

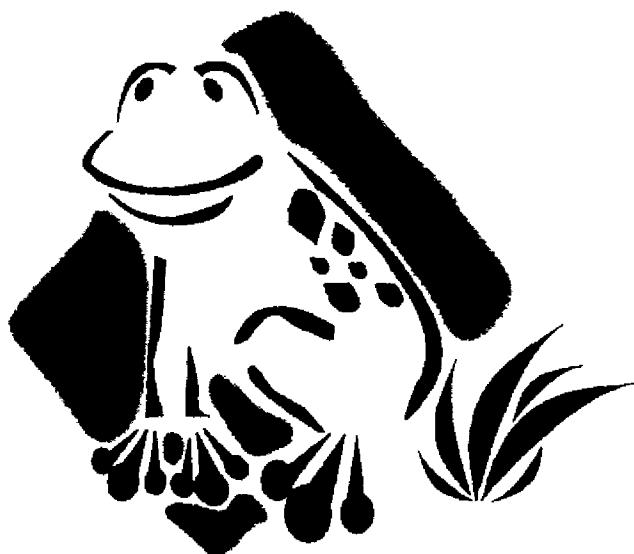


Ministerio de Planificación
Nacional
y Política Económica



La Conservación y Uso de la Biodiversidad para el Desarrollo Sostenible

Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica
Sistema Nacional para el Desarrollo Sostenible
Comisión Asesora de Biodiversidad



B i o d i v e r s i d a d

02 de Octubre



RESUMEN EJECUTIVO

La Comisión Asesora en Biodiversidad es una comisión consultiva del SINADES creada por decreto ejecutivo (Nº 24555-Mirenem-Plan, Gaceta Nº 164 del 30 de agosto de 1995), con carácter asesor en el campo de la biodiversidad. Su formación responde principalmente al compromiso de Costa Rica de implementar la Convención sobre la Diversidad Biológica, firmada en Río de Janeiro en 1992 y ratificada en 1994. Recientemente responde también a los compromisos adquiridos con la firma de convenios regionales como ALIDES.

COABIO inició funciones en Enero de 1995. El Coordinador de la Comisión es el Dr. Rodrigo Gámez, nombrado por Acuerdo (A-132-94-Mirenem) en octubre de 1994. La Secretaría Ejecutiva la tiene desde entonces el INBio, específicamente la Biol. Vilma Obando.

Está formada por 13 miembros tanto del sector público como del privado, especialistas en los diversos temas que trata la Convención sobre la Diversidad Biológica*.

Objetivo General:

- Asesorar y recomendar acciones para la aplicación de la Convención sobre la Diversidad Biológica y la Agenda 21 en sus capítulos pertinentes, tomando en cuenta la realidad nacional

Objetivos Específicos:

- Asesorar y hacer recomendaciones al SINADES para la aplicación de la Convención
- Promover divulgación de asuntos en biodiversidad
- Promover discusiones en áreas temáticas críticas
- Asesorar al SINADES en asuntos legales y compromisos internacionales
- Asesorar en obtención de recursos financieros
- Impulsar programas en educación y capacitación
- Promover programas y actividades regionales

Principales actividades de la Comisión:

- Diagnóstico de los logros del país en conservación de la biodiversidad**
- Estudio detallado de la Convención sobre la Diversidad Biológica**
- Elaboración la propuesta de financiamiento de la Estrategia Nacional de Conservación de la Biodiversidad y su Plan de Acción, la realización del segundo Estudio de Biodiversidad y del Primer Informe de País a la Convención. Esta propuesta fue aprobada por el GEF y se está ejecutando desde enero de 1998. Es un proyecto conjunto COABIO-SINAC-INBio.
- Representación del país en las reuniones técnicas-asesoras y generales de las Partes del Convenio.
- La redacción de un proyecto marco de ley de biodiversidad por un Comité ad hoc. Este proyecto fue presentado como respuesta a la solicitud de la Comisión del Ambiente de la Asamblea Legislativa en enero de 1997, donde se estaba discutiendo un proyecto al respecto. En Julio de 1997, la Comisión del Ambiente formó una Subcomisión Técnica para estudiar las diferentes respuestas recibidas y buscar el consenso. Esta Subcomisión está siendo coordinada por la Dra. Silvia Rodríguez de la UNA, donde COABIO cuenta con un representante.

