



## Informe de Investigación

### TÍTULO: CARÁCTER DEMANIAL DE LAS PROPIEDADES GENÉTICAS Y BIOQUÍMICAS DE LOS ELEMENTOS DE LA BIODIVERSIDAD

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Administrativo	<b>Descriptor:</b> Bienes de Dominio Público
<b>Palabras clave:</b> Bienes de Dominio Público, Bienes Demaniales, Biodiversidad, Recursos Genéticos, Propiedades Bioquímicas	
<b>Fuentes:</b> Doctrina, Normativa y Jurisprudencia	<b>Fecha de elaboración:</b> 23/03/2011

### Índice de contenido de la Investigación

<b>1. RESUMEN</b> .....	<b>1</b>
<b>2. DOCTRINA</b> .....	<b>1</b>
a) Protección de la biodiversidad biológica.....	1
b) Bienes de dominio público.....	5
<b>3. NORMATIVA</b> .....	<b>6</b>
a) Ley de Biodiversidad.....	6
<b>4. JURISPRUDENCIA</b> .....	<b>6</b>
a) Régimen demanial de los recursos bioquímicos y genéticos.....	6

#### 1. RESUMEN

A lo largo del presente informe, se examina la naturaleza jurídica de los recursos genéticos y bioquímicos regulados por medio de la Ley de Biodiversidad. Se incorporan algunos análisis normativos y doctrinales sobre el carácter de bien de dominio público de estos recursos, así como un extracto jurisprudencial administrativo, emanado de la Procuraduría General de la República.

## 2. DOCTRINA

### **a) Protección de la biodiversidad biológica**

[CABREA MEDAGLIA, J.]<sup>1</sup>

“1. La riqueza biológica de los países tropicales como los ubicados en la región y las posibilidades de utilización de los recursos genéticos, bioquímicos y del conocimiento tradicional asociado, constituyen hoy por hoy una realidad incontestable. Los avances en las técnicas de exploración de organismos, las posibilidades de las "nuevas biotecnologías" han abierto las puertas para una nueva consideración del "valor oculto" de nuestros recursos y conocimientos tradicionales. Cada vez es más frecuente escuchar sobre el interés de las empresas agroquímicas, de semillas y farmacéuticas en realizar prospecciones en nuestras riquezas naturales y en la utilización del conocimiento tradicional como guía para sus investigaciones. Sin embargo, por las disposiciones legales que luego comentaremos, existe la obligación de que este acceso a nuestros recursos y conocimientos cumpla con varios requisitos:

a) La obtención del consentimiento fundado previo del Estado y demás titulares del conocimiento o del biológico, genético y bioquímico (conocido por sus siglas en inglés como PIC).

b) La negociación de la distribución de beneficios derivados del acceso a la biodiversidad y el conocimiento tradicional asociado, por medio de un acuerdo o contrato que contemple los "términos mutuamente acordados" en que el acceso se celebra.

c) La conservación de la biodiversidad y la creación de capacidades nacionales para dar valor agregado a los recursos naturales propios de cada país.

Estos nuevos requerimientos legales configuran lo que denominaremos el Régimen de Acceso a los Recursos Genéticos y Bioquímicos.

2. Básicamente este mecanismo funcionaría a través de convenios o contratos celebrados entre las empresas que desarrollan investigaciones de este tipo (o inclusive intermediarios) y alguno u algunos colaboradores en el país de origen del recurso: el gobierno, instituciones de índole científica, miembros de comunidades locales o indígenas, etc. De esta forma, se aseguraría a estos últimos algún tipo de compensación a cambio del germoplasma o del conocimiento tradicional (pago por las muestras -up front-, royalties de las ganancias netas de los potenciales resultados, transferencia de tecnología, capacitación, etc). Parte de esa compensación se destinaría a la conservación de la diversidad biológica. De esta manera, las críticas al sistema de recursos genéticos gratuitos y productos



patentados y vendidos, sería salvada y se distribuirían equitativamente los beneficios derivados del uso de la diversidad biológica, como manda el artículo primero de la Convención sobre la Diversidad Biológica.

