

**Iniciativa Biocomercio de la UNCTAD
Taller Andino de Biocomercio de la CAF**



*Identificación de los asuntos legales relevantes para
los programas de Biocomercio en la región andina*

Documento preliminar de discusión¹

**Preparado por David Vivas Eugui²
En el Marco de proyecto Conjunto CAN/CAF/UNCTAD**

Caracas, 16 de Julio de 2001

¹ Este documento será desarrollado y adaptado para las discusiones del Taller de Regional de Biocomercio de Bogotá, Colombia

² El autor es abogado (JD) graduado en la Universidad Católica "Andrés Bello" de Venezuela, 1992. L.L.M. in International Trade Law, Georgetown University, Washington D.C., U.S.A. 1994. Especialización en Negocios Transnacionales en la Universidad Externado de Bogotá, Colombia. 1995. Actualmente el autor es consultor de la UNCTAD, South Centre, Rockefeller Foundation, CIEL, ACICI, ICTSD, CONICIT y Misión de Venezuela en Ginebra. Las opiniones aquí emitidas corresponden exclusivamente al autor. Para más información sírvase contactar a: davidvivaseugui@hotmail.com

Indice

- I. Introducción
- II. El comercio de Intangibles
 - A. El acceso a los recursos genéticos.
 - B. La regulación de los recursos fitogenéticos.
 - C. El conocimiento tradicional.
 - D. Los mecanismos de distribución de beneficios provenientes del uso sustentable de los RGs y el CT.
 - E. La relación de la biodiversidad con la propiedad intelectual.
 - F. La regulación internacional del comercio de servicios.
- III. El Comercio de Tangibles
 - A. El comercio de recursos biológicos en peligro de extinción.
 - B. El comercio de productos “agrícolas” ligados a la biodiversidad.
 - C. El comercio de productos de elaboración intermedia.
- IV. Conclusiones

Lista de Abreviaciones

- AA** Acuerdo de Agricultura de la OMC
- ADPIC** Acuerdo de Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la OMC
- AGCS** Acuerdo sobre el Comercio de Servicios de la OMC
- ALCA** Area de Libre Comercio de las Américas
- AMSF** y el Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC
- ANT** Acuerdo de Normas Técnicas
- ATPA** Andean Trade Preference Act
- CAN** Comunidad Andina de Naciones
- CAF** Corporación Andina de Fomento
- CDB** Convención sobre Diversidad Biológica
- CITES** Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre
- CGRFA** Comisión Intergubernamental de la FAO sobre Recursos Genéticos para la Agricultura y la Alimentación
- CT** Conocimiento Tradicional
- GRULAC** Grupo Latinoamericano
- ISO** International Standardization Organization
- HS** Sistema Armonizado
- FAO** Organización Mundial de la Agricultura y la Alimentación
- NMF** Nación Mas Favorecida
- RG** Recursos Genéticos
- OMA** Organización Mundial de Aduanas
- OMC** Organización Mundial del Comercio
- OMPI** Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
- PI** Propiedad Intelectual
- TN** Trato Nacional
- UNCTAD** Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo
- UPOV** Unión para la Protección de las Variedades Vegetales

I. Introducción.

El presente documento busca servir de guía de discusión a los representantes de los programas nacionales de Biocomercio sobre los principales temas legales relevantes para el comercio de los productos de la biodiversidad y para la definición de la Estrategia Andina de Biodiversidad. Basándose en los resultados del taller de Biocomercio del 16 de julio y en las recomendaciones del taller de la CAN-BID sobre "Acceso a recursos genéticos, conocimientos y prácticas tradicionales y distribución de beneficios" que se llevará a cabo del 17 al 19 de julio de 2001 en la Isla Margarita, se preparará un estudio analítico y un conjunto de recomendaciones a ser presentadas en el taller andino de Biocomercio de Bogotá. Adicionalmente, la Iniciativa Biocomercio de la UNCTAD diseñará con base a esas discusiones un plan de trabajo para incorporar los asuntos legales relevantes al biocomercio.

La iniciativa Biocomercio se presentó con ocasión de la Reunión de la Conferencia de las Partes del Convenio sobre Diversidad Biológica en Buenos Aires, Argentina en 1996. Esta Iniciativa es administrada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) y persigue como objetivos generales: la promoción del comercio e inversión en recursos biológicos, la conservación y uso sustentables de la biodiversidad, la utilización de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional a través de sistemas adecuados de acceso y de distribución de beneficios³.

La Iniciativa Biocomercio promueve y desarrolla asociaciones estratégicas con organismos nacionales e internacionales con el objetivo de mejorar las capacidades en la elaboración de productos y servicios de valor agregado a través de un aprovechamiento equilibrado y sustentable de la biodiversidad. Uno de los programas que se ha realizado es el programa conjunto CAN/CAF/UNCTAD para el desarrollo de la Iniciativa Biocomercio en los distintos miembros de la sub-región, el cual se estableció en el año 2000 con el propósito de:

- Apoyar en la definición de la estrategia regional en materia de biodiversidad, incluyendo los asuntos relacionados con el biocomercio.
- Respalda las actividades nacionales y regionales de biocomercio actualmente en proceso.

La estructura de este documento está dirigida a analizar los temas relativos a los siguientes productos y servicios de la biodiversidad que podrían ser incluidos en los programas nacionales de biocomercio:

- El comercio de intangibles, incluyendo recursos genéticos, los recursos fitogenéticos, el conocimiento tradicional, mecanismos de distribución de beneficios, la propiedad intelectual y los servicios.
- El comercio de tangibles, incluyendo a las especies en peligro de extinción, los productos agrícolas relacionados con biodiversidad y los productos de elaboración intermedia.

En la preparación de este documento de discusión se utilizaron los estudios realizados por la Iniciativa Biocomercio para el Programa Nacional de Biocomercio de Colombia, los

³ Para mayor información visite: www.biotrade.org

documentos base preparados para la reunión de expertos en sistemas y experiencias nacionales de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de la UNCTAD de 2000, y estudios ad-hoc que se vienen desarrollando para el diseño y puesta en práctica de programas nacionales de la región andina.

II. El comercio de Intangibles

El comercio de intangibles incluye a los recursos genéticos, los recursos fitogenéticos, el conocimiento tradicional, mecanismos de distribución de beneficios, la propiedad intelectual y los servicios.