Un logro particularmente relevante es el haber constituido, a través de estos años de labor, un grupo de especialistas interesado y muy dinámico, asegurando la continuidad y la calidad del trabajo.

* Miembros según Artículo de la Convención:

Conservación In Situ : Alvaro Ugalde y Rodrigo Gámez. Identificación y seguimiento de la biodiversidad, Educación y conciencia pública: Rodrigo Gámez. Uso Sostenible de la Biodiversidad, Acceso a Recursos Genéticos: Ana Sittenfeld. Bioseguridad, Investigación, Ciencia y Tecnología: Pedro León, R. Gámez, Edgar Gutiérrez. Marco legal: Jorge Cabrera, Eugenia Wo Ching, Carlos Manuel Rodríguez. Acceso a recursos fitogenéticos, Conservación Ex-Situ : Ana Lorena Guevara, Leopoldo Pixley. Indicadores de Desarrollo Sostenible: E. Gutiérrez . Manejo de Información, Clearing House Mechanism : Francisco Mata. Valoración económica: Olman Segura. Representante Ministerio de Relaciones Exteriores (Punto Focal de la Convención): Javier Díaz.

**Documentos disponibles en la Secretaría.

Para mayor información dirigirse a V. Obando. INBio, Telef. 244 0690, Fax: 244 4654, email: vobando@quercus.inbio.ac.cr.

PREMISAS, PRINCIPIOS Y CONTENIDOS DE UNA LEY MARCO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA¹

JORGE A. CABRERA MEDAGLIA.

Uno de los temas ambientales que mayor atención y debate han suscitado en el último año, ha sido el del marco legal de la diversidad biológica. Desde mediados del año pasado, a raíz de la presentación de un Proyecto de Ley sobre Biodiversidad, diversas mesas redondas y discusiones públicas se han llevado a cabo sobre esta iniciativa. En enero de este año se presentó un Proyecto Sustitutivo con algunos cambios puntuales, pero de una orientación de política similar al primero de los textos. Muchas observaciones se hicieron llegar a la Asamblea Legislativa por medio de la consulta que se realizó de este nuevo Proyecto. Uno de ellas, la presentada por la Comisión Asesora en Biodiversidad (COABIO), incluye una propuesta completa de una Ley Marco sobre la Diversidad Biológica, que formalmente, sin embargo, no es parte de la corriente legislativa.

Este artículo, no pretende referirse a ninguna de las iniciativas anteriores, sino brindar los lineamientos generales que, a mi juicio, deberían ser parte de cualquier legislación comprensiva de la biodiversidad y poder así contribuir al debate nacional sobre este tópico.

PREMISAS BÁSICAS DE LA LEY

- La elaboración de cualquier normativa, requiere de previo la definición de la orientación de política a la cual responderá. En este sentido, es necesario partir de una determinada política ambiental, que será la que sirva de norte a la legislación, como mecanismo o instrumento para cumplir con la misma. Uno de los más frecuentes errores en materia ambiental ha sido la confusión entre la ley y la política, considerándose que aquella constituye la política ambiental, cuando tan solo debería ser su instrumento.

Error! Bookmark not defined.

- Cualquier marco jurídico en la materia debe considerar los compromisos adquiridos por Costa Rica a la luz de la Convención sobre la Diversidad Biológica y otros acuerdos internacionales pertinentes, tales como el Convenio sobre el Comercio de Especies de Flora y Fauna en Vías de Extinción (CITES), el Convenio para la Conservación de Humedales (RAMSAR), el Convenio Centroamericano sobre Biodiversidad, entre otros. La normativa debe, sin embargo, no solo cumplir con las obligaciones estipuladas en esos Convenios sino también establecer los mecanismos apropiados para ejercitar los derechos a una distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la diversidad biológica, la transferencia de tecnología, especialmente biotecnología y el acceso a fondos nuevos y adicionales, que el ordenamiento jurídico internacional prevé. Al mismo tiempo debe tenerse presente que estos instrumentos internacionales constituyen, por así decirlo, el mínimo común denominador y que las necesidades nacionales pueden ir mucho más allá.