3- No obstante, no se trata únicamente de controlar el acceso a los recursos biológicos, genéticos y bioquímicos. También como parte de estos marcos regulatorios debe de protegerse el conocimiento, innovaciones y prácticas de las comunidades locales y pueblos indígenas, especialmente la existente en algunos países de la zona. El hecho de que durante centurias, los pueblos indígenas y campesinos han desarrollado sus propios sistemas, prácticas y conocimientos en materia agrícola, combate de plagas, manejo de recursos naturales, medicina tradicional, etc., es reconocido por las sociedades actuales. Por supuesto que este conocimiento es de valor y de utilidad para sectores sociales, diferentes a quienes los crearon y desarrollaron con su esfuerzo intelectual. De esta forma, el uso de esas prácticas tradicionales ha traído consigo enormes beneficios económicos y sociales para el resto de los habitantes de cada Estado e inclusive de otras naciones del planeta. Sin embargo, ¿qué ha pasado con estos pueblos indígenas y comunidades locales? ¿Se les ha compensado de alguna manera por su labor y sabiduría? La respuesta a la interrogante anterior habría sido negativa. De esta forma, durante cierto tiempo la diversidad biológica, la labor de mejoramiento tradicional de cultivos y animales y los conocimientos autóctonos sobre la misma, fueron considerados como un bien de tipo público no exclusivo, cuyo acceso era libre y gratuito. Se consideró como "Patrimonio Común de la Humanidad". No obstante, a partir de estos recursos genéticos obtenidos sin costo alguno, se desarrollaron productos de diversa índole: nuevas variedades vegetales, productos farmacéuticos, plaguicidas, etc., que eran definidos como propiedad privada y sujetos de derechos de propiedad intelectual (básicamente los denominados derechos de obtención vegetal, patentes de invención y secretos comerciales). De esta manera, eran puestos a disposición de los países en desarrollo a un determinado precio. La asimetría de esta relación entre recursos genéticos suministrados gratuitamente por el sur y productos finales adquiridos por un precio a empresas del Norte, debió ser justificada de alguna manera. Para lograr tal efecto, se echó mano de un concepto que permitió, extraer la riqueza genética de nuestros países, sin otorgar ninguna compensación. Este concepto, dispuso que la diversidad biológica era concebida patrimonio común de la humanidad, (Common Heritage of Mankind), es decir un bien público, por cuyo aprovechamiento no debe ser realizado desembolso alguno. Por supuesto que los plaguicidas, medicamentos y semillas mejoradas, se ubican bajo el alero de otra noción: la propiedad privada.

Paralelamente al surgimiento de una conciencia internacional de rechazo al concepto de Patrimonio Común de la Humanidad, las nuevas biotecnológicas de la



Tercera Generación (básicamente ADN recombinante y la fusión celular) y los avances en el campo de la microelectrónica y las técnicas de ensayo de materiales biológicos, han revitalizado el interés de las empresas farmacéuticas, químicas, biotecnológicas y de semillas, tanto por los recursos genéticos en estado silvestre como por el conocimiento tradicional de los pueblos indígenas y comunidades locales. A ello debe sumarse la alarmante desaparición tanto de la diversidad biológica como de las comunidades autóctonas y sus conocimientos y tradiciones.

Por otra parte, los datos y ejemplos del aprovechamiento del germoplasma y del conocimiento tradicional indígena para la industria biotecnológica, en especial para los sectores, alimenticio, farmacéutico, agroquímico y de semillas son múltiples y aleccionadores.

4. De esta forma, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, aprobado en la Cumbre de la Tierra en Rio de Janeiro en 1992, ha venido a tratar de cambiar el estado de las cosas. Esta transformación, no obstante, dependerá en definitiva de cada uno de los países y de la cooperación entre ellos, para establecer políticas y leyes sobre acceso y distribución de beneficios y su respectiva armonización regional en el caso.

