



OBSERVACIONES AL CAPÍTULO IV “BIOCOMERCIO” DEL PROYECTO DE LEY DE GESTIÓN DE DIVERSIDAD BIOLÓGICA, ACTUALMENTE EN CONSULTA PÚBLICA.

Astrid Uzcátegui Angulo¹

Kerling Veruska Venegas Guarín²

El Grupo sobre Políticas Públicas de Propiedad Intelectual adscrito al CEPESAL – ULA, al conocer el Proyecto de Ley de Gestión de la Diversidad Biológica presentado a la Asamblea Nacional por la Comisión Permanente de Ambiente, Recursos Naturales y Ordenación Territorial, aprobado en primera discusión y actualmente en consulta pública, hemos querido presentar algunas observaciones de fondo a éste, particularmente en relación con el Capítulo IV del Título VIII, sobre el Biocomercio,

Debemos comenzar por expresar que dentro del referido capítulo no debería estar incluido lo referente a patentes ni certificados de obtentor, el tema de la Propiedad Intelectual es muy extenso y complejo, y en materia de patentes hay muchos otros aspectos importantes que no se plasman en el proyecto. Así que se recomienda dejar este tema sólo para la Ley que regule la materia.

En segundo lugar, resulta oportuno dejar claro que el referido proyecto hace mención al Acuerdo de Cartagena, siendo que ya Venezuela no es parte de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), y sobre la vigencia de la aplicación de

¹ Abogada egresada de la Universidad de Los Andes (ULA), especialista en propiedad intelectual por la ULA. Magíster en Derecho y Doctor en Derecho en el área de Relaciones Internacionales por la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, Brasil. Profesora en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la ULA. Investigadora en el área de la propiedad intelectual dentro del Grupo de Trabajo de Asuntos Indígenas (GTAI) y responsable del Grupo de Investigación sobre Políticas Públicas de Propiedad Intelectual (G3π), adscritos al Centro de Estudios Políticos y Sociales de América Latina (CEPSAL) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la ULA, Mérida, Venezuela. E-mail: astrid@ula.ve

² Abogada egresada de la Universidad de Los Andes (ULA), especialista en propiedad intelectual por la ULA. Investigadora en el área de la propiedad intelectual dentro Grupo de Investigación sobre Políticas Públicas de Propiedad Intelectual (G3π), adscritos al Centro de Estudios Políticos y Sociales de América Latina (CEPSAL) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la ULA, Mérida, Venezuela. E-mail: venegas@celapi.com

las decisiones de la Comunidad Andina de Naciones, existen actualmente dos tendencias opuestas, una que defiende la vigencia de dichas normas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y la otra tendencia que dispone que éstas ya no tienen vigencia desde el mismo momento en que Venezuela dejó de formar parte de la CAN. Por su parte, no ha habido pronunciamiento aún del máximo órgano competente en materia de interpretación de las normas, lo cual hace sugerir que no es conveniente mencionar las decisiones de la CAN en los nuevos instrumentos que se estén generando.

Dicho esto, seguidamente nos ocupamos de hacer algunas observaciones a los contenidos del proyecto en el tema del Biocomercio.

Artículo 2. A los efectos de la presente ley, la gestión de la diversidad biológica comprende:

2.13. La incorporación de aquellos conocimientos tradicionales de las comunidades locales e indígenas que sean utilizables como práctica favorables para la conservación y aprovechamiento y manejo de la diversidad biológica.

OBSERVACIÓN AL ARTÍCULO 2: Al leer este numeral e interpretarlo en concordancia con el artículo 3 de este proyecto de Ley, se evidencia que el legislador está pretendiendo ampararse en la declaratoria de utilidad pública contenida en el artículo 3, para otorgar al Ejecutivo Nacional la posibilidad de expropiar a las comunidades locales e indígenas de sus componentes intangibles asociados a la biodiversidad.

Artículo 12: A los efectos de la presente ley, se establecerán las siguientes:

Biocomercio: Se refiere al conjunto de actividades de recolección y/o producción, procesamiento y comercialización de bienes y servicios derivados de la biodiversidad nativa, bajo criterios de sustentabilidad.