¹Estas reflexiones son producto de la experiencia en la elaboración del proyecto de Ley de Biodiversidad para Nicaragua, de un borrador de proyecto de Ley nacional para la Comisión Asesora en Biodiversidad y de algún contacto con las negociaciones internacionales del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

- Costa Rica es uno de los países líderes en esta materia. Su Sistema Nacional de Áreas de Conservación, los procesos de inventario y prospección, los proyectos de uso sostenible de los elementos de la biodiversidad, nos han puesto a la vanguardia en esta área. Por ello, deben apoyarse aquellos procesos que han demostrado ser exitosos y modificarse y mejorarse aquellos que son susceptibles de hacerlo. Cambios o transformaciones radicales sin justificación alguna no deben de ser emprendidos.

- La estrategia costarricense en biodiversidad, se ha basado en la idea de salvar, conocer y utilizarla. Solamente en el tanto se demuestre a la sociedad el valor de la biodiversidad para aumentar su calidad de vida, ésta podrá conservarse. Por ende, tentativas de reducir el tema de la biodiversidad a su confinamiento en determinadas categorías de áreas protegidas; limitaciones excesivas a la investigación científica y tecnológica, etc., son no solo contraproducentes sino que están alejadas de la realidad costarricense.

- Las políticas y regulaciones que tendrán efectos, positivos o negativos, sobre la diversidad, son de las más variada índole, algunas de las cuales parecen poco relacionadas con esta temática (ej. propiedad intelectual, etc.). Sin embargo, debido a que en definitiva afectarán la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica su formulación e implementación deberá de considerar esta variable.

CONTENIDOS BÁSICOS:

Los elementos básicos que una Ley Marco sobre Biodiversidad debería contener son los siguientes:

- Principios, objetivos, ámbito de aplicación y definiciones

Una de las fortalezas de una legislación comprensiva sobre biodiversidad estaría constituida por un sólido conjunto de principios. El valor de los mismos no solo tendría efectos en conseguir los objetivos de la ley sino que permitiría permear el resto del ordenamiento jurídico nacional, especialmente aquellas leyes sectoriales relacionadas con el tema, tales como la ley de conservación de la vida silvestre, la ley forestal, una futura ley de humedales, etc. Plasmar en la legislación principios tales como el principio preventivo, el precautorio, el de integración de políticas ambientales y de desarrollo, la internalización de costos y beneficios ambientales, la equidad inter e intra generacional, el respeto a la vida en todas sus manifestaciones, el uso sostenible, la soberanía nacional, el acceso a la información y participación pública, etc., podría tener un impacto positivo en el desarrollo en general del derecho ambiental y en su aplicación por parte de las autoridades jurisdiccionales y administrativas. Adicionalmente dado el carácter marco de la ley, sus principios servirán de fuente de interpretación del resto del ordenamiento y en caso de conflicto con leyes sectoriales, lo dispuesto en ella debe prevalecer.

- Los objetivos de la Ley, estarían constituidos por tres: la conservación, el uso sostenible de la diversidad y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su acceso. Por ello, a la par de tradicionales preocupaciones por la conservación y el uso, se agrega un nuevo elemento: la distribución de los beneficios derivados del acceso comercial o no a los recursos biológicos y genéticos, por parte, por ejemplo, de la industria farmacéutica, biotecnológica, de semillas, etc.

- El ámbito de aplicación: la legislación debe precisar si se refiere a la diversidad biológica tanto terrestre como marina, silvestre y domesticada, al conocimiento tradicional asociado a ella, etc.

- Definiciones: la ley debe tomar en consideración que para la claridad de las consecuencias jurídicas se requiere un conjunto ordenado y completo de definiciones de términos tales como bioprospección, bioseguridad, biotecnología, material genético, conservación in situ, etc.

- Acceso a los recursos biológicos, genéticos y bioquímicos.

