios de la Cámara de Representantes de Estados Unidos sobre la Misión Comercial a Colombia, Ecuador y Perú (Committee on Ways and Means US House of Representatives - September 2005: 5) marca una pauta a considerar. Al referirse al tema de biodiversidad indica que, aunque reconoce que es importante para los países andinos, la protección que buscan en el tratado de libre comercio no cabe en el régimen de propiedad intelectual. En su lugar proponen, tal como lo han hecho en las discusiones del Consejo de *Adpic*, que sea protegida mediante contratos.

Otro analista, Jean-Frédéric Morin, es de la opinión de que la disposición del artículo 15.9.9 del TLC-Eucard sí podría significar un techo para impedir que se amplíen los requisitos de divulgación en el artículo 29 de *Adpic*. El texto del artículo 15.9.9, aunque de ninguna manera es explícito, sí sería consecuente con la firme posición de Estados Unidos en el Consejo de *Adpic* y con la recomendación del reporte Ifac-Australia (Morin 2004).

Los argumentos de Morin son los siguientes. Recuerda primero que una de las condiciones clásicas impuestas a los solicitantes de patentes a cambio de los derechos exclusivos de mercadeo es divulgar los detalles de la invención “de manera *suficientemente clara y completa* para que las personas capacitadas en la técnica de que se trate puedan llevar a efecto la invención” tal como lo señala el artículo 29 *Adpic* (énfasis añadido). Este requisito, también presente en muchas las leyes nacionales, no se repetía en ninguno de los *tlc* anteriores a 2004, rigiendo los principios y estándares de *Adpic* para gobernar las relaciones entre las partes en esa materia (Roffe 2004: 19). Ahora reaparece en el TLC-Eucard con distinta redacción como sigue: “Cada Parte deberá establecer que la divulgación de una invención reclamada debe considerarse que *es suficientemente clara y completa* si proporciona información que permite que la invención sea efectuada o utilizada por una persona diestra en el arte, sin experimentación indebida, a la fecha de la presentación” (énfasis añadido).

Manteniendo una duda razonable, podríamos pensar que la redacción del artículo 15.9.9. tiene la intención de prohibir la inclusión de otros requisitos de divulgación. Si con esta manifestación poco explícita se consigue dicho objetivo es lo que parece menos evidente. Ahora bien, en el caso de que Morín tuviera razón, los países centroamericanos y República Dominicana que ya ratificaron el TLC-Eucard podrían quedar inhibidos de seguir exigiendo la ampliación de los requisitos del artículo 29 de *Adpic* para contener, en un esfuerzo desesperado de los países megadiversos -aunque equivocado según algunos- el acceso ilegal a sus recursos bioquímicos y genéticos.

Una vez ratificado el TLC-Eucard no se podría dar marcha atrás ni en este tema ni en la revisión de patentabilidad de seres vivos del artículo 27. 3 b), independientemente de lo que se llegue a consensuar en las discusiones de *Adpic*, ya que el artículo 15.1 sobre Propiedad Intelectual dice: “Cada Parte, como mínimo, dará vigencia a este Capítulo. Una Parte puede, aunque no está obligada a ello, implementar en su legislación nacional una protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual más amplia que la requerida bajo este capítulo, a condición de que dicha protección y observancia no infrinja este Capítulo”.

Por último, quiero referirme brevemente a otras opiniones que consideran que la petición de los países megadiversos puede tener asidero en el artículo 15.9.4 del TLC-Eucard sobre los motivos para revocar o anular el otorgamiento de una patente. En este artículo, a las razones de falta de cumplimiento de novedad, de altura inventiva o utilidad, se le adiciona el fraude, la falsa representación o conducta similar. Joshua Sarnoff (2004) opina que ese agregado daría pie para que las leyes nacionales puedan exigir otras condiciones para el rechazo de patentes, aun en la ausencia directa de fraude, falsa representación o conducta similar.

Carlos Correa (2005) no estaría de acuerdo con Sarnoff al señalar que el agregado en el artículo 15.9.4 del TLC-Eucard no es sustituto para una obligación expresa de divulgación de origen del recurso, tal como sigue: “Hasta el punto de que tal divulgación no se establezca como requisito legal, ningún fraude, falsa representación o conducta similar pueden ser invocadas, a no ser de que tal conducta sea también inconsistente con la obligación general de divulgar impuesta bajo la ley de patentes. (Por ejemplo, cuando el solicitante reclama ser inventor de un conocimiento adquirido de una comunidad indígena.)”.

En resumen, los *tlc* dejan más preguntas abiertas que respuestas claras tanto en el asunto de las exigencias para la patentabilidad como en las revocatorias y cancelaciones de patentes. Se trata de un tema todavía en debate a la expectativa de lo que pueda dilucidar un grupo reducidísimo de expertos. Pero, independientemente de cuáles sean los resultados de esa discusión, es evidente que las leyes nacionales y aun algunos compromisos adquiridos multilateralmente parecieran tener una enorme fragilidad y estar expuestos a modificaciones a veces subrepticias por quienes tienen el equipo asesor más astuto o mejor informado. Vale aquí en toda su extensión el dicho de que “en el mundo de los negocios no gana quien tiene la razón sino quien es más hábil para comerciar”.

Bioprospección como servicio transfronterizo

Costa Rica, no por sugerencia de Estados Unidos en las discusiones de *Adpic* sino por decisión propia y en cumplimiento de sus obligaciones en el *CDB*, ha invertido desde 1996 una gran cantidad de recursos y esfuerzo humano en la elaboración y ejecución de la *Ley de biodiversidad* y en las Normas generales para el acceso a los elementos y recursos genéticos y bioquímicos (Decreto ejecutivo 31514). Listo el país para ejecutar su normativa, hizo su aparición un inesperado y sigiloso Anexo 1 sobre “Medidas disconformes” a los capítulos 10 (“Inversiones”) y 11 (“Servicios transfronterizos”) como parte del TLC-Eucard, donde se considera la bioprospección como “servicio científico y de investigación”. De allí sigue una cadena de consecuencias. Primero, los permisos de acceso se tienen como “acuerdos de inversión”. Aprobado y firmado el permiso podría llegar a ser un contrato de inversión siguiendo su definición estándar (Correa 2004: 23) para concluir con la privatización de sus resultados por medio de la propiedad intelectual.

En un artículo reciente (Rodríguez 2005b) expuso de manera amplia cómo, a consecuencia de la implementación de esos mecanismos, los requisitos básicos para el acceso y el derecho a la objeción cultural establecidos en la *Ley de biodiversidad* (artículos 63 y 66) quedan a merced de los capítulos 10 y 11 del TLC-Eucard puesto que la medida “disconforme” interpuesta por Costa Rica no salva los incisos y contenido principal de dichas normas. El país solo preserva, a pesar del trato nacional, la exigencia de que el bioprospector designe un representante legal residente en el país si se trata de una persona física o jurídica domiciliada en el extranjero (ver abajo recuadro). Ignoro si fue el equipo negociador de Costa Rica el único responsable de esta medida disconforme o qué tipo de presiones recibió pero lo importante es el resultado final que puede ser de enorme trascendencia, pues una progresiva *Ley de biodiversidad* como la de Costa Rica ha sido convertida en un régimen de inversión despojada de sus bases políticamente sensibles. Estos resultados son consistentes con la posición de Estados Unidos de promover sistemas de acceso basados en contratos de acuerdo con el *CDB* pero ahora muy acotados e incluso tergiversados por todas las reglas de los capítulos de inversión y de servicios (Velvee 2005).

Incomprensible y fuera de la *Ley* fue el papel de los negociadores de nuestro país al suscribir estos acuerdos sin antes someterlos al escrutinio y discusión nacionales, especialmente de la Comisión Nacional de Gestión de la

Biodiversidad. Al respecto la *Ley de biodiversidad* señala en su artículo 21: “Consulta Obligatoria: La Comisión (Nacional de Biodiversidad) actuará como órgano consultor del Poder Ejecutivo y de las instituciones autónomas en materia de biodiversidad, las cuales podrán consultar a la Comisión antes de autorizar los convenios nacionales o internacionales, o de establecer o ratificar acciones o políticas que incidan en la conservación y uso de la biodiversidad”.

Ley de biodiversidad, artículo 63

Los requisitos básicos para el acceso serán:

1. El consentimiento previamente informado de los representantes del lugar donde se materializa el acceso, sean los consejos regionales de áreas de conservación, los dueños de fincas o las autoridades indígenas, cuando sea en sus territorios.
2. El refrendo de dicho consentimiento previamente informado, de la Oficina Técnica de la Comisión.
3. 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.
4. La definición de los modos en los que dichas actividades contribuirán a la conservación de las especies y los ecosistemas.
5. La designación de un representante legal residente en el país, cuando se trate de personas físicas o jurídicas domiciliadas en el extranjero.

Hay dos casos que ejemplifican los conflictos entre la *Ley de biodiversidad* y el TLC-Eucard, los cuales, si Costa Rica ratificara éste, deberían resolverse conforme éste lo demanda (ampliar en Rodríguez 2005b): (1) La *Ley de biodiversidad* (artículos 63.1 y 65) estipula que la falta del consentimiento previamente informado de las comunidades y de las autoridades indígenas es razón para rechazar el permiso de acceso a los recursos solicitados, y también contempla su objeción por "motivos culturales, espirituales, sociales, económicos o de otra índole" (artículo 66). Pero eso no sería conforme con el artículo 11.4 -especialmente el inciso (a)- del TLC-Eucard, que se refiere a la no imposición de limitaciones en el "acceso a mercados". El requisito estipulado en la *Ley de biodiversidad* para otorgar permisos de bioprospección (artículo 63.3) que demanda especificar "los términos de transferencia de tecnología y distribución equitativa de beneficios (...) 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" entraría en contradicción con el "requisito de desempeño" del capítulo de "Inversión" (artículo 10.9, inciso 1.f) del TLC-Eucard pues no se puede exigir a los inversionistas, en este caso sus bioprospectores, hacer una transferencia a una persona en el territorio nacional de "tecnologías u otro conocimiento" de su propiedad como requisito para autorizar una "inversión". Normalmente debe mediar el pago de regalías u otras condiciones impuestas por los dueños. Es decir, no estaríamos hablando de una verdadera transferencia en el sentido de "ceder a otra persona el derecho, dominio o atribución que se tiene sobre algo" (según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española), sino de la compra o alquiler de tecnología. (2) El artículo 78 de la *Ley de biodiversidad* entra en abierta contradicción con el capítulo 15 del TLC-Eucard ya que aquél establece excepciones para el otorgamiento de cualquier tipo de propiedad intelectual, y, al no enlistar los negociadores costarricenses estas excepciones en las Medidas disconformes, ellas deberán adecuarse a las exigencias del TLC-Eucard. Así, Costa Rica perdería con los tratados comerciales el control del patrimonio bioquímico y genético, consustancial al material biológico presente en nuestros ecosistemas agrícolas y silvestres.

Conclusiones

Con la información anterior podemos comprobar el alto grado de sofisticación y complicación al que ha llegado la discusión en estos acuerdos multilaterales y bilaterales. Estamos en manos de expertos que utilizan un lenguaje técnico de difícil comprensión y que con frecuencia no se ponen de acuerdo entre ellos mismos. Mientras tanto, la enorme mayoría de la población, no se diga las comunidades y pueblos indígenas, vive totalmente ajena a las controversias y pactos que se tejen alrededor de "sus" recursos y de "su" conocimiento.

Considero que no podemos seguir desgastándonos en lentos procesos en el Consejo de *Adpic*. Nuestros representantes han tardado años hablando sobre si la solicitud de divulgación de origen de los megadiversos debiera adoptarse multilateralmente y sobre cuál sería su peso jurídico, o bien sobre si debe ser solamente materia de legislación nacional. Otros adelantan ideas sobre si esa solicitud de divulgación de origen se convertiría en uno más de los requisitos para patentar en el artículo 27.1, o si se trata de una competencia de los requisitos de divulgación del artículo 29. En este campo las decisiones están igualmente estancadas.

Si a ese gasto de tiempo, energía y costo agregamos ahora la enorme carga adicional de los *tlc*, el problema se agudiza. Estos tratados con frecuencia inician los capítulos de propiedad intelectual diciendo que su fundamento se encuentra en el *Adpic*. No obstante, los negociadores manejan según sus intereses este principio general. A veces reproducen íntegramente algunos artículos, incrementan exigencias de otros (patentes sobre plantas, imposición de Upov 91), reescriben otros (como el 29) y definen a su antojo (bioprospección, legislación ambiental). Mientras

tanto, la biodiversidad languidece y la gente de los pueblos sigue viviendo en la miseria. Su vida está en manos de un grupo de negociadores, de expertos y de la presencia activa de las empresas transnacionales que tienen en sus manos la capacidad de definir e interpretar su mundo y sus necesidades sin siquiera conocerlos.

Una nueva lectura de la aparente contradicción entre los tratados de comercio y el ambiente nos señala que en el fondo quizás no exista la tal contradicción. Hay autores que nos hablan más bien de un punto de convergencia ya que el mismo *CDB* estaba concebido para la promoción del mercantilismo (Friends of the Earth Internacional 2005). “Vender para salvar” fue el motor ideológico del tercer objetivo del *CDB* sobre la “distribución justa y equitativa de beneficios”. Para ello los países ricos en biodiversidad deberíamos dar “acceso facilitado” pero bajo las condiciones y los parámetros del capital globalizado. Pocos cuestionamos el significado de los beneficios “monetarios” y si los llamados “no-monetarios”, al ser definidos también por los expertos en materia de “creación de capacidades”, coincidían con las definiciones, usos y costumbres de los pueblos y comunidades.

El proceso continuó. Como dicen que no hay almuerzo gratis, pronto aceptamos con la misma ingenuidad la idea de que si no hay patentes no hay beneficios. De allí saltaron rápidamente los megadiversos a decir que el problema era la biopiratería por no ser una actividad legal, y que para solucionarlo deberíamos llevar el asunto al campo de la propiedad intelectual en la legislación internacional exigiendo añadir el certificado de origen y de legalidad de procedencia a los solicitantes de patentes. Algunos nos dicen que los megadiversos han sido muy exitosos porque han mantenido este asunto en la agenda del Consejo de *Adpic* y en las *conferencias de las partes* han apoyado el *régimen internacional de acceso*. Nos dicen también que han demostrado eficiencia por haber introducido el tema de la “protección” del conocimiento tradicional en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. ¿Pero estamos las y los observadores de este proceso satisfechos de estos resultados? ¿Estamos también contentos con el gran logro del *Tratado de los recursos fitogenéticos para la agricultura y la alimentación* que incluye un artículo sobre el no patentamiento de los recursos protegidos “en la forma recibida” pero sin responsabilidad subsiguiente? ¿Estamos contentas y contentos con introducir de lleno a la biodiversidad en los *tlc* y al conocimiento tradicional bajo el alero de la propiedad intelectual? ¿Qué pensarán los megadiversos si en los *tlc* pierden lo poco que han logrado en las esferas multilaterales?

Estos apretados pensamientos sobre esta historia hartó predecible nos convocan una vez más a la consideración de que no podemos seguir en este camino. Recuperemos la lucha por la defensa de los bienes comunes. Solidaricémonos con la organización de los pueblos y comunidades, con sus demandas de territorios, con la recuperación y la protección de sus semillas, con el fomento de sus lenguas y el folclore, con el respeto a sus creencias y el apoyo a su autonomía, pues solo así podremos prestar nuestro apoyo a la protección de sus recursos y conocimiento. ¡Es hora de empezar a desandar lo andado y emprender un camino diferente!

Referencias bibliográficas

- Berne Declaration, Bio Watch et al. 2005. *Patents on genetic resources contradict facilitated access*. Briefing Paper. Committee on Ways and Means US House of Representatives. 2005. *Report on Trade Mission to Colombia, Ecuador and Peru*. [<http://waysandmeans.house.gov/media/pdf/109cong/wmcp/wmcp109-6.pdf>]
- Correa, Carlos. 2004. *Tratados Bilaterales de Inversión*. Grain [www.grain.org]
- Correa, Carlos. “The Politics and Practicalities of a Disclosure of Origin Obligation”, en *Occasional Paper*, No.16, January 2005. Quaker International Affairs Programme [www.geneva.quino.info]
- Estados Unidos-IP/C/M/30-párrafo 177 [www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/art.27_3b_s.htm agregando el número suministrado]
- Estados Unidos-IP/C/W/449-Junio 2005-párrafos 11 y 23 [www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/art.27_3b_s.htm agregando el número suministrado]
- Friends of the Earth Internacional. 2005. *Nature for sale: the impacts of privatizing water and biodiversity*. January 2005 [www.foei.org]
- Industry Functional Advisory Committee on Intellectual Property Rights for Trade Policy Matters (Ifac-3). 2004. *Report of Ifac-3 to the President, the Congress and the United States Trade Representative on the US-Central American Free Trade Agreement*. [www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/CAfta_Report]
- Industry Functional Advisory Committee http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Australia_FTA/Reports/asset_upload_file813_3398.pdf
- Japón, IP/C/M/29, párrafo 155. En www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/art.27_3b_s.htm agregando el número suministrado.
- Japón-IP/C/W/257-párrafo 156-IP/C/W/236. [www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/art.27_3b_s.htm agregando el número suministrado]
- Morin, Jean-Frederic. 2004. *The Future of Patentability in International Law according to the CAFTA*. Unisfera, Centre International [www.unisfera.org]
- Joshua Sarnoff . 2004. *Compatibility With Existing International Intellectual Property Agreements of Requirements for Patent Applicants to Disclose Origins of Genetic Resources and Traditional Knowledge and Evidence of Legal Access and Benefit Sharing*. Public Interest Intellectual Property Advisors, Inc. [www.piipa.org/DOO_Memo.doc]
- Perú-IP/C/W/447- 8 junio 2005 www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/art.27_3b_s.htm agregando el número suministrado]
- Roffe, Pedro. 2004. *Bilateral Agreements and Trips-plus World: The Chile-USA Free Trade Agreement*. Quaker International Affairs Program. Ottawa.
- Rodríguez, Silvia. (2005a) “Propiedad intelectual sobre la vida: Estrategias para consolidarla”, en *Biodiversidad, sustento y culturas*, 44, 2005 [www.biodiversidadla.org]
- Rodríguez, Silvia. (2005b) “La propiedad intelectual en el TLC-Eucard: mecanismo de apropiación del patrimonio bioquímico y genético”, en Trejos, María Eugenia y Mario Fernández (eds). 2005. *El TLC-Eucard: Estrategia de tierras arrasadas*. Eunéd. San José.
- TLCEUCA. 2005. *Informes de 32 Comités presentados por la Oficina del Representante de Comercio al Presidente y al Congreso de Estados Unidos* [www.inventariando.com/articulo.php?id=3683]

Entrevistas

- Einersson, Peter (Grain). 2005.
- Velvee, Renee (Grain). 2005.