OBSERVACIONES A LA DEFINICIÓN DE BIOCOMERCIO: Se recomienda revisar esta definición, ya que Biocomercio se refiere principalmente a la comercialización de la biodiversidad bajo criterios de sustentabilidad, y dentro de la comercialización se engloba la recolección, producción procesamiento y cualquier otra forma de comercialización. Pero en ningún momento se debe entender que estas actividades implican despojar a las comunidades indígenas o locales del derecho a decidir sobre sus componentes intangibles, y a gozar colectivamente de los

beneficios que de tal uso se deriven, de tal como lo han plasmado en los artículos analizados

Artículo 75. El ejecutivo Nacional otorgará patentes para las creaciones o invenciones relativas a recursos genéticos modificados, productos sintetizados y procesos para su obtención, de conformidad con lo establecido en esta Ley, en leyes vinculadas con la materia y en las normas que regulen los derechos de propiedad industrial, dictadas por la Comisión del Acuerdo de Cartagena. No se otorgarán patentes a ninguna forma de vida genoma o parte de éste.

OBSERVACIONES AL ARTÍCULO 75: Este artículo no debe estar incluido en esta ley, ya que la materia de Propiedad Intelectual es muy extensa y compleja, para tratarla tan a la ligera como lo plantea este artículo, por otra parte, nos preguntamos ¿es que los recursos genéticos modificados, productos sintetizados, no constituyen formas de vida? Lo cual en la parte final del artículo queda prohibido su patentamiento.

Tal como mencionamos en la introducción, se hace mención al Acuerdo de Cartagena, siendo que ya Venezuela no es parte de la Comunidad Andina de Naciones (CAN).

Artículo 76. El Ejecutivo nacional otorgará certificado de obtentor a las personas que hayan creado u obtenido variedades vegetales, cuando estas sean nuevas homogéneas distinguibles y estables y se les hubiese asignado una denominación que constituye su designación genérica, siempre y cuando hayan cumplido con los requisitos establecidos en las decisiones del Acuerdo de Cartagena vigentes para la fecha.

OBSERVACIONES AL ARTÍCULO 76: Los Certificados de Obtentores, son una figura sui generis de protección que entra dentro del campo específico de la propiedad intelectual. Por lo que este tema también debe dejarse para que sea abordado en la Ley que regule la materia. Igual observación a la anterior, merece este artículo respecto a la mención que se hace a las decisiones de la CAN.

Artículo 77. La autoridad nacional ambiental, en coordinación con los órganos y entes competentes en la materia de producción y comercio, revisará las patentes y otros derechos de propiedad intelectual registrados fuera del país, sobre la base de recursos genéticos nacionales, con el fin de reclamar los derechos correspondientes por su utilización.

OBSERVACIONES AL ARTÍCULO 77: Este artículo en la práctica es de muy difícil cumplimiento, ya que no toma en cuenta la realidad, pues las bases de datos de patentes existentes fuera de nuestro país, son verdaderamente extensas. Este artículo no tendría mucho éxito en la aplicación, por lo que se aconseja eliminarlo.

Además, el legislador pretende hacer la búsqueda con el fin de reclamar derechos en la utilización, siendo lo correcto pedir la anulación de toda patente extranjera que sea detectada y que haya sido obtenida sin cumplir con los mecanismos de contrato de acceso a los recursos genéticos y el mecanismo de consentimiento fundamentado, previo y distribución justa y equitativa, cuando esta patente se haya desarrollado usando componentes intangibles de las comunidades locales o indígenas que estén asociados a los recursos genéticos.

Artículo 78. La autoridad nacional en garantía del ejercicio pleno de la soberanía sobre los recursos genéticos, podrá permitir el acceso a tales recursos, sus productos derivados y los componentes intangibles asociados, si empre que dicho acceso no cause daño al dominio público de la nación.

Artículo 79. La autoridad nacional ambiental será la responsable de regular el acceso a los recursos genéticos y para ellos podrá otorgar las autorizaciones para la investigación en el área o celebrar contratos de acceso a dichos recursos, sus productos derivados y los componentes intangibles asociados.

Artículo 81. Toda persona natural o jurídica que pretendan realizar investigaciones que involucren el acceso a los recursos genéticos, sus productos derivados y los componentes intangibles asociados, con fines de prospección biológica, aplicación industrial o aprovechamiento comercial, deberán celebrar un contrato de acceso suscrito entre el solicitante y la autoridad nacional ambiental, sin menoscabo del cumplimiento de otras disposiciones legales establecidas al efecto.

Artículo 83. Cuando el acceso a los recursos genéticos, sus productos derivados y los componentes intangibles asociados se pretenda realizar en hábitat de las comunidades indígenas, será requisito indispensable para la emisión del contrato de acceso por parte de la autoridad nacional ambiental, la obtención del consentimiento fundamentado previo por parte de dichas comunidades. Cuando el acceso tenga fines de prospección biológica, aplicación industrial o

aprovechamiento comercial, en el contrato se deberá prever la distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de tal utilización.

