

Lo deseable y lo posible en la Ley de Biodiversidad

ALVARO LEÓN

La lógica de la naturaleza y las culturas ancestrales como lógica de lo diverso

La ausencia de estructuras únicas, la multiplicidad de formas de vida, es la característica principal de la naturaleza y el fundamento de la estabilidad ecológica. El amplio abanico de plantas, hongos, microorganismos y animales silvestres o seleccionados localmente, son la base para el desarrollo de fármacos y para el mejoramiento genético de los cultivos y animales, sin embargo gran parte de esta diversidad se está perdiendo a un ritmo sin precedentes.

Esto último es particularmente cierto en los trópicos y subtrópicos donde están ubicados los espacios privilegiados en biodiversidad, denominados regiones de Wawilow, las cuales constituyen islas de destacada variedad genética, situadas dentro de un cinturón ubicado al norte y al sur del Ecuador.

Algunas referencias que nos pueden dar una idea del valor estratégico y práctico que tiene la diversidad biológica y el estar ubicados en una de estas regiones, son las siguientes: 1) El origen de los principales 20 cultivos que representan aproximadamente el 90% de la provisión mundial de alimentos se encuentra en estas zonas. 2) En estas regiones se encuentran los cuatro centros y los 17 institutos más importantes de investigación agraria. 3) Una capa de 10cm de espesor del suelo de estas regiones, con apenas un 1% de materia orgánica, puede llegar a contener hasta 1,5 toneladas de seres vivos por hectárea y en un pellizco de tierra se pueden encontrar hasta 5000 clases de bacterias, cada una cumpliendo un papel en los diversos procesos del suelo. 4) Durante los últimos 20 años, el 75% de los medicamentos han sido producidos artificialmente, por síntesis bioquímica. Pero el 25% restante proviene de los bosques de estas

regiones y se han obtenido, en muchos casos a partir del conocimiento que han desarrollado durante cientos y miles de años las culturas nativas y locales. Aunque sólo se ha examinado el 5% de las plantas que aquí se encuentran.

Este último dato nos revela que si bien es cierto que la diversidad de ecosistemas ha posibilitado la aparición de esta riqueza de formas de vida, también es cierto que la interacción prolongada y la coevolución de esta riqueza, con una gran variedad de culturas nativas y locales, han dado origen a un trabajo y un conocimiento asociados a esta biodiversidad que, además de ser igualmente rico y diverso, ha contribuido a aumentar esta diversidad.

Estas culturas han desarrollado conocimientos y prácticas que les han permitido vivir con y de esta naturaleza. Así, el significado de la biodiversidad para campesinos e indígenas ha sido una larga historia de coevolución y de relación simbiótica, puesto que la naturaleza, en su diversidad, se concibe como garante de seguridad alimentaria, como fuente permanente de materia para diversos usos y como herramienta agrícola para mantener la estabilidad de los agroecosistemas y reducir los riesgos, producto de eventos naturales y sociales.

En este largo proceso de coevolución estos grupos han aprendido a mantener esta diversidad en el tiempo, a usarla y a enriquecerla permanentemente con nuevas razas y variedades y en este proceso han desarrollado derechos consuetudinarios, estrategias de sobrevivencia, relaciones e instituciones comunitarias, formas de conservación y reproducción de la naturaleza e identidades que hoy se ven amenazadas por una visión estrictamente recursista y mercantilista.

Aunque la diversidad biológica es un atributo de los sistemas biológicos, que se manifiesta en todos los niveles, desde moléculas, variedades, especies, hasta ecosistemas. El concepto de biodiversidad abarca aspectos políticos, económicos, sociales y culturales y contempla elementos tangibles como genes, especies y ecosistemas y elementos intangibles como los conocimientos y las contribuciones ancestrales y actuales a la conservación y aumento de la diversidad por parte de estas culturas.

El mercado: una lógica uniformadora

El desafío fundamental, para países como el nuestro, es la defensa de toda esta diversidad biológica y de la diversidad cultural asociada, que hoy se ve envuelta en un contexto político, social y económico, que tiende a la uniformidad y al establecimiento de mecanismos para beneficiar al norte en sus relaciones comerciales con el sur y para facilitar el monopolio y la apropiación de los recursos genéticos y de los conocimientos asociados a éstos.