A. El acceso a los recursos genéticos

La Convención sobre Diversidad Biológica (CDB) tiene como objetivos primarios la conservación de la diversidad de los recursos genéticos y biológicos y el uso sostenible de sus componentes y la distribución justa y equitativa de los beneficios que se deriven de su utilización⁴. Desde 1992, varios Estados han establecido normativas y puesto en práctica sistemas y estructuras adecuados para el cumplimiento de los principios contenidos en ese acuerdo internacional.

Caja 1 Los principales aspectos del Convenio de Diversidad Biológica

Los aspectos más relevantes de la CDB son los siguientes:

Reconoce **derechos soberanos** sobre los recursos naturales, incluyendo biológicos y genéticos (arts. 3 y 15).

Establece que el acceso a los recursos genéticos sólo puede producirse **bajo términos mutuamente acordados y con el consentimiento informado y previo** de los Estados (art. 15). Las obligaciones de la CDB no aplican a los recursos obtenidos antes de 1992, incluyendo a los bancos de genes que se encontraban en las colecciones ex situ bajo el Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos de la Organización Mundial de la Agricultura y la Alimentación.

Estipula que el **acceso debe facilitarse** y que no deben imponerse condiciones que vayan en contra de los objetivos del Acuerdo (art. 15).

Exige que los signatarios que **protejan y promuevan los derechos de las comunidades, los agricultores y los pueblos indígenas en la legislación nacional de los miembros**. Asimismo, promueve la utilización los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales. (art. 8.j y 10).

Exige el reparto **equitativo de los beneficios** procedentes del uso comercial de los recursos genéticos, así como del conocimiento tradicional (art. 15). En tal sentido medidas legislativas, administrativas y políticas podrán establecerse para asegurar la distribución de los beneficios mencionados (art. 15).

El acceso a la tecnología se facilitará en condiciones justas y en términos favorables (art.16). Los derechos de propiedad intelectual deben apoyar y no contrarrestar los objetivos del Convenio (art. 16).

⁴ Ver art. 1 del Convenio sobre Diversidad Biológica, suscrito bajo los auspicios de las Naciones Unidas, 1992.

Los compromisos derivados de la CDB han venido siendo implementados regionalmente en la Comunidad Andina de Naciones (CAN) a través de varias leyes nacionales, así como del Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos, Decisión 391 de 1996. La D. 391 establece un procedimiento complejo basado en la suscripción de contratos privados de acceso con las autoridades nacionales competentes, así como de contratos accesorios para asegurar el cumplimiento de los principios de la CDB. La redacción de la D.391 se realizó teniendo unas amplias expectativas sobre los posibles beneficios del aprovechamiento de los recursos genéticos (RG) y una experiencia limitada en la observancia de este tipo de normas.

Los RGs tienden a ser definidos como la información con características de herencia contenida en los organismos vivos. Este tipo de información si bien está contenida en microorganismos, plantas o animales puede perfectamente separarse de su contenedor en forma pura, siendo su naturaleza básicamente intangible. Esta información genética puede tener diversas utilidades como por ejemplo: la generación de nuevas variedades de plantas, productos y procesos.

Desde el punto de vista del biocomercio cualquier actividad destinada a la utilización o aprovechamiento de los RGs en la región debe cumplir con los lineamientos establecidos para un acceso lícito en la CDB, la D.391, las leyes nacionales o en cualquier norma sucesora. En el caso particular de la CAN las experiencias sobre la aplicación práctica de la D.391 han sido pocas. Existe, conforme a la opinión de varios autores, la necesidad de simplificar los procesos existentes y de buscar maneras o mecanismos de promoción de las actividades de bioprospección, investigación y obviamente producción o generación de productos, procesos y servicios.

El acceso a los RGs en el mundo no opera en forma de cartel, los países ricos en biodiversidad están actualmente compitiendo para atraer actividades de aprovechamiento de esos recursos y de inversión en investigación y desarrollo. Las regulaciones sobre RG no traen necesariamente beneficios inmediatos a los Estados, la sociedad y a las comunidades, sino a más bien a mediano o largo plazo. Las empresas que deciden hacer este tipo de inversión sólo podrán compartir beneficios si se llega a realizar una actividad económica exitosa.

Si los programas nacionales o regionales de biocomercio desean trabajar en relación con el acceso a los RGs para generar valor agregado, uso sostenible y distribución de beneficios podrían tomar en cuenta los siguientes aspectos:

- Simplificación y claridad de los procesos legales existentes. Los costos totales de transacción por la suscripción de contratos de acceso, contratos anexos y contratos accesorios deberían ser medidos a fin de conocer su impacto real⁵.
- Flexibilidad en la medida de lo posible sobre los procedimientos de evaluación, negociación y suscripción de los contratos de acceso. Pareciera necesaria una indicación expresa sobre la existencia de una etapa de negociación. Tal y como está redactada actualmente la D.391 no pareciera que hubiese mucho espacio para la negociación.
- Desarrollo de modelos nacionales estándar de solicitudes, de contratos accesorios y de los anexos sobre el componente intangible.

⁵ Para mayor información ver documento: Regulating bioprospecting and protecting indigenous knowledge in the Andean Community. Decision 391 and its overall impacts in the region. Por Manuel Ruiz. Biotrade Initiative/UNCTAD Oct, 2000.

- Diseño y publicación de guías de actuación jurídica y administrativa por parte de diferentes solicitantes o interesados. Las necesidades de centros de investigación, laboratorios, universidades y empresas pueden presentar características muy distintas⁶.
- Diseño de mecanismos legales claros y bien diferenciados para acceso a ciertos recursos biológicos. Por ejemplo, permisos de exportación e importación de especies amenazadas bajo la Convención de Washington (CITES)⁷.
- Desarrollo de mecanismos de promoción y de incentivos legales: por ejemplo impositivos, permisión de importaciones temporales de equipo de investigación sin aranceles, facilitación de visas y entrada temporal de investigadores y personal de apoyo, soporte técnico por parte de instituciones nacionales de investigación, creación de zonas francas académicas, científicas y culturales.
- Establecimiento de mecanismos que faciliten la creación de asociaciones estratégicas⁸ con fines de promover la actividad económica y la transferencia de tecnología.
- Apoyo institucional en los procesos de solicitud de acceso y en las actividades de inversión derivadas del acceso a las empresas solicitantes, universidades, centros de investigación, etc.
- Desarrollo de normas de marcaje para la exportación de recursos biológicos cuyo contenido genético no vaya a ser usado.
- Desarrollo de normas voluntarias de eco-etiquetado para productos “sintetizados” provenientes de un acceso lícito a los RGs. Por ejemplo, identificación de productos amigables a la biodiversidad⁹.
- Establecimiento de mecanismos alternativos de solución de diferencias en los contratos de acceso tales como los buenos oficios, la mediación o el arbitraje.
- Diseño de mecanismos de observancia de las normas de acceso.
- Uso de las tecnologías de la información en la publicación en Internet de normas legales, guías, metodologías, modelos de contratos nacionales, etc. Posibilidad de realizar procesos y solicitudes a través de Internet. Realizar traducciones de los textos mencionados al inglés o a cualquier otra lengua que se considere apropiada.