Uno de los temas candentes en materia de diversidad biológica es el del acceso a los recursos. Para poder establecer mecanismos de distribución de beneficios la mayoría de las opciones seleccionadas se basan en el acceso a los recursos a través de regulaciones y procedimientos, que en su mayoría finalizan con un contrato o acuerdo entre el proveedor del recurso o el conocimiento y el interesado en el acceso y previa aprobación (o participación en el propio contrato según algunos) del gobierno. La exigencia del Convenio sobre la Diversidad Biológica en su artículo 15 de que el acceso se lleve a cabo requiriendo el consentimiento fundamentado previo del país de origen del recurso, se cumpliría por medio de este régimen legal.² La idea subyacente radica en asegurar de alguna forma que el uso de los recursos biológicos y genéticos de Costa Rica y del conocimiento tradicional asociado, sean compensados, por su utilización para fines de prospección.

Una definición del mecanismo de las prospecciones, podría formularse de la siguiente manera: la exploración química o bioquímica o genética de diversos organismos con el fin de obtener algún producto de utilidad para el hombre ³. Esta sencilla frase nos brinda una adecuada descripción de las mismas. No obstante, hasta hace poco, el término "prospecciones de biodiversidad", resultaba extraño y desconocido en nuestro medio. No eran muchos los que se sentían familiarizados con el significado del mismo. Sin embargo, hoy en día la situación se presenta radicalmente diferente. Asistimos a lo que algunos han calificado, con mucho acierto, como un "Boom" en materia de prospecciones de diversidad biológica. La consigna que constituye el trasfondo de todo este cuadro parece ser unívoca: efectuar prospecciones y obtener beneficios económicos de ellas, los cuales deben ser compartidos entre las empresas que utilizan esta metodología (vgr. químicas, farmacéuticas, etc.) y los "propietarios", "custodios" o "mejoradores" de los recursos genéticos (gobiernos, comunidades locales e indígenas, instituciones científicas, propietarios privados, etc.) y en favor de la conservación misma. Con este proceder, la crítica al injusto sistema de acceso y utilización de los recursos genéticos en forma gratuita por parte de las empresas de los países desarrollados, sería superada.

²Algunos han mencionado la posibilidad de lograr la distribución de beneficios a través de sistemas multilaterales, tales como Fondos Internacionales. Estos Fondos recibirían dinero, por ejemplo, de impuestos a los productos (semillas, medicinas, etc.) que hacen uso de los recursos biológicos y genéticos. A su vez el Fondo financiaría, bajo ciertas condiciones, programas de conservación y uso de la biodiversidad en los países.

³Según Thomas Eisner, las prospecciones envuelven tres fases diferentes: primero, los recursos son objeto de exploración para determinar su actividad química o bioquímica; segundo, los componentes activos de éstos son aislados y caracterizados; y, tercero, los componentes activos son explorados para cierta actividad química o bioquímica (cit. por Blumm, 1993).

Si se analizan los programas de prospección que ejecutan diferentes empresas farmacéuticas, químicas y de semillas, se visualiza cual es la importancia que este mecanismo parece haber adquirido para el desarrollo de la investigaciones en los campos citados.

El interés de estas compañías no es casualidad. La posibilidad de encontrar valiosos productos en la riqueza genética y biológica (básicamente la contenida en los bosques tropicales de los países del sur) y en los conocimientos y prácticas tradicionales de los pueblos indígenas (fundamentalmente, en materias tales como medicina natural y combate de plagas) han demostrado ser atractivas.

Los ejemplos del aprovechamiento del germoplasma y del conocimiento indígena en áreas tales como la biotecnología, la farmacología, la química y la producción de semillas mejoradas, son sintomáticos y ejemplifican la atención puesta por estas empresas en las prospecciones de biodiversidad (Bioprospecting).

Precisamente, después de un período (los años sesenta y setenta) en que las empresas alejaron sus programas de investigación de las riquezas genéticas, cuando se pensaba que los laboratorios habían sustituido a los bosques tropicales para siempre, la tendencia se invierte y de nuevo las empresas se lanzan a una búsqueda frenética (difícilmente puede definirse de mejor manera) de germoplasma: plantas, animales, microorganismos, etc.