Así, la gran paradoja con la que nos encontramos cuando tratamos el tema de la biodiversidad es la siguiente: *Por un lado se acepta que la diversidad genética, por el hecho de ser la base física para que la información hereditaria se transmita, es crucial para dos procesos fundamentales: a) para que los ecosistemas y organismos naturales puedan tener variedad de respuestas y por lo tanto ser menos vulnerables a las cambiantes situaciones a la que se ven sometido; y b) para mantener o aumentar el rendimiento de los cultivos y la producción animal. Pero, por otro lado, aduciendo razones de protección, de utilización sostenible y de mejoramiento de la biodiversidad, también se acepta la intervención de grupos de interés que contribuyen a acelerar la erosión genéticas, socavando la base material e institucional de la que depende esta ancestral relación entre comunidades humanas y no humanas, e incluso la actividad misma de estos grupos de interés.*

Desde esta lógica, el significado de la diversidad biológica deja de estar fundamentado en una historia de coevolución y de relación simbiótica para pasar a significar: incremento de la oferta de recursos que generan grandes beneficios privados y escasos beneficios ambientales y socia-

les y olvido de aquéllos que, por el contrario, generan grandes beneficios ambientales y sociales y escasos beneficios privados.

Entonces, para estos grupos la cuestión fundamental es la atribución de derechos de propiedad sobre servicios y recursos ambientales que hasta ahora estaban fuera del comercio. La justificación para actuar de esta manera es que la ausencia de apropiación y mercantilización de los recursos genéticos es la principal causa de la erosión genética, pues, según ellos, lo que no tiene dueño y no tiene precio se malgasta.

Identificada la causa del problema en la ausencia de una racionalidad mercantil, se propone entonces, como solución, dar un valor económico a los recursos genéticos, para incorporar los costos ecológicos en los precios, pero esta respuesta obvia dos cuestiones fundamentales: se sigue ignorando que de lo que se trata es de una contradicción entre dos racionalidades y dos visiones del mundo y de que, por lo tanto, el problema debe resolverse políticamente; y, según el mismo Paul Samuelson, "es imposible esperar que el mercado por sí mismo, proteja el ambiente... porque los gestores económicos no consideran todas las externalidades de sus acciones, sino sólo los costos para ellos mismos".

El marco internacional, ¿complemento o competencia en las regulaciones sobre biodiversidad?

A nivel internacional, el acuerdo de referencia para enfrentar el problema de la conservación y el acceso a los recursos naturales, es el Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), firmado en Río de Janeiro, pero por el mismo proceso de preparación del convenio éste fue limitado en dos sentidos: por un lado, (a) las virtudes y los alcances del CDB no fueron los esperados al principio. Aunque el convenio plantea una base para que las naciones se comprometan a conservar los recursos biológicos en un marco de cooperación, y aunque se reconoce que los recursos biológicos están sujetos a la soberanía del país donde se encuentran y, finalmente, a pesar de que se intenta dar a las comunidades locales y a los pueblos indígenas el papel que merecen en gestión de la biodiversidad, se excluyeron dos grandes puntos: regulaciones a los bancos de semillas *ex situ*, y regulaciones al patentamiento

de material genético. Y por otro lado, (b) al reconocerse dentro del CDB (Art. 16) que entre dos partes (una empresa solicitante y un país aportante) existe la obligación de facilitar el acceso a los recursos para fines ambientalmente adecuados y el compromiso a respetar los derechos de propiedad intelectual, se permitió, tácitamente, la intervención de las regulaciones de derecho económico (GATT, TRIPs, Acuerdos Bilaterales de Protección a la Inversión y Acuerdos Bilaterales de Libre Comercio) como normas que, aparentemente, coexisten y se complementan con el CDB y otros convenios (Convenios en materia de Derechos Humanos, Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, Convenio Ramsar).

Sin embargo, por la misma ambigüedad y diversidad de interpretaciones que se pueden hacer del artículo 16, existe dentro del CDB un espacio para que las disposiciones de los TRIPs y otros Tratados sobre Derechos de Propiedad Intelectual, propios del campo del derecho comercial, sean los que se apliquen a la regulación de patentes sobre formas de vida.

De hecho, para nuestro país, como firmante del acta final de la Ronda Uruguay, es obligatorio aceptar los términos que allí se establecieron para regular los aspectos de Propiedad Intelectual asociados a Comercio, donde se establecen como excepciones de patentabilidad lo siguiente: (a) los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos, para el tratamiento de personas y animales, y (b) las plantas y los animales. Aunque permite el patentamiento de microorganismos y procedimientos biológicos y microbiológicos para la producción de plantas y animales, de las obtenciones vegetales derivadas de estos procesos de ingeniería genética y de los fitomejoramientos tradicionales o comunitarios, que podrán quedar protegidos mediante un sistema eficaz *sui generis*.