B. La regulación de los recursos fitogenéticos

Los recursos fitogenéticos han sido regulados desde 1983 por el Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos (recursos genéticos con funciones agrícolas y alimentarias) de la Organización Mundial de Alimentación y la Agricultura (FAO)¹⁰. El objetivo principal del Compromiso Internacional es el establecimiento de un marco multilateral que facilite el acceso a los recursos fitogenéticos de las principales cosechas¹¹. Este marco busca proveer seguridad alimentaria, preservar la existencia esos recursos y el compartir los beneficios derivados de los mismos. Asimismo, el Compromiso Internacional brinda apoyo a una importante red de colecciones ex situ para promover el acceso facilitado.

⁶ Idem.

⁷ Idem. Convención de Washington sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre de 1973. Ver www.cites.org

⁸ Idem.

⁹ Ver La certificación: un seguro de credibilidad. Por Hauselmann y Vallejo. Biocomercio: Estrategias para el desarrollo sostenible en Colombia, 2000.

¹⁰ El Compromiso Internacional está administrado por la Comisión Intergubernamental de la FAO sobre Recursos Genéticos para la Agricultura y la Alimentación (CGRFA).

¹¹ Ver Comercio, propiedad intelectual, alimentación y biodiversidad. Por Geoff Tansey. Quaker House, 1999.

Caja 2

Principales Resoluciones de la FAO sobre acceso a los Recursos Fitogenéticos

Inicialmente el Compromiso Internacional se basó en el principio de que los recursos genéticos eran patrimonio común de la humanidad, sin embargo como consecuencia de diversas resoluciones¹² de la FAO, se han tomado las siguientes decisiones:

Declaración sobre la **compatibilidad del Compromiso Internacional** con los acuerdos de la **Unión para la Protección de las Variedades Vegetales (UPOV)**¹³.

Reconocimiento de los derechos de los agricultores¹⁴. Estos derechos son aquellos obtenidos por las colaboraciones pasadas, presentes y futuras en la conservación, mejora y disponibilidad de los recursos fitogenéticos¹⁵.

Reconocimiento de los derechos soberanos de los nacionales sobre los recursos genéticos y el establecimiento de un fondo internacional para compartir los beneficios del uso de los recursos fitogenéticos con los agricultores¹⁶.

Inicio de **negociaciones para adaptar el Compromiso Internacional a los principios de la CDB**¹⁷ incluyendo mecanismos de acceso en términos mutuamente acordados y la implementación de los derechos de los agricultores. Actualmente existe un documento borrador de reforma del Compromiso Internacional¹⁸.

Algunas de las cuestiones que los representantes nacionales de Biocomercio podrían tomar en cuenta en sus programas nacionales con relación a los recursos fitogenéticos son:

- El tratamiento diferenciado de los recursos genéticos y los fitogenéticos. En tal sentido los recursos genéticos ligados a la agricultura están siendo negociados en el ámbito de la FAO y complementados por las labores de la CDB¹⁹.
- La coordinación en el ámbito regional y nacional entre las autoridades ambientales y agrícolas requiere que se definan políticas coherentes tanto en la FAO y la CDB, como en la Organización Mundial del Comercio donde los productos agrícolas poseen una reglamentación especial.
- Se necesitará desarrollar propuestas sobre el tratamiento e inclusión de los principios del Compromiso Internacional de la FAO en la revisión del art. 27.3 b) del Acuerdo de Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la OMC donde se establece la obligación de poseer un sistema *sui generis* eficaz para la protección de las variedades vegetales. Este tipo de propuestas podría hacer énfasis en los derechos de los agricultores tradicionales.

¹³ Ver Resolución de la FAO 4-89.

¹⁴ Ver Resolución de la FAO 5-89.

¹⁵ Idem nota 10.

¹⁶ Ver Resolución de la FAO 3-91.

¹⁷ Ver Resolución 3 del Acta Final de Nairobi de 1992 y Resolución de la FAO 7-93.

¹⁸ Ver documento CGRFA/Ex6/01/2 FAO.

¹⁹ Ver Reporte de Panel de Expertos UNEP/CDB/EP-ABS/L.5/Rev.1, octubre de 1999.

C. El conocimiento tradicional

El conocimiento tradicional (CT) no pertenece al Estado, como es el caso de los RGs, sino a las comunidades indígenas, afroamericanas y locales que han desarrollado y mantenido ese conocimiento a través de generaciones, siendo por lo tanto un derecho de naturaleza privada perteneciente a dichas comunidades. El CT se encuentra regulado por la CDB al reconocer su valor en la conservación de la diversidad biológica. Asimismo, la CDB obliga a las Partes conforme al art. 8 j) al respeto, preservación y mantenimiento de los CTs. En tal sentido y conforme al mismo artículo, las Partes de la CDB, fomentarán que los beneficios derivados de su utilización del CT se compartan equitativamente.

La D.391 reconoce la importancia del CT asociado a los RGs y aportado por las comunidades indígenas, locales y afroamericanas. Este cuerpo normativo prevé la existencia de un anexo al contrato de acceso donde se garantice la voluntad del proveedor del componente intangible y la distribución equitativa de los beneficios derivados. Los CTs tienden a ser un elemento de reducción de costos en la investigación al permitir y facilitar la identificación de soluciones a problemas preexistentes en materia de utilización vegetal, métodos agrícolas, medicinas, alimentos, biopesticidas, etc. Los países miembros de la CAN han tenido varios problemas de carácter práctico al aplicar las disposiciones de la D.391, entre ellos la dificultad de obtener el consentimiento de las comunidades, las brechas culturales a la hora de la negociación, la falta de uso de la escritura por parte de algunas comunidades y la existencia de problemas en las esferas de relación entre los derechos públicos y los privados, entre otros.