Aunque pueden esbozarse diferentes explicaciones de este nuevo comportamiento, básicamente a nuestro juicio el hilo conductor que puede mostrarnos las razones de este proceder se ubica en dos razones particulares: la biotecnología de la tercera generación y la existencia de una fuerte corriente internacional contra la forma en que los recursos genéticos han sido

1. Las perspectivas y limitaciones de las denominada biotecnología de la Tercera Generación, basada fundamentalmente en las técnicas del ADN recombinante y la fusión molecular, configuran la primer diferencia. Esto ha producido que los lazos entre la biotecnología y la biodiversidad sean profundos (Acharya, 1992). Las posibilidades de estas nuevas técnicas, aunque distan mucho de las que sus panegiristas sostuvieron en los albores de esta tecnología, son sin duda promisorias. La transferencia de genes de un organismo a otro, la manipulación genética, ha traído consigo productos sumamente beneficiosos. Por ejemplo, la transferencia de genes resistentes a plagas que se encuentran en un organismo determinado, a plantas especialmente vulnerables a esa plaga; la manipulación de genes que permiten el crecimiento de cultivos en climas desfavorables (por ejemplo, protegiéndolos contra el frío); o bien de información genética que haga viable una mayor productividad de una planta o de un animal; la utilización de métodos de diagnóstico o medicamentos creados mediante la ingeniería genética, etc., son tan sólo algunas de las aplicaciones que esta biotecnología ha producido. Ello debe ser complementado con la existencia de complejas y eficientes técnicas de búsqueda o exploración de organismos vivos, que han permitido aumentar las posibilidades de obtener algún resultado comercializable. De esta manera, " La tecnología hizo económico comenzar la exploración de la gran fábrica química del mundo natural : los bosques tropicales " (Durning, 1993).

Pero, asimismo las limitaciones de esta moderna tecnología han conducido a delinear la nueva estructura de las prospecciones. La ingeniería genética y la fusión molecular pueden manipular genes , transferirlos de un organismo a otro (por supuesto ni siquiera estos métodos carecen de límites), pero no pueden crear un gen específico, un gen a la " medida". Tal condición obliga a la búsqueda de los genes existentes en el enorme acervo genético del Tercer Mundo.

2. La discusión sobre la apropiación de los recursos genéticos y biológicos. Durante cierto tiempo la diversidad biológica fue considerada como un bien de tipo público, cuyo acceso era libre y gratuito. Se le 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 hizo 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. Los argumentos para no ofrecer remuneración, resultaban poco convincentes y demostraban que tras todo este marco, se ocultaba una profunda injusticia (cfr. Kloppenburg y González, 1992).

Esta situación, que se hizo cada vez más inaceptable, condujo a diversas organizaciones a buscar soluciones diferentes. De este forma la FAO, en la célebre resolución 8/83, denominada el Compromiso Internacional de los Recursos Fitogenéticos, estableció, que el germoplasma debía ser considerados Patrimonio Común de la Humanidad, y por lo tanto de libre acceso. Pero, a paso seguido, decía la Resolución, que dentro de esa concepción cabía entender también los cultivos o variedades mejoradas y las líneas de élite. En pocas palabras tan Patrimonio Común de la Humanidad resulta el germoplasma, como los logros obtenidos a partir de él. Esta resolución resultó inaceptable para algunos países desarrollados y para las empresas transnacionales, quienes no apoyaron el Compromiso. Luego de una ardua evolución la FAO abandona el concepto de Patrimonio Común y reafirma en la Resolución 3-91 de 1991, el derecho soberano de los países sobre sus recursos fitogenéticos.

Sin embargo, el giro definitivo, se dio en el proceso de negociación de la Convención sobre la Diversidad Biológica de Río, dentro del marco de acción del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo. Concebida inicialmente como un intento de conservar la diversidad biológica por los países desarrollados, fue posteriormente considerada una excelente oportunidad para que los países en desarrollo variarán la injusta asimetría existente. Luego de un arduo y prolongado proceso, la Convención fue firmada por más de 150 países en junio de 1992.

El preámbulo de este instrumento internacional, reafirma el valor de los recursos genéticos y el derecho soberano de cada Estado sobre su diversidad biológica.

Asimismo, los objetivos del convenio están constituidos por la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada.

El artículo 3 establece que de conformidad con la Carta de Naciones Unidas y con los principios del Derecho Internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental. Esta frase, constituye la culminación de una ardua lucha para reconocer a los recursos genéticos, su pertenencia a cada nación y descartar de esta manera, la consideración de estos como bienes de libre acceso o como Patrimonio Común de la Humanidad. Esta declaración, reiterada en el preámbulo, debe ser complementada por las disposiciones del artículo 15 del Convenio (Acceso a los Recursos Genéticos).⁴

Por supuesto que el convenio no se aplica únicamente a labores de prospección de diversidad biológica. Su radio de actividad es mucho más amplio, abarca múltiples formas de utilización sostenible de los recursos biológicos, diversas a las prospecciones. Tampoco, el convenio prescribe directamente sobre estas actividades ni sobre la forma como la distribución, en última instancia se verificará (verbigracia por medio de contratos). Pero sin duda, las labores de prospección deben entenderse afectadas por la aspiración de lograr una verdadera aplicación de los objetivos del tratado que trascienda la mera retórica o la complicada letra del texto del mismo.

En esencia, la filosofía que se oculta tras la Convención parece centrarse en el intercambio de tecnología y de los resultados obtenidos por medio de esta (por ejemplo un nuevo medicamento, un nueva variedad vegetal, etc.) por el acceso a los recursos genéticos que sirvieron de base a aquellos. En síntesis, biodiversidad por biotecnología.⁵ Este constituye el segundo elemento que determina el nuevo mecanismo de las prospecciones de biodiversidad.

Pese a su importancia, en esta materia la experiencias han sido pocas a nivel mundial, destacando los Países del Pacto Andino con la resolución 391 de julio de 1996 que establece un Régimen Común de Acceso a los Recursos, la Orden 247 de Filipinas sobre Bioprospección y la legislación del Estado Brasileño de Acre. Adicionalmente algunos trabajos se encuentran en curso en Fidji, Brasil, en reglamentaciones internas de los propios países del Pacto Andino y en vario países y regiones (ASEAN). Sin embargo, a la fecha pese a que las dos regulaciones citadas están vigentes, ninguna se está aplicando debido a dificultades de orden técnico.

Dado que un régimen de acceso pretende controlar el acceso físico a los recursos y al conocimiento y a la vez fijar los beneficios que recibiría el país o el proveedor por facilitar el acceso (a través de los contratos de acceso) su importancia es vital.

Para desarrollar cualquier régimen deben considerarse una serie de aspectos:

Qué recursos están sujetos al régimen de acceso:

⁴ Desde 1972, la Declaración de Estocolmo, principio número 21 , había reconocido el derecho soberano de cada nación sobre sus recursos naturales. La Convención, traslado tal postulado a un contexto específico y a un documento jurídicamente vinculante.

⁵ La frase Biodiversidad por Biotecnología, aunque parece resumir el espíritu de este acuerdo internacional, no debe distraernos de la complejidad que semejante intercambio depara, cfr. JUMA, 1993.

Los recursos silvestres, en gran medida de carácter público por estar, por ejemplo, en Parques Nacionales; los recursos domesticados, en gran medida de carácter privado, como los cultivos de café, arroz, etc.; los recursos biológicos no utilizados como fuente de recursos genéticos (ejemplo una naranja para comerla es diferente a la búsqueda de información genética de utilidad); los recursos genéticos humanos (muestras de sangre, DNA, etc.); el conocimiento, innovaciones y prácticas de las comunidades locales y pueblos indígenas; la diversidad terrestre y marina; recursos conservados ex situ en colecciones ; los compuestos derivados, tales como enzimas, extractos, etc.