Es decir, se acepta el patentamiento de obtenciones vegetales transgénicas y de fitomejoramientos tradicionales o comunitarios que sean aceptados, no por cada país, sino por la OMC que es el organismo con potestad para definir si un sistema es o no efectivo, mediante la facultad de decisión que le otorga el Convenio Internacional

de Nuevas Variedades de Plantas al monopolio de seleccionadores de plantas.

Sin embargo, el asunto no concluye aquí, pues el próximo año los Acuerdos sobre Propiedad Intelectual asociados a comercio (TRIPs) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) serán revisados a la luz de una propuesta de Estados Unidos, la cual plantea ir más lejos mediante el acuerdo de nuevos y más exigentes derechos de propiedad intelectual para las industrias biotecnológicas.

También en el marco del ALCA se recomienda que las decisiones gubernamentales sobre Derechos de Propiedad Intelectual (DPI) se mantengan atadas y cercanas al sector privado y se plantea que la implementación del nuevo planteamiento sobre DPI será el escenario para atraer avanzadas empresas biotecnológicas al hemisferio.

El marco nacional, burro amarrado contra tigre suelto

Una de las características de las regulaciones actuales es su creciente globalización y la reducción del poder estatal nacional en la determinación de las reglas del juego. Lamentablemente, es en este marco donde se sitúa el asunto de las normas aplicables sobre diversidad genética y donde se define el marco para que actúen los diversos actores interesados en el asunto: autoridades estatales, investigadores, sector privado, campesinos, indígenas grupos ambientales y sector académico.

Señalo a estos sectores porque considero deberían ser incluidos en cualquier proceso nacional para desarrollar una normativa propia sobre biodiversidad. También me parece una condición importante permitir que en el seno de estos grupos se hicieran los nombramientos de los distintos representantes. Sin embargo, ni en la Comisión Asesora en Biodiversidad del MINAE (COABIO), ni en la primera iniciativa de redacción del Proyecto de Ley de Biodiversidad, se cumplió plenamente con esto, ni mucho menos con un proceso de consulta activo y permanente.

Una vez que se vio la inviabilidad de aprobación de este Proyecto de Ley, el diputado Martínez propuso un texto sustitutivo que pese a haber sido consultado a todos los sectores indicados

mantuvo la oposición del Poder Ejecutivo y de la COABIO. Debido a esto y por iniciativa de la UNA se propuso la creación de una subcomisión legislativa compuesta por los anteriores sectores, más representantes de los dos partidos políticos mayoritarios, para que esta propusiera un texto de consenso.

Algunas valoraciones de carácter general y otras más puntuales que merecen destacarse en todo este proceso son las siguientes:

Además del escaso margen de maniobra que imponen los convenios internacionales y obviando la actitud poco crítica de nuestros gobiernos a la hora de firmar estos convenios, me parece que también ha faltado, por parte de las autoridades estatales, una visión más integradora que involucre en un cauce común a los distintos sectores que tienen que ver con esta materia (Comercio, Agricultura, Salud, Ambiente y Relaciones exteriores). Por esta razón actualmente lo que existe es una colección de leyes y tratados, con muy poca o ninguna organicidad entre si.

El gesto de incluir activa y permanentemente a todos estos sectores en el diseño del Proyecto de Ley, más el compromiso del presidente de la Comisión Especial del Ambiente de la Asamblea Legislativa, hubiera sido el logro principal de este proceso, si se hubiera cumplido, pero por los últimos acontecimientos parece ser que no es así.

Respecto a los contenidos del Proyecto de Ley, entendiendo las limitaciones que impone el contexto jurídico internacional, hubo en mi opinión cuatro puntos significativos que fueron de consenso general y seis puntos que ameritaron una gran discusión para llegar a soluciones intermedias. En el primer grupo ubico los puntos que a continuación señalo, con su respectiva valoración:

1. El objeto y el ámbito de aplicación de la Ley. Con una visión realista y sin permitir que se desviara la atención del problema fundamental, a nuestro juicio el de normar el acceso a los recursos bioquímicos y genéticos, se incluyen los elementos pertinentes que deben ser objeto de esta regulación (uso y manejo, conocimiento asociado y beneficios y costos derivados). Estos dos artículos también mantienen coherencia con

la definición integral que se hace del concepto de biodiversidad.