Este Acuerdo internacional reafirma la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales (art. 3), al mismo tiempo que establece como uno de sus objetivos, a la par de la conservación y el uso sostenible, la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados del acceso y uso de la biodiversidad. Esta soberanía conlleva la posibilidad de regular el acceso a esos recursos y el conocimiento asociado, sujetando el mismo a lo que disponga la legislación nacional y a una distribución justa y equitativa de los beneficios entre los diversos actores (arts. 13, 16 y 19).

En conclusión la lectura de estos artículos, nos demuestra la preocupación por establecer medidas más concretas sobre la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados del uso de la diversidad biológica, en especial tecnología, resultados de investigación y beneficios derivados del uso de recursos genéticos entre quienes los aportan y quienes los aprovechan. Las particularidades del texto son múltiples: frases tan escuetas como facilitar, asegurar o promover; calificación de las medidas en términos de mutuamente acordados, referencias al mecanismo financiero, a la protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual; a bases justas y equitativas, pese a las indicaciones en relación con las disposiciones especiales para países en desarrollo, las medidas por tomar pueden serlo tanto por naciones desarrolladas como en desarrollo, por supuesto que con diferente intensidad y contenido, etc.

En síntesis, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, constituye una fuente de

derecho internacional ambiental, con implicaciones sobre los flujos de materiales, los derechos de propiedad intelectual y las compensaciones debidas a quienes aportan los mismos (proveedores) por parte de quienes los utilizan (usuarios). Según el mismo, todos los países deben compartir los beneficios económicos o de otra índole entre aquellos que provoca recursos genéticos y quienes los aprovechan. Además, se exige que el país que aporta los recursos genéticos de su consentimiento fundado (PIC por sus siglas en inglés) previo, requisito necesario para que el usuario pueda acceder a los mismos. También se supone que la necesidad de contar con este consentimiento previo y de distribuir beneficios se aplica a lo interno del país, es decir con las comunidades locales, pueblos indígenas y en general particulares que vivan en sus fronteras. Este consentimiento informado debería finalizar en un contrato que plasma los términos mutuamente convenidos que mencionan el Convenio de Biodiversidad.”

### **b) Bienes de dominio público**

[COMISIÓN NACIONAL DE BIODIVERSIDAD]<sup>2</sup>

“La legislación costarricense ha determinado que los recursos genéticos y bioquímicos de la biodiversidad son de dominio público. Así, cuando se habla de dominio público se habla de una técnica jurídica que da lugar a un título de intervención administrativa sobre esos bienes, en el cual el Estado ejerce una especial tutela con base en potestades y competencias, reguladas por el Derecho público, con el propósito de garantizar el cumplimiento de los fines a los cuales están afectados dichos bienes.

Cabrera, J.[i] señala que un bien de dominio público o bien demanial como también se le denomina, es aquél bien público (por pertenecer a un ente público) afecto a un fin de utilidad pública, en razón de lo cual está sometido a un régimen especial administrativo de protección y uso de los bienes. De esta forma, tres son las características que distinguen a los bienes de dominio público:

- Su pertenencia a un ente público.
- Su afectación a un fin de utilidad pública
- Su sometimiento a un régimen especial administrativo de protección y uso de esos bienes.

Asimismo la Sala Constitucional en su Sentencia 2306-91 de fecha 6 de noviembre 1991, ha destacado lo siguiente: “El dominio público se encuentra integrado por bienes que manifiestan, por voluntad expresa del legislador, un destino especial de servir a la comunidad, al interés público.- Son los llamados bienes dominicales, bienes dominiales, bienes o cosas públicas o bienes públicos, que no pertenecen individualmente a los particulares y que están destinados a un