Quién debe solicitar el acceso y con que fines: si se solicitará solo cuando sea para fines comerciales (una empresa biotecnológica farmacéutica), o también en caso de investigación o enseñanza (para identificar taxonómicamente una especie, como parte de un proceso de inventario, etc.);

Quién decide sobre el acceso: Debe establecerse quien será el ente competente para autorizar el acceso; si será autorizado a nivel central o local, si será la misma autoridad para los recursos marinos que para los terrestres, si debe solicitarse permiso aún en caso de acceso a recursos en terrenos privados o solo en aquellos de naturaleza pública, etc. En el caso de los territorios indígenas y a tenor de las disposiciones legales (Ley Indígena, reglamento a la Ley, Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Estados Independientes, etc.), estos deben de ser consultados y ser parte del proceso de decisión. Debido al carácter estratégico de los recursos y a que la autorización para ser utilizados, podría hacer perder la posibilidad de obtener beneficios ante un mal acuerdo, se ha considerado la opción de solicitar asesoría a Comités o Consejos especiales antes de firmar un acuerdo de acceso. Aunque, las razones tienen sentido, debe tratarse en todo momento de evitar convertir el proceso de acceso en un trámite engorroso y burocrático.

Bajo qué condiciones se concede el acceso: el punto central de la estrategia de distribución de beneficios de cualquier país: si autorizo el acceso que condiciones mutuamente acordadas se darán: por ejemplo, transferencia de tecnología (equipo, materiales, etc.), capacitación y entrenamiento, investigaciones conjuntas de temas de interés para el país, además del tema de interés para el solicitante, porcentajes de ventas netas de productos (royalties o regalías), pagos por el acceso(up front payments), copias de reportes, productos a precios no de mercado, construcción de infraestructura, contratación de mano de obra local, etc. Los lineamientos para garantizar la distribución justa y equitativa de los beneficios debe aplicarse tanto para la relación solicitante-Estado, como para la relación proveedor (privado, pueblos indígenas) -solicitante, en lo que sea aplicable.

Qué procedimientos de acceso utilizo: por medio de la licitación pública, a través de solicitudes que finalicen contratos o acuerdos; si son diferentes los procedimientos en caso de acceso para fines diversos (comerciales, no comerciales, etc.); si establezco un Registro de solicitudes y si será público o de acceso restringido; que requisitos debe cumplir el solicitante (datos de identificación, fines del acceso, contrapartes nacionales si es del caso, financiamiento, garantías, etc.); si se utilizan los denominados Acuerdos de Transferencia de Material (cfr. Putterman, 1996) en lugar de los contratos y en que casos. Igualmente estos procedimientos debe ser transparentes y sujetos a recursos administrativos y judiciales respectivos. Deben relacionarse con las disposiciones contenidas en la Convención sobre el Tráfico de Especies de Flora y Fauna en Vías de Extinción (CITES) y en definitiva no constituir un obstáculo innecesario al comercio internacional.

Qué sanciones se establecen contra el acceso ilegal o el incumplimiento de las cláusulas del contrato, fórmulas de solución de controversias, etc.

Quién es el dueño de los recursos; cuál es el régimen de propiedad de la flora y fauna silvestres; existe el mismo derecho de propiedad sobre los recursos bioquímicos y genéticos, que sobre los recursos biológicos (sean silvestres o domesticados); que relación existe entre los derechos de propiedad y los derechos de los pueblos indígenas, etc.

Existen cuatro temas que deben abordarse al hablar de acceso:

Propiedad intelectual: una de las formas de vincular el tema del acceso a los derechos de propiedad intelectual que ha sido sugerido por algunos, reside en la exigencia de que antes de cualquier concesión de una patente o derecho de obtención vegetal o la aprobación de algún producto que haya hecho uso de recursos genéticos y biológicos, debe demostrarse por medio de un certificado de origen que el recurso se accedió en forma legal y que se realizó una compensación al país de origen del mismo.

El papel del Estado: la experiencia del Pacto Andino, y las posiciones un tanto encontradas de algunos de sus miembros, demuestran que debe precisarse hasta donde llega el rol del Estado en las negociaciones de los acuerdos de acceso y hasta donde el de los sujetos privados proveedores del mismo.