El CT no sólo está relacionado con el componente intangible asociado a los RGs, sino también existen muchas prácticas relacionadas con el uso de los recursos biológicos, recursos minerales e incluso creaciones y expresiones del folklore que no están reguladas por la D.391. Esto ha traído como consecuencia que se haya comenzado a analizar otras opciones distintas, alternativas o paralelas al anexo del contrato de acceso incluyendo el uso de la propiedad intelectual o de sistemas *sui generis*.

Para la Iniciativa Biocomercio, el CT puede ser una fuente muy importante de innovación tecnológica y de expresiones culturales. La mayoría de esos conocimientos no han sido protegidos por la propiedad intelectual (PI) por razones tales como la falta de personalidad jurídica de las comunidades, la falta de fijación material o determinación física, la confusión de sus usos (incluyendo religiosos, técnicos y culturales), la dificultad y complejidad de los sistemas existentes de PI, los altos estándares exigidos para la obtención de derechos de PI, los elevados costos de protección de los intangibles, etc²⁰. Asimismo, una vez fijado y depurado, el CT puede formar parte de productos y procesos de utilidad en el mundo moderno y por ende comercializables. Desde el punto de vista legal varios aspectos podrían ser analizados por los programas nacionales de biocomercio a fin de facilitar el proceso de protección y de comercialización de productos derivados del CT, así como el manejo de proyectos de biocomercio en forma efectiva y productiva las comunidades. Entre ellos tenemos los siguientes:

²⁰ Para mayor información ver: "Los conocimientos tradicionales, sus innovaciones y prácticas y la necesidad del establecimiento de una protección de la propiedad intelectual adecuada". Reunión sobre propiedad intelectual y recursos genéticos de la OMPI, marzo de 2000. Documento oficial de la OMPI presentado por GRULAC, WIPO/GRTKF/IC/1/5. Este documento fue preparado por David Vivas Eugui.

- Desarrollo de mecanismos legales que permitan obtener personalidad jurídica reconocida a las comunidades. Estos mecanismos deberían ser suficientemente flexibles como para acomodar los procedimientos internos de toma de decisiones de cada comunidad²¹.
- Creación de sistemas nacionales permanentes de consulta con las comunidades indígenas²².
- Facilitar modelos de autorización y de contratos anexos a las comunidades indígenas y a los interesados en acceder al CT asociado.
- Estudiar la posibilidad de que el proyecto de normativa andina sobre CT, conforme a la disposición transitoria octava de la D.391, se incluya todo tipo de conocimiento relacionado o no con los RGs.
- Creación de registros voluntarios que permitan identificar y describir el contenido del CT. El depósito de esos conocimientos podría ser protegido, según el caso, por la PI si se diese el caso o por sistemas *sui generis*. El proyecto de la ley del Perú es un buen ejemplo. (*Este punto se desarrollará más profundamente en un capítulo aparte*).
- Diseño de esquemas que faciliten la obtención de permisos sanitarios y de comercialización de productos derivados del CT. El eco-etiquetado para productos amigables a la biodiversidad también podría ser aplicable a este caso.
- Analizar los costos de protección y de observancia legal que podrían tener los mecanismos que se diseñen.
- Diseñar guías administrativas y jurídicas que permitan a las comunidades indígenas conocer sus derechos y el proceso requerido para la protección y comercialización de sus conocimientos de manera sencilla y clara.

D. Los mecanismos de distribución de beneficios provenientes del uso sustentable de los RGs y el CT

Una de las grandes preocupaciones de los países ricos en biodiversidad es cómo obtener beneficios del uso de los RGs y de los CTs, y a la vez promover la conservación de la biodiversidad y las inversiones.

El primer aspecto que hay que tomar en cuenta es no sólo los beneficios derivados de la bioprospección, la investigación y el desarrollo, y el uso práctico de los RG, sus derivados y del CT. Existen importantes beneficios económicos y sociales que se producen como consecuencia de las actividades sustentables de producción de bienes y servicios aguas arriba. Este es el caso del cobro de impuestos ordinarios o ambientales por actividades económicas sustentables, la generación de empleo y la creación de empresas de forma desconcentrada en el territorio.

Por otro lado, también debe tomarse en cuenta que sin actividad económica es difícil obtener beneficios tangibles para los Estados y las Comunidades indígenas y locales, en tal sentido la promoción del uso de la biodiversidad de manera sustentable es de fundamental importancia. En esta misma dirección, el manejo y el uso sostenible de los recursos y su conservación debe ser siempre considerado como un presupuesto previo y absoluto a cualquier actividad de uso o explotación económica de los RGs o del CT. La D. 391 prevé diversos mecanismos generales sostenibles entre ellos, los mecanismos de absorción de tecnología a través de la participación en las investigaciones que se realicen, el

²¹ Para mayor información ver: Algunas consideraciones sobre la experiencia de Colombia en materia de protección de los conocimientos tradicionales, acceso, distribución de beneficios y propiedad intelectual. M.P. Pardo Fajardo, AM Hernández, A. Ramos. Iniciativa Biocomercio/UNCTAD, 2000.

²² Idem.

fortalecimiento de capacidad institucional y de las comunidades, etc. A estos beneficios se podrían sumar obviamente los desembolsos pecuniarios directos o diferidos, regalías por derechos de propiedad intelectual que pudiesen derivarse, mejoras físicas o ambientales, cooperación técnica y educativa, etc. También se ha mencionado la posibilidad de crear fondos fiduciarios destinados a fines particulares como la conservación del ambiente u otros fines predefinidos.

La distribución de beneficios para que sea efectiva debe primero pasar por una negociación equilibrada que permita satisfacer a todas las partes del proceso de acceso a los RGs o al CT. La mayoría de las empresas nacionales o transnacionales interesadas en el acceso lícito han manifestado que ellas se sienten mucho más cómodas en los procesos de acceso y con mayor ánimo de colaboración cuando los beneficios van directamente a la conservación del ecosistema, a la educación, a la creación de capacidades y al establecimiento de infraestructuras que permitan elevar el nivel de vida de los habitantes y comunidades que se encuentren en el área definida para el acceso o en áreas aledañas²³.