2. El haber asumido con el grado de detalle requerido las definiciones de los conceptos que se manejan en la Ley y no haber dejado este asunto para el reglamento, me parece atinado porque justamente no permite que el reglamento vaya más allá de la Ley y que se facilite la entronización de privilegios particulares, como ocurrió con la Ley Forestal.

3. En los criterios de aplicación de la Ley que se acordaron se hecha mano de los instrumentos jurídicos con los que se cuenta para adoptar medidas en favor de la protección de la biodiversidad.

4. En el título IV de la Ley, igual que en el caso anterior, se toman medidas más específicas y de aplicación en los niveles de prevención, restauración y sanción, para proteger la biodiversidad.

En el segundo grupo ubico los siguientes puntos, con su respectivo elemento discordante y su respectiva valoración:

1. En el momento de la discusión sobre bajo qué tipo de dominio (público o privado) debería concebirse la biodiversidad, había básicamente dos posiciones: una que se atenía a lo resuelto en la Ley de Vida Silvestre, donde la flora localizada en inmuebles privados se establece como de dominio privado, y otra que para efectos de impedir una relación de asimetría en eventuales contratos reclamaba la intervención del estado y por lo tanto proclamaba la necesidad de declarar la flora en general y la fauna silvestre como de dominio público. Posteriormente, analizando casos como el de los recursos minerales, se vio que la intervención estatal no era plena garantía para que se pudiera realizar una gestión ordenada que considerara a los detentores reales de la biodiversidad, por esta razón y por el temor manifiesto por el sector campesino de que pudiera ocurrir un expropiación sin retribución inmediata, se llegó al acuerdo de establecer como de dominio público la fauna silvestre continental, marina e insular y las propiedades bioquímicas y genéticas de todos los elementos de la biodiversidad, silvestres o domesticados.

2. En cuanto a la organización administrativa y al esquema institucional para regir las políticas

de biodiversidad y para hacer cumplir la ley, existía una posición que propugnaba un estado más facilitador y promotor de inversiones, una mayor apertura comercial en el sector, una mayor descentración de fondos, una mayor descentralización en las decisiones bajo el esquema de un Sistema Nacional de Áreas de Conservación segmentado y una participación limitada a un representante del sector científico, un representante de la sociedad civil, un representante del sector privado y un representante del estado, todos designados desde el SINAC y con carácter meramente asesor.

La otra posición promovía una participación más activa y reguladora por parte del estado, hacía énfasis en la protección de los recursos y en la distribución equitativa de beneficios y en ampliar la participación de los sectores, y era más específica en la definición de los sectores, de manera que se incluía al sector campesino, al sector indígena, al sector productivo empresarial, al sector científico académico, al sector ambiental y al sector estatal. También se proponía que cada sector internamente eligiera a su representante y que esta comisión tuviera un carácter rector y no asesor.

En este punto prevaleció con algunos matices la segunda posición.

3. Respecto a la inclusión o no del SINAC dentro del Proyecto de Ley, la discusión se postergó para poder escuchar opiniones diversas de los gestores de la propuesta y de opositores a la misma, finalmente se optó por incluir al SINAC, pero sin darle el papel protagónico a la hora de tomar las decisiones sobre el acceso a los recursos genéticos y bioquímicos, aunque se incluyen funciones de coordinación con la Comisión Nacional de Gestión de la Biodiversidad y se requiere para este efecto del consentimiento previamente informado de los directores de las áreas de Conservación.

Otros aspectos importantes a rescatar en este punto son: el mayor protagonismo que se le otorga a los consejos locales a la hora de tomar decisiones y las limitaciones que se establecen en las Áreas Protegidas para que solamente se puedan otorgar concesiones no esenciales, preferentemente a los grupos locales.

4. En el punto referente a la bioseguridad, un grupo entendía este concepto en sentido restringido de modo que sólo se debería aplicar a los organismos transgénicos y que los riesgos implicados en la investigación, manipulación, liberación, producción o introducción de estos organismos deberían ser evaluados por un panel de expertos; también legalizaba la Comisión de Bioseguridad del MAG. El otro grupo consideraba necesaria una interpretación más amplia del concepto de bioseguridad para incluir aspectos como la seguridad alimentaria, también proponía mayores medidas de control a cargo de la CONAGEBIO y la responsabilidad estatal a la hora de evitar riesgos y a la hora de responder por daños y medidas de restauración.