El valor de los recursos genéticos: si bien es cierto, ante los avances de la ingeniería genética, las nuevas técnicas de tamizaje (screening), la búsqueda de compuestos activos en las plantas y en general en la llamada química de productos naturales, los recursos biológicos y genéticos han vuelto a tomar un papel estratégico para la empresa farmacéutica y biotecnológica, su valor debe ser precisado. A diferencia de quien busca minerales que posee una cierta noción de lo que se busca, el bioprospector no sabe que encontrará en la gran fábrica química de los bosques o los arrecifes. Por ejemplo, durante mucho tiempo el Instituto del Cáncer de los Estados Unidos ha buscado agentes promisorios contra el Cáncer, y recientemente contra el SIDA y de todas las muestras colectadas a un alto precio, los resultados obtenidos y los agentes que se encuentran en un estado más avanzado de pruebas clínicas, son relativamente pocos. Como se ha afirmado “ Uno de los mayores obstáculos para la formulación de políticas de acceso es la ausencia de métodos efectivos para la valoración de la biodiversidad. Los países en desarrollo pueden aumentar su habilidad para derivar beneficios de los recursos biológicos buscando nuevas formas de agregar valor a sus recursos biológicos. El valor de tales materiales es relativamente bajo. Este valor puede ser agregado mediante el establecimiento o el fomento de instituciones que lleven a cabo la identificación, colecta y tamizaje... Ello permitirá a los países en desarrollo compartir los beneficios y la investigación biotecnológica y fortalecer su capacidad científica, tecnológica e institucional. “ (Mugabe y Juma).

Por ello, el valor de la bioprospección no debe sobrestimarse, aunque tampoco debe restársele importancia como parte de una estrategia más amplia de conservación y uso sostenible de la diversidad biológica.

En definitiva, una de las mayores lecciones de los países del Pacto Andino y de Filipinas ha sido por pretender regulaciones sumamente estrictas y controladoras, en definitiva se han vuelto prácticamente inaplicables. Esta experiencia no debe ser olvidada a la hora de elaborar normativa relacionada con el acceso a los recursos biológicos y genéticos.

- Compensación a los sistemas informales o cooperativos de innovación.⁶

Generalmente se ha reconocido la estrecha relación existente entre los pueblos indígenas y las tierras que estos habitan, incluido dentro del concepto de éstas, el uso de los recursos naturales a través de prácticas tradicionales o consuetudinarias. Por ello, no es de extrañar que este ligamen se encuentre incluido en diferentes instrumentos legales que tiendan a asegurar a los pueblos indígenas, derechos adecuados sobre sus tierras y sobre su identidad cultural. Igualmente, se ha destacado el mismo vínculo entre las comunidades locales campesinas y los recursos que éstas custodian y mejoran día con día. En una conocida Resolución (5/89 de 1989) de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), se establece la existencia de los denominados " derechos de los agricultores". Esta Resolución afirma que " en la historia de la humanidad innumerables generaciones de agricultores han conservado, mejorado y hecho utilizables los recursos fitogenéticos, sin que se haya reconocido la contribución de esos agricultores. Se llega así al concepto de derechos de los agricultores, que implican " los derechos que provienen de la contribución pasada, presente y futura de los agricultores a la conservación, mejora y disponibilidad de los recursos fitogenéticos."

Aunque esta temática se presenta sumamente sugestiva y atrayente, la intención de estas breves reflexiones es poner de manifiesto dos aspectos interrelacionados de las culturas indígenas y las comunidades locales campesinas, que a su vez deben ser considerados un elemento integrante de los derechos humanos de estos pueblos:

1- La protección jurídica del saber o conocimiento tradicional de los mismos, especialmente en áreas tales como la medicina, el combate de plagas, el mejoramiento de cultivos y animales, etc.

2- El reconocimiento de un adecuado poder de gestión a las comunidades locales sobre sus recursos naturales. De esta forma, las actividades de desarrollo que se verifiquen en afectación de éstas, deberán ser consultadas.

El objeto de tutela estará constituida por tres diferentes materias:

- Los recursos en estado silvestre, vegetales, animales y suelos (microbios), propiedad de las comunidades locales e indígenas.
- Los recursos domesticados, de plantas y de animales.
- Los conocimientos asociados a los dos anteriores.

Para la protección de cada una de estas categorías, diversos instrumentos pueden tener utilidad práctica. Este tópico se pretende explorar en este trabajo

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 las habitantes de cada Estado

⁶ Cfr. Cabrera, 1996.