E. La relación de la biodiversidad con la propiedad intelectual

La propiedad intelectual es un sistema legal que confiere derechos de exclusividad a los individuos y a las empresas para proteger sus activos inmateriales en la competencia. Estos derechos y más específicamente en el caso de las patentes, se han justificado principalmente por razones económicas, entre las cuales encontramos: la promoción de la innovación y la recuperación de las inversiones realizadas en investigación y desarrollo. La relación de la PI con la biodiversidad se puede plantear en tres áreas de particular interés. Estas son las siguientes:

1. El requisito de divulgación del origen y del contrato de acceso a los RGs y del CT en las solicitudes de patentes y otros derechos de propiedad industrial. El recientemente aprobado Régimen Común sobre Propiedad Industrial Decisión 486 de la CAN del año 2000, supedita claramente la obtención de derechos de propiedad industrial al acceso lícito de los RG. Esta decisión hace referencia por primera vez al término "patrimonio biológico" el cual refuerza la idea de soberanía sobre esos recursos. En este sentido, la D. 486 incluso va más allá, exigiendo como parte de la solicitud de patente la copia del contrato de acceso a los recursos genéticos y de la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales, con el fin de garantizar y controlar la licitud del acceso en los casos que fuese necesario. La falta de presentación de estos requisitos puede acarrear que esa solicitud se presuma abandonada o que se decrete posteriormente la nulidad de la patente, si se comprueba que la obtención o el uso de los recursos genéticos o de los conocimientos tradicionales de cualesquiera de los países miembros, se ha hecho de manera ilegal o sin cumplir los procedimientos respectivos²⁴.

Este tipo de mecanismo ha sido rechazado recientemente en el seno de la Organización Mundial del Comercio (OMC)²⁵ y de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI)²⁶ por los Estados Unidos y Japón alegando que son violatorios de los arts.

²³ Ver guías de acceso y procedimientos estándar del "Royal Botanic Garden Kew" del Reino Unido by Kerry Ten Kate. Reunión de expertos en sistemas y experiencias nacionales de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de la UNCTAD, noviembre 2000.

²⁴Ver La implementación nacional de la CDB y el ADPIC: El sistema de acceso y divulgación de los recursos genéticos en Venezuela. David Vivas Eugui. UNCTAD 2001.

²⁵ Para mayor información ver www.wto.org

²⁶ Para mayor información ver www.wipo.int

27, 29 y 31²⁷ del Acuerdo de Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Esto ha traído grandes debates en el seno de los mencionados organismos internacionales. El requisito de la divulgación del origen y del contrato de acceso no debe ser considerado como violatorio, siendo éste un requisito general de legalidad aplicado por otros países firmantes de la CDB, tales como Costa Rica y Brasil. Este requisito también ha sido considerado como adecuado por el Panel de Expertos sobre acceso y distribución de beneficios de la CDB²⁸ y se puede encontrar en los proyectos nacionales de ley de India y Kenya. En este contexto los países miembros de la CAN podrían analizar los posibles escenarios políticos o legales que pudiesen ocurrir en diversos foros internacionales y los efectos que la mencionada discrepancia podría causar en las negociaciones que se desarrollan actualmente²⁹. Asimismo, se podrían preparar propuestas conjuntas para la revisión del contenido del art. 27.3 b) del ADPIC el cual hace referencia a algunas excepciones de patentabilidad relacionadas con la vida y al establecimiento de un sistema *sui generis* eficaz de protección de las variedades vegetales.

2. Aplicación del sistema actual de PI al CT. Como se mencionó anteriormente, los países de la CAN han manifestado gran interés en que se proteja el CT y se establezca una relación armónica con la PI. La PI en general está regulada por diferentes acuerdos suscritos bajo los auspicios de la OMPI³⁰ y por el Acuerdo ADPIC de la OMC. El CT por sus características particulares no puede, en muchos casos, ser protegido por la PI debido a los criterios exigidos para el otorgamiento de la protección. Sin embargo, la PI tiene un amplio reconocimiento internacional lo cual permite una protección más rápida y eficaz que la que podría dar un sistema *sui generis* no reconocido internacionalmente. En tal sentido, debería intentarse primero el registro de aquellos contenidos del CT que puedan cumplir las condiciones exigidas por el sistema de PI, antes de utilizar nuevos sistemas.

Uno de los aspectos legales que se podría estudiar es cómo promover el uso de la PI y la creación de mecanismos sencillos de registro y reconocimiento que faciliten el camino a las oficinas nacionales de registro. Pueden llegar a tener mucha utilidad en la protección del conocimiento tradicional las siguientes figuras de la PI:

Caja 3

Figuras de Propiedad Intelectual que pueden ser utilizadas para proteger algunas formas de conocimiento tradicional³¹

Las **patentes de invención** en caso de que el conocimiento tradicional o sus derivados cumplan con los requisitos de novedad, altura inventiva y aplicación industrial. Las patentes protegen innovaciones no expresiones. En este caso, el requisito de novedad y de altura inventiva representan importantes limitaciones para dar protección al CT.

Los **modelos de utilidad** para los objetos o artesanías originales con fines utilitarios.

Los **diseños industriales** para los objetos originales en sus aspectos estéticos. Los diseños textiles serían grandes candidatos para obtener una protección de diseño industrial.

²⁷ Estos artículos contienen los criterios de patentabilidad, excepciones a la patentabilidad, la descripción de la información contenida en la patente y las causales de revocación.

²⁸ Ver Reporte de Panel de Expertos UNEP/CDB/EP-ABS/L.5/Rev.1, octubre de 1999.

²⁹ Idem nota 23.

³⁰ Entre las más importantes tenemos los Convenios de París, Berna, Madrid, Roma, Lisboa, etc.

³¹ Idem nota 8.

Las **denominaciones de origen y marcas de certificación** para la identificación del origen y de las cualidades particulares de diversos productos, especialmente los agrícolas y los agroindustriales. Un ejemplo de uso de denominación de origen ligado al CT es el caso del cacao de Chuao en Venezuela. Este tipo de cacao se caracteriza por el uso de variedades autóctonas unido a un proceso de fermentación tradicional usado por las comunidades afroamericanas de la zona³².

La protección de **obtentores vegetales** para las variedades de plantas que cumplan con los requisitos de novedad, distinguibilidad, homogeneidad y estabilidad. Aquí el requisito de novedad es menos exigente que el aplicable a las patentes, siendo fundamental la entrada al comercio de la variedad en cuestión. La ley de variedades de Tailandia de 1999 ha establecido un régimen *sui generis* aplicable a tres tipos de variedades vegetales (incluyendo las genéricas, las domésticas y las salvajes).