Finalmente, lo que se logró acordar fue lo siguiente: restringir el título a su aplicación a los OGM; obligar a que se entreguen informes a la CONAGEBIO; establecer la posibilidad de revocatoria por parte de la CONAGEBIO, a instancia de cualquier persona que manifieste oposición previa fundada, ante sospecha inminente o por incumplimiento de disposiciones; también se logró establecer la responsabilidad de los titulares civiles y del estado ante eventuales daños y perjuicios.

5. En el punto sobre los términos que deberían establecerse para regular el acceso a los recursos genéticos y bioquímicos, un grupo mantenía el criterio de no restricción al comercio; de establecer como mecanismos para el acceso: contratos marco con las universidades, contratos de acceso con el MINAE, cuyos requisitos se deberían dar por vía reglamentaria, cuyas partes serán siempre el solicitante y el MINAE como representante del estado y acuerdos de transferencia de material, en sustitución de los contratos de acceso.

Este grupo establecía controles sólo en caso de que se presumiera posible impacto negativo y proponía como instancia para la aplicación de estos controles a la SETENA.

El otro grupo se planteaba como mecanismos la participación del estado y el solicitante como contrapartes en la celebración de los contratos, toda vez que los recursos bioquímicos y genéticos se habían establecido como de dominio público y como ente representante proponía a la CONAGEBIO. También este grupo proponía

controles tales como registros; consentimiento previamente informado de los propietarios del fundo, las comunidades indígenas y las direcciones de las Áreas de Conservación; presencia de un representante legal residente en el país y derecho a la objeción cultural.

Finalmente, prevalecieron los criterios del segundo grupo, aunque para efectos de tramitación y otorgamiento se establece una Oficina Técnica dependiente de CONAGEBIO, la cual por lo demás queda con la potestad de revocar las resoluciones de la Oficina Técnica.

6. En el capítulo sobre Derechos de Propiedad Intelectual el punto fundamental donde hubo diferencias fue el de las patentes, pues un grupo consideraba inconveniente tratarlas en esta Ley y que debería dejarse para otro proyecto de ley específico sobre el tema, mientras que el segundo grupo creía conveniente que pese a las restricciones impuestas en el marco jurídico institucional había que aprovechar la participación de los diversos sectores representados para llegar a una posición de consenso que por lo menos se

adecuara a la normativa internacional más conveniente.

Finalmente, lo acordado fue incluir un listado de excepciones dentro de un artículo general que se refiere a formas y límites de protección. También se incluyen en este punto una consulta previa obligada a la oficina técnica de la CONAGEBIO antes de otorgarse la protección de la propiedad intelectual y la oposición fundada de la oficina puede impedir el registro de la patente o la protección de innovación y el establecimiento de una licencia que permite al estado hacer uso de los derechos protegidos en caso de emergencia y a favor de la colectividad.

ALVARO LEÓN, presidente de la Asociación Ecologista Costarricense - Amigos de la Tierra (AECO-AT), formó parte de la Subcomisión Legislativa Mixta para la elaboración del Proyecto de Ley de Biodiversidad, creada por la Asamblea Legislativa. Esta recibió el Proyecto de manos de aquélla en noviembre de 1997.

Revista semestral CIENCIAS AMBIENTALES

anuncia que su edición n° 14 está dedicada a

sustentabilidad y comercio

con artículos de:

MÓNICA ARAYA (asesora en *ambiente y comercio* del Ministerio de Comercio Exterior)

RAFAEL DÍAZ (investigador de Centro Internacional de Política Económica de la UNA)

EDUARDO GUDYNAS (coordinador del Consejo L.A. de Ecología Social -Uruguay-)

FRANZ HINKELAMMERT (director del Departamento de Investigaciones Ecuménicas)

EDUARDO MORA (investigador de la Escuela de Ciencias Ambientales de la UNA)

CARLOS MURILLO (viceministro saliente de Comercio Exterior)

GABRIEL QUADRI (jerarca del Centro de Estudios para el Desarrollo Sostenible -México-)

TONY JUNIPER (directivo de la Federación Amigos de la Tierra Internacional)

y otros.

Esta edición incluye también las pequeñas reformas con las que el Proyecto de Ley de Biodiversidad -elaborado bajo la coordinación de la UNA- fue convertido en Ley de la República en la última semana de abril -Proyecto que fuera publicado en la edición n° 13 de CIENCIAS

AMBIENTALES, dedicada a biodiversidad-

(A la venta a partir de junio. Suscripciones al teléfono 2773290 y al fax 2773289)