Artículo 84. El estado reconoce y valora los derechos de las comunidades locales y de los pueblos indígenas, sus conocimientos innovaciones y prácticas tradicionales, componentes intangibles asociados a la utilización de la diversidad biológica y sus componentes, así como su derecho a disfrutar colectivamente de los beneficios que de ellos se deriven.

Respecto a las observaciones de los artículos 78, 79, 81, 83 y 84 es necesario hacer la siguiente reflexión:

En el Preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica –aprobado mediante Ley aprobatoria, lo cual lo convierte en ley vigente dentro de nuestro ordenamiento jurídico y de aplicación preferente a cualquier otra norma de inferior rango- reconoce, *“la estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos, y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes”*.

Para ser aplicables y conseguir los objetivos que allí se plantean, es necesario que los estados hagan efectiva la norma, mediante la creación de leyes nacionales³. En la Ley de Diversidad biológica, se había desarrollado de manera sistematizada y mucho más organizada el reconocimiento de esta protección contenida a manera general en el convenio sobre la diversidad biológica, y vemos cómo por ejemplo se borró del nuevo proyecto la declaratoria contenida en el artículo 43 de la aún vigente ley, la cual plasma el principio de consentimiento fundamentado previo, y lo desarrolla de la siguiente manera:

“Se reconoce a las comunidades locales y pueblos indígenas el derecho que les asiste a negar su consentimiento para autorizar la recolección de materiales bióticos y genéticos, el acceso a los conocimientos tradicionales y los planes y

³ Jorge, Albites B. **La Protección de los Conocimientos Tradicionales en los Foros Internacionales.** Informe sobre la situación actual. Estudio Preparado para el Ministerio de Ciencia y Tecnología de Venezuela. Marzo, 2002, p. 6

proyectos de índole biotecnológica en sus territorios, sin haber obtenido previamente la información suficiente sobre el uso y los beneficios de todo ello. Podrán igualmente, exigir la eliminación de cualquier actividad, si se demuestra que ésta afecta su patrimonio cultural o la Diversidad Biológica”

Asimismo, En lo relativo al principio de distribución justa y equitativa de beneficios, el artículo 84 de la misma Ley, indica que:

“El Estado reconoce y se compromete a promover y proteger los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y locales sobre sus conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica, así como el derecho de éstas a disfrutar colectivamente de los beneficios que de ellos se deriven y de ser compensadas por conservar sus ambientes naturales”.

Por lo que parece que el nuevo proyecto menoscaba el derecho que sólo tienen las comunidades locales o indígenas de autorizar el acceso a sus conocimientos asociados a los recursos genéticos, por cuanto en el artículo 78, 79, 81 y 83 le otorgan competencia a la autoridad nacional ambiental para otorgar las autorizaciones sobre:

- Los recursos genéticos
- Sus productos derivados y
- Al componente intangible asociado.

De esto se evidencia que se menoscaban los derechos de las comunidades indígenas o locales ya que según este artículo la autorización para el componente intangible la va a otorgar la Autoridad Nacional Ambiental, cuando lo correcto es que las comunidades sean las únicas que puedan autorizar el uso sobre sus conocimientos, ya que esta es la tendencia que se sigue en los países andinos y del Mercosur, tal como se desprende por ejemplo del artículo 35 de la decisión de la comunidad andina de naciones, la cual establece:

“Cuando se solicite el acceso a recursos genéticos o sus productos derivados con un componente intangible, el contrato de acceso incorporará un anexo como parte integrante del mismo, donde se prevea la distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de la utilización de dicho componente.

El anexo será suscrito por el proveedor del componente intangible y el solicitante del acceso. También podrá ser suscrito por la Autoridad Nacional

Competente, de conformidad con las previsiones de la legislación nacional del País Miembro. En caso de que dicho anexo no sea suscrito por la Autoridad Nacional Competente, el mismo estará sujeto a la condición suspensiva a la que se refiere el artículo 42 de la presente Decisión.