Los **derechos de autor** para la protección de las expresiones cuando éstas hayan sido fijadas materialmente. Cuando la obra ha sido materializada el derecho de autor es muy efectivo ya que no exige registro. El sólo hecho de la creación implica la protección del derecho de autor para todas las obras, sean éstas literarias, artísticas, musicales, dramáticas, etc.

Por otro lado, también se puede analizar la posibilidad de relajar algunos de los criterios exigidos para la protección de la PI a fin de adaptarlos a las características del CT. Muchos de los criterios exigidos de protección de la PI no se han definido internacionalmente, por lo cual muchos países tienden a cambiar las definiciones existentes por nuevas definiciones adaptadas a sus necesidades. Esto ya se ha hecho en diversas ocasiones en algunas legislaciones nacionales³³ de PI o en algunos acuerdos internacionales, algunos ejemplos son:

- La patentabilidad de los procedimientos de negocios, donde el criterio de altura inventiva ha sido sustituido en la jurisprudencia norteamericana por el criterio de la “utilidad”³⁴.
- La protección de las bases de datos no originales por la legislación europea, donde no se exige “originalidad” de las bases de datos para otorgar la protección de derecho de autor³⁵.
- La Convención de Berna sobre Derechos de Autor, ha dejado espacio para que en las legislaciones nacionales se puedan proteger aquellas expresiones que no se hayan fijado materialmente o en las que el autor es desconocido.

Este tipo de modificación de las definiciones podría en algunos casos facilitar la protección por los sistemas de propiedad intelectual actuales al CT.

3. Elementos para la definición de un sistema *sui generis* de protección del CT³⁶. Actualmente varios países han manifestado³⁷ en el Consejo ADPIC de la OMC y en el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folklore de marzo de 2001, la necesidad de que se establezca una protección *sui generis* de PI para el CT. La propiedad intelectual, si bien en algunos casos se puede utilizar para proteger el CT, no es suficiente para abarcar todas las situaciones que podrían presentarse. Algunos

³² Para mayor información ver: The negotiations on geographical indications in the TRIPS council and its effects in the agricultural negotiations in the WTO, implications for developing countries. Por David Vivas Eugui. International Journal of Intellectual Property. Geneva, 2001.

³³ Este sería el caso de la legislación de los Estados Unidos y de la Unión Europea.

³⁴ Para mayor información ver: Issues on the relationship between E-commerce and intellectual property rights in the WTO: Implications for developing countries. Por David Vivas Eugui. South Centre and the Center for International Environmental Law, 2001.

³⁵ Idem.

³⁶ Idem nota 8.

³⁷ Esta opinión ha sido manifestada por casi todos los países en desarrollo.

autores defienden la tesis de crear un sistema nuevo para incluir las características particulares del CT. Esto ya se ha dado en los sistemas actuales de propiedad intelectual. Ejemplo de ello son la protección de los circuitos integrados y la protección *sui generis* de variedades vegetales. Algunos elementos que podrían tomarse en cuenta a la hora de diseñar un posible sistema *sui generis* son:

Caja 4

Posibles elementos para la definición de un sistema *sui generis* de CT con base a elementos preexistentes en la propiedad intelectual

Revisar las definiciones de dominio público, innovación, novedad, altura inventiva, aplicación industrial, y fijación con el fin de adaptarlas a las características y particularidades del CT.

Estudiar la posibilidad de establecer **protecciones mixtas** que incluyan secretos industriales, competencia desleal, derecho de exclusión y sistemas de bases de datos originales³⁸.

Analizar la posibilidad de **crear registros o bases de datos** de CT, **constitutivos o declarativos** de derechos según se estime conveniente.

Por otro lado, también puede considerarse la utilización de figuras que no impliquen ni la existencia de un derecho de exclusión ni la necesidad de obtener el consentimiento o la autorización previa. En tal sentido, conforme a la opinión del GRULAC en el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y folklore³⁹, existen en la doctrina y en la legislación comparada algunas figuras que permiten desarrollar formas de protección o de compensación económica para realizar el valor comercial del CT. Entre ellos, pueden mencionarse los siguientes:

- Licencias de pleno derecho o dominio público con pago. Podría considerarse establecer sistemas que prevean la obligación de pagar una tasa o contribución en favor de determinado beneficiario definido por la legislación (que puede ser una comunidad u otro ente colectivo, o una institución que las represente) cuando se explotara comercialmente una expresión de cultura tradicional o indígena de algún pueblo. A diferencia de un derecho de propiedad intelectual pleno, los beneficiarios (comunidades o pueblos que generaron y conservan esa expresión de cultura) no tendrían el derecho de oponerse al uso o explotación de obras que están en el dominio público. Sin embargo, tendrían derecho a una compensación o remuneración en función de tal explotación⁴⁰.
- Represión de la competencia desleal. La legislación y la jurisprudencia de diversos países reconocen que los comportamientos "parasitarios" de aprovechamiento injusto de las prestaciones ajenas pueden, bajo circunstancias, ser consideradas contrarias a los usos y prácticas honestas, dando lugar a una acción de cesación. Podría considerarse el reconocimiento por los países de normas de conducta, en virtud de los cuales se considere como desleal el aprovechamiento comercial sin consentimiento informado previo de las expresiones de cultura tradicional⁴¹.

³⁸ Para mayor información ver: From the Shaman's hut to the Patent office: How long and winding is the road?-II. Por Nuno Pires Carvalho. Revista da ABPI N° 41 Jul/Ago 1999.

³⁹ Ver documento de la OMPI WIPO/GRTKF/IC/1/5

⁴⁰ Idem ver nota 19.

⁴¹ Idem.

- El enriquecimiento sin causa. Esta figura aplica en aquellos casos en el que una persona se enriquece sin causa en perjuicio de otra, aquí la primera está obligada a indemnizar a la segunda dentro de los límites de su propio enriquecimiento y del empobrecimiento de la otra⁴².

F. La regulación internacional del comercio de Servicios

Los servicios son un tipo de intangible con alto valor agregado y gran participación humana. Entre los servicios más importantes para el biocomercio encontramos un sector y dos subsectores, estos son: los servicios ambientales generales (conservación de ecosistemas, limpieza de residuos industriales, purificación del agua, evaluación de impactos ambientales, ingeniería y soporte ambiental, etc.), los servicios de ecoturismo y los servicios de investigación y desarrollo. El comercio de todos los servicios, incluyendo los mencionados, se regula por el Acuerdo de Servicios de la OMC (AGCS). Este acuerdo busca la liberalización del sector servicios en sus cuatro formas básicas de prestación, estas son las siguientes:

- Modo 1: Movimiento transfronterizo.
- Modo 2: Consumo en el extranjero.
- Modo 3: Presencia local.
- Modo 4: Movimiento temporal de personas.

Caja 5

Aspectos fundamentales del Acuerdo de Servicios de la OMC

Los contenidos básicos del AGCS son los siguientes:

Principios de Nación Más Favorecida (NMF) y de Trato Nacional (TN). A diferencia de lo que ocurre en el comercio de bienes, para que un sector o subsector de servicios esté cubierto por los principios de NMF o TN, el mismo debe incluirse expresamente en las listas de compromisos anexas al AGCS.

Acceso a los mercados. Los niveles de acceso (cuotas de participación autorizada, número de operaciones u operadores, inversión extranjera autorizada en empresas, etc.) también se determinan por las listas de compromisos específicos⁴³. Todas las listas de compromisos son individuales (listas por país, no hay compromisos horizontales de acceso). Algunos afirman que el AGCS es un acuerdo de inversión en materia de servicios.

Liberalización progresiva. Se promueven rondas de negociación sucesivas, dando especial atención a los sectores de interés de los países en desarrollo y manteniendo la flexibilidad requerida.

Las **regulaciones nacionales** tanto legales como administrativas que afecten al comercio de servicios deben ser imparciales, objetivas y razonables.

Opción abierta para que terceros países se incluyan en negociaciones bilaterales sobre **reconocimiento mutuo** de títulos y calificaciones que realicen otros miembros

⁴² Ejemplo de esta situación es el caso de una contratación laboral genérica de un trabajador donde el empleado está obligado a entregar al patrón todo el fruto de su trabajo. Supongamos que el sujeto que trabaja en la línea de producción (área que no tiene relación alguna con la investigación y desarrollo de la empresa) y durante las horas de trabajo éste sujeto logra a través de un mecanismo físico una mejora a la línea de producción. Aquí el empleador podría solicitar la propiedad de la mejora. Sin embargo el trabajador podría a su vez ejercer una acción de enriquecimiento sin causa contra el patrón ya que el trabajador no estaba específicamente empleado para una función de investigación. Ver nota 19.

⁴³ El AGCS funciona a través de listas positivas, es decir sólo existen compromisos en las áreas listadas.

Actualmente se desarrollan en la OMC negociaciones sobre la liberalización progresiva de los servicios. Con respecto al caso de los servicios ambientales generales los países desarrollados estarían muy interesados en un mayor acceso para prestar servicios en el modo 1 (Movimiento transfronterizo). Estos servicios producen efectos horizontales en toda la economía. Los países andinos poseen cierta experiencia en actividades de apoyo, limpieza y regulación de desechos e impacto ambiental en las actividades mineras y petroleras.

En el sector de turismo en general es donde los países en desarrollo han hecho más propuestas para la liberalización de los mercados internacionales. Esto incluye obviamente el ecoturismo. Los modos más relacionados con la prestación de servicios de turismo son los modos 2, 3 y 4 (consumo en el extranjero, presencia local, movimiento temporal de personas). Se ha hecho especial énfasis en el modo 3 al constituir una forma de inversión extranjera directa y en el modo 4 como una forma de que los nacionales de los países en desarrollo presten servicios en centros turísticos de países desarrollados. En las negociaciones del sector turismo se han realizado últimamente labores de clasificación sectorial y subsectorial con el fin de especificar más los compromisos que se depositen en futuras negociaciones.

En el caso particular del ecoturismo, se han presentado varias limitaciones internacionales que afectan su desarrollo pleno⁴⁴, entre estas tenemos:

- Prácticas anticompetitivas: carteles e integración vertical de agencias turísticas, transportistas, operadores y hoteles, etc.
- Dificultades para acceder a los canales de información de reserva y distribución de viajeros.
- Falta de fuentes de capital para pequeña y mediana empresa turística.
- Brecha tecnológica y administrativa.
- Ausencia de información para el consumidor sobre los beneficios del turismo sustentable.

Con respecto a la investigación científica, los países en desarrollo desean que centros de investigación se establezcan en sus territorios y que se promueva la transferencia de tecnología. Existen dos tipos de actitud por parte de los países en desarrollo con respecto a este sector. La primera, donde se busca la eliminación de todas las restricciones al “establecimiento”⁴⁵ de centros de investigación. La segunda, donde se establecen requisitos de desempeño al “establecimiento” tales como obligatoriedad de asociación con centros nacionales, compartir los resultados científicos de la investigación y compartir los beneficios de la misma.

Algunos de los temas que podrían ser analizados por los programas nacionales de biocomercio con relación al comercio de servicios son los siguientes:

- Identificación de sectores o subsectores de interés tanto para la recepción de inversiones (modo 1) como para la “exportación” (modos 1, 2 y 4).
- Identificación de sectores que pretenden ser reservados a nacionales en caso de que los haya.

⁴⁴ Para mayor información ver: [The sustainability of international tourism in developing countries](#). Por David Díaz Benavidez. UNCTAD 2001.

⁴⁵ En materia de inversiones el término “establecimiento” implica la realización efectiva de la inversión y la adquisición de la cualidad de inversionista extranjero.

- Promover el establecimiento de normas de competencia en el comercio internacional de los servicios en la OMC.
- Promover el establecimiento de una normativa internacional contra las subvenciones en la prestación de servicios en la OMC. Ejemplo es el caso de los subsidios a los servicios audiovisuales y la investigación, los cuales se usan de manera común en los países desarrollados.
- Promover la transparencia de las normativas legales ambientales nacionales o regionales que regulan la inversión y el inicio de actividades de turismo sustentable y ecoturismo en zonas de alta y mediana sensibilidad del ecosistema. Uso de las tecnologías de la información para puesta en Internet de esas normativas de manera conjunta.
- Acelerar el proceso andino de preparación de inventarios y negociación de la listas de compromisos del Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina, Decisión 439.
- Promover la creación de asociaciones estratégicas entre las agencias de viajes, líneas aéreas e inversionistas para el desarrollo de paquetes turísticos con destinos regionales que justifiquen los costos de transporte al continente.

III. El comercio de Tangibles

El comercio de tangibles incluye a las especies en peligro de extinción, los productos agrícolas relacionados con biodiversidad y los productos de elaboración intermedia.

A. El comercio de recursos biológicos en peligro de extinción

El aprovechamiento de la biodiversidad no sólo alcanza los recursos genéticos sino también los biológicos. Estos pueden tomar la forma de microorganismos, plantas o animales vivos, materia prima, productos de elaboración intermedia y productos finales. Algunos recursos biológicos están sometidos a un comercio restringido. Este es el caso de las especies sometidas a la Convención de Washington sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre⁴⁶ (CITES). Esta convención establece mecanismos estrictos para el comercio de especies amenazadas clasificándolas en tres apéndices según el nivel de peligro en que se encuentre la especie en cuestión. Los requisitos exigidos incluyen según el caso permisos de exportación y de importación emitidos por las autoridades competentes y controles sobre el transporte y la salud de animales vivos, etc. Estas exigencias son mucho más restrictivas a medida que aumenta el nivel de peligro.

Caja 6 Clasificación de especies conforme a la Convención de Washington (CITES)

Apéndice I: incluye a todas las especies en peligro de extinción que son o pueden ser afectadas por el comercio.

Apéndice II: incluye aquellas especies que si bien no se encuentran en peligro de extinción, pudiesen llegar a estar en esa situación.

Apéndice III: incluye aquellas especies cuya exportación se encuentra regulada en el Estado que la ha incluido en este apéndice.

⁴⁶ Convención suscrita en Washington en 1973.

Desde el punto de vista del Biocomercio es importante que se respeten y se cumplan los procedimientos nacionales que regulan el comercio de las especies mencionadas o de sus derivados⁴⁷ de forma fidedigna y transparente. En el caso particular de la cría o reproducción artificial de animales o plantas contenidas en el apéndice I, cuyo comercio está regulado por el contenido del apéndice II, se debería promover sistemas de gestión administrativa claros para los empresarios dedicados a este tipo de explotación. Esta gestión debe coordinarse con las regulaciones nacionales de recursos biológicos cuyo contenido genético no vaya a ser utilizado, aplicando las reglas adecuadas de marcaje y de verificación en los movimientos fronterizos.

B. El comercio de productos “agrícolas” ligados a la biodiversidad

La iniciativa de Biocomercio asiste y promueve la producción de una canasta variada de productos amigables al ambiente. Entre los más importantes encontramos algunos productos agrícolas tales como ingredientes alimenticios, alimentos, plantas medicinales y extractos base para cosméticos. El comercio de estos productos se encuentra regulado por el Acuerdo de Agricultura (AA) y el Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (AMSF) de la OMC. El AA establece el marco general normativo del comercio de productos que se encuentran entre los capítulos I al XXIV del sistema arancelario armonizado (HS). Los objetivos del AA son el aumento de la competencia y la eliminación de las restricciones al comercio de productos agrícolas. Un ejemplo podría ser la partida HS 07.08 aplicable a legumbres (las cuales pueden poseer un número importante de variedades) incluso desenvainadas, frescas o refrigeradas, donde un país X aplica un arancel consolidado de 5% y un arancel efectivo de 1%.

Caja 7

Elementos fundamentales del Acuerdo sobre Agricultura de la OMC

Los contenidos básicos del AA son los siguientes:

La “**integración**” general de los productos agrícolas a la OMC. Esto se realiza a través de la inclusión de compromisos de consolidación⁴⁸ arancelaria en listas especiales de acceso a los mercados de los productos agrícolas.

La **arancelización** de barreras no arancelarias para promover eliminación y desmonte. Esta medida produjo en la práctica una alta elevación de los aranceles existentes con anterioridad a 1994.

Existencia de **oportunidades de acceso a los mercados**. El AA estableció un acceso mínimo con los aranceles existentes en 1994, conforme a los montos de exportación del período base de 1986-88. Asimismo, se previó un acceso mínimo a los exportadores que poseyesen un acceso menor al 3% en el período base mencionado.

El establecimiento de **mecanismos de reducción de las subvenciones** a la exportación y al apoyo doméstico (caja azul). Posibilidad de uso limitado de subvenciones a la investigación y el desarrollo, el combate de enfermedades, creación de infraestructura y seguridad alimentaria (caja verde).

Debida moderación en el uso de **medidas compensatorias** en el caso de existencia de subvenciones (cláusula de paz).

⁴⁷ Esto incluye pieles, animales disecados, partes de animales y productos manufacturados con base a partes de animales.

⁴⁸ Establecimiento de techos arancelarios máximos.

Los productos agrícolas ligados a la biodiversidad no poseen ningún tratamiento especial con respecto al resto de los productos agrícolas en la OMC. Sin embargo, las listas de la OMC permiten conocer los techos máximos de los aranceles, así como los montos que los países desarrollados otorgan en ayudas públicas. Para conocer mejor las limitaciones de acceso arancelario en los mercados potenciales para los productos de la biodiversidad hay que analizar las listas arancelarias nacionales y regionales (en caso de Uniones Aduaneras) y los sistemas generales o regionales de preferencias de los países desarrollados. En el caso particular de los países Andinos se debería analizar el Andean Trade Preference Act (ATPA) de los Estados Unidos y el Sistema Andino de Preferencias otorgado por la Unión Europea.

Otro acuerdo de la OMC aplicable al comercio de productos agrícolas ligados o no a la biodiversidad es el AMSF. Los objetivos de este acuerdo son el garantizar que las medidas necesarias para la proteger la salud animal o vegetal se apliquen de manera tal que no se conviertan en un medio de discriminación arbitrario o injustificable.

Caja 8

Aspectos fundamentales del Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC

Los contenidos básicos de AMSF son los siguientes:

La normativa del AMSF aplica a todas las medidas destinadas a la **seguridad** de los alimentos y a la **protección** contra enfermedades que afectan o que son transmitidas a través de las plantas, animales o sus derivados.

El acuerdo permite a los Estados el establecer sus **propios estándares sanitarios o fitosanitarios** siempre que sean necesarios, no discriminatorios basados en criterios científicos.

Se estimula a los países a utilizar **estándares, guías o recomendaciones reconocidos internacionalmente**. Ejemplos son el *Codex Alimentarius* de la Organización Mundial de la Alimentación