uso público y sometidos a un régimen especial, fuera del comercio de los hombres.- Es decir, afectados por su propia naturaleza y vocación.- En consecuencia, esos bienes pertenecen al Estado en el sentido más amplio del concepto, están afectados al servicio que prestan y que invariablemente es esencial en virtud de norma expresa.- Notas características de estos bienes, es que son inalienables, imprescriptibles, inembargables, no pueden hipotecarse ni ser susceptibles de gravamen en los términos del Derecho Civil y la acción administrativa sustituye a los interdictos para recuperar el dominio.- Como están fuera del comercio, estos bienes no pueden ser objeto de posesión, aunque se puede adquirir un derecho al aprovechamiento, aunque no un derecho a la propiedad.- El permiso de uso es un acto jurídico unilateral que lo dicta la Administración, en el uso de sus funciones y lo que se pone en manos del particular, es el dominio útil del bien, reservándose siempre el Estado, el dominio directo sobre la cosa.- La precariedad de todo derecho o permiso de uso, es consustancial a la figura y alude a la posibilidad que la administración, en cualquier momento lo revoque, ya sea por la necesidad del Estado de ocupar plenamente el bien, por construcción de una obra pública al igual que por razones de seguridad, higiene, estética, todo ello en la medida que si llega a existir una contraposición de intereses entre el fin del bien y el permiso otorgado, debe prevalecer el uso natural de la cosa pública.

En consecuencia, el régimen patrio de los bienes de dominio público, como las vías de la Ciudad Capital, sean calles municipales o nacionales, aceras, parques y demás sitios públicos, los coloca fuera del comercio de los hombres y por ello los permisos que se otorguen serán siempre a título precario y revocables por la Administración, unilateralmente, cuando razones de necesidad o de interés general así lo señalen.”.”

### 3. NORMATIVA

#### a) *Ley de Biodiversidad*<sup>3</sup>

##### **Artículo 6.- Dominio público**

Las propiedades bioquímicas y genéticas de los elementos de la biodiversidad silvestres o domesticados son de dominio público.

El Estado autorizará la exploración, la investigación, la bioprospección, el uso y el aprovechamiento de los elementos de la biodiversidad que constituyan bienes de dominio público, así como utilización de todos los recursos genéticos y bioquímicos, por medio de las normas de acceso establecidas en el capítulo V de



esta ley.

#### 4. JURISPRUDENCIA

##### **a) Régimen demanial de los recursos bioquímicos y genéticos**

[PROCURADURÍA GENERAL]<sup>4</sup>

“Una de las preocupaciones más importantes que se desprenden de la gestión de reconsideración planteada por la CONAGEBIO, consiste en la supuesta desprotección en la que se deja a los recursos genéticos y bioquímicos como bienes de dominio público, al excepcionar a la Universidad de Costa Rica del cumplimiento de las regulaciones establecidas en la Ley de Biodiversidad. Al respecto, es esencial que la administración consultante tenga claro que en ningún momento la interpretación dada mediante el dictamen C-240-2006 pone en peligro dichos bienes demaniales. Y para ello, se procederá brevemente a elucidar las razones de fondo que impiden tal razonamiento.

Como punto de partida, hay que tener presente que nuestro país optó por recurrir a un régimen de demanialización de los recursos genéticos y bioquímicos como técnica de protección, al disponer que las propiedades bioquímicas y genéticas [2] de los elementos de la biodiversidad silvestres o domesticados son de dominio público (artículo 6 de la LB). Y es que esta afectación dada por el legislador, está fundamentada en la importancia internacional (“interés común de la humanidad”) que tiene la conservación y uso sostenible de los elementos de la biodiversidad. Relevancia -por demás- concertada a nivel global a partir de la Convención sobre la Diversidad Biológica, y reconocida por nuestro país a partir de su ratificación, y posterior promulgación de la ley de biodiversidad en 1998. Es así como se origina el régimen jurídico-administrativo que ordena el uso privativo (o régimen de “acceso”) de este bien demanial, y que es conforme además con las obligaciones y garantías adquiridas por nuestro país a nivel internacional.

Pues bien, lo dicho anteriormente significa que la ley de biodiversidad y su régimen de uso y protección de los recursos genéticos y bioquímicos constituye el marco regulatorio e interpretativo general que se ha de aplicar a todos los usuarios de dicho demanio, salvo aquellos excluidos por ella misma, por disposición legislativa. Precisamente, en tal sentido es que señalamos en el dictamen C-240-2006 que la autonomía universitaria no implica sustracción al conjunto del ordenamiento jurídico, ni una desaplicación absoluta de la ley de biodiversidad y el decreto número 31154-MINAE. Todo lo cual es consecuente también con lo dispuesto en los artículos 3 y 5 *Ibíd.*:

“Artículo 3.-

Ámbito de aplicación [...] Esta ley regulará específicamente el uso, el manejo, el conocimiento asociado y la distribución justa de los beneficios y costos derivados del aprovechamiento de los elementos de la biodiversidad.

Artículo 5.-

Marco de interpretación. Este ordenamiento jurídico servirá de marco para la interpretación del resto de las normas que regulan la materia objeto de esta ley.”

Es por lo dicho que resulta incongruente interpretar que a partir de nuestro dictamen se estaría violentando el régimen jurídico que tutela estos bienes de dominio público, así como los principios que lo componen. Es claro, por un lado, que el Estado es el titular exclusivo y excluyente de este demanio, por otro, que es mediante el marco normativo que se define el ámbito objetivo y subjetivo al cual se le aplicará este régimen, así como las potestades de control y tutela.

Y es precisamente así, como el Estado se asegura que en el uso de los recursos bioquímicos y genéticos no se ha de poner en peligro la diversidad biológica, así como una distribución justa y equitativa de los beneficios que surjan de tal aprovechamiento, además de su papel de garante del respeto a los derechos y conocimientos tradicionales asociados de las comunidades locales y pueblos indígenas. Nótese que nuestro legislador agrupó todos estos elementos bajo la definición de biodiversidad [3].

Lo dicho, nos conduce a afirmar que se trata de un sólo régimen jurídico, cuyo funcionamiento se debe dar como un todo coherente, aún y cuando se reconozca exclusiones en su ámbito de aplicación. Y a esta ideología es conteste la ley de biodiversidad en su artículo 6 al disponer:

“El Estado autorizará la exploración, la investigación, la bioprospección, el uso y el aprovechamiento de los elementos de la biodiversidad que constituyan bienes de dominio público, así como la utilización de todos los recursos genéticos y bioquímicos, por medio de las normas de acceso establecidas en el capítulo V de esta ley.” (Resaltado no es del original)

Ahora bien, tomando en consideración lo expuesto anteriormente, es necesario retomar el significado de lo estipulado en el dictamen C-240-2006, cuando dice:

“El legislador ha dispuesto que la administración de estos la ejerza un órgano desconcentrado como la CONAGEBIO, pero eso no óbice para que el mismo legislador disponga que otras entidades públicas como son las universidades y centros públicos de educación superior, también lo puedan hacer. ”

De este modo, lo expresado debe entenderse como el señalamiento propio de un ejercicio de lege ferenda a efectos de explicar las atribuciones legislativas en la



materia, pues en el caso del demanio bioquímico y genético, el mismo carece de los privilegios asignados a otras categorías de dominio público (párrafos a, b y c del inciso 14 del artículo 121 Constitucional).

Así las cosas, se aclara que nada de lo dicho en el dictamen de referencia, desvirtúa las facultades de administración que en ese sentido le corresponden exclusivamente al Ministerio de Ambiente y Energía, a través de la Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad, la cual consecuentemente tiene a su cargo la aplicación del régimen jurídico propio de esta tipología del dominio público [4], salvo en aquellos supuestos que la misma LB haya declarado estar fuera de su ámbito de aplicación.”

**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 CABRERA MEDAGLIA, Jorge: "Acceso a los recursos genéticos y el papel de los derechos de propiedad intelectual", *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 91, 2000, pp. 53-56.
- 2 COMISIÓN NACIONAL DE BIODIVERSIDAD, Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones: *Servicios que presta la CONAGEBIO y su Oficina Técnica*, [en línea], consultada en marzo de 2011, disponible en: [http://www.minae.go.cr/tramites/requisitos/comision\\_nacional\\_gestion\\_biodiversidad.html#\\_edn1](http://www.minae.go.cr/tramites/requisitos/comision_nacional_gestion_biodiversidad.html#_edn1)
- 3 Ley No. 7788 de 30 abril de 1998.
- 4 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen No. 273-2007, del 7 de agosto de dos mil siete.