El incumplimiento a lo establecido en el anexo será causal de resolución y nulidad del contrato de acceso”

Consideramos que se debe mantener la tendencia que se venía aplicando en las normas de la CAN y en la Ley de Diversidad Biológica de que sólo a los titulares del componente intangible es a quienes se les debe reconocer el derecho a autorizar o negar el acceso a ese componente o conocimiento, porque dejar la norma tal como está, sería menoscabar el reconocimiento que hace la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece a los pueblos o comunidades indígenas el derecho de mantener y desarrollar su propia identidad y el derecho a establecer sus propias formas de desarrollo (artículo 123), para lo cual es imprescindible el respeto del manejo y disposición de su patrimonio cultural, siendo que sus conocimientos tradicionales son parte de su identidad, y es necesario que se mantenga en este nuevo proyecto de Ley el mandato de que la autorización que hagan las comunidades sobre sus conocimientos, debe estar sujeta –en todo momento- a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas (artículo 120), y se debe mantener el mandato de que dicho consentimiento, sea un anexo o contrato accesorio obligatorio a incluir en el contrato principal que es el contrato de acceso a los recursos genéticos, y que no sea la autoridad nacional ambiental quien tenga la potestad de otorgar la autorización sobre el componente intangible asociado a los mismos.

Respecto de los artículos 79, 81, 83 y 84 **se propone ampliar las partes en el contrato de acceso. Se plantea así incorporar a los pueblos y comunidades indígenas, campesinas y locales, aspecto este por cierto que no fue recogido en la Decisión 391 de la CAN.**

Asimismo, se propone igualmente que se incorpore lo establecido en el proyecto de ley de diversidad biológica en el artículo 84, el contenido del artículo 43 de la Ley de diversidad Biológica, transformándolo en el 81 por orden de prioridad.

Artículo 82. Constituyen limitaciones, para el acceso a los recursos biológicos y sus productos derivados:

1. El eventual peligro de erosión genética ocasionad pro las actividades de acceso
2. Las regulaciones sobre bioseguridad
3. Cuando se trate de recursos genéticos o de ecosistemas declarados por la autoridad nacional ambiental de importancia estratégica.

OBSERVACIONES AL ARTÍCULO 82: Dentro de estas limitaciones se deberían incluir en forma expresa los casos en que la Comunidad Indígena niegue el consentimiento, cuando este material biológico o sus productos derivados se encuentren dentro de sus hábitats, tal como lo reconoce el artículo 43 de la vigente Ley de Diversidad Biológica mencionado anteriormente.

También, se propone que en el numeral 3 del artículo 82 se propone incorporar luego de estratégica ecológica o cultural.

Artículo 85. La autoridad nacional ambiental podrá dar el tratamiento de confidencialidad a aquellos datos e informaciones que le sean presentados con motivo del procedimiento o de la ejecución del proyecto de acceso cuando estos impliquen el desarrollo de innovaciones científicas y tecnológicas, amparadas por una patente y en resguardo de los derechos de autor, de conformidad con la presente ley y demás normativas aplicables.

OBSERVACIONES DEL ARTÍCULO 85: El concepto de confidencialidad envuelve aspectos de propiedad intelectual, por lo que no debería ser objeto de regulación en el presente proyecto. No obstante es bueno acotar que en este artículo se habla de tratamiento de confidencial de datos e informaciones presentados con motivo de procedimientos de acceso amparados por una patente y en resguardo de derechos de autor porque cuando estos conocimientos están ya amparados por una patente el conocimiento ya es de conocimiento público, y cuando se habla de derecho de autor el conocimiento tiene que haber sido publicado tiene que haberse dado a conocer. Además hace mención a la protección de confidencialidad en esta ley siendo que este es el único artículo que la consagra.

Artículo 114. La persona natural o jurídica que realice transacciones sobre derechos de propiedad intelectual ya reconocidos en materia de diversidad biológica, será sancionada con prisión de uno (1) a dos (2) años o multa de mil (1000) a dos mil (2000) unidades tributarias. Las transacciones realizadas serán

nulas de nulidad absoluta, sin perjuicio de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados.

OBSERVACIONES AL ARTÍCULO 113, 114, 117, 118 119 y 120: Todos estos artículos están relacionados con propiedad intelectual, y deben incluirse en la norma que regule la materia. Y vale hacer énfasis en que el artículo 114 menoscaba el derecho constitucionalmente reconocido de propiedad intelectual, ya que limita a sus titulares en el uso goce y disposición de su patente, al castigarlos por cualquier con nulidad absoluta de cualquier actos de transacción que se hagan de una patente en materia de diversidad biológica, de la cual son titulares, además de sancionarlos con prisión o multa.

Finalmente, creemos que el capítulo titulado BIOCOMERCIO debió haber sido desarrollado para crear mecanismos que impulsen y apoyen la generación y consolidación de los bionegocios en Venezuela basado en la biodiversidad nativa, como incentivo para su conservación aplicando principios de sustentabilidad ambiental, social y económica.

Mérida 25 de agosto del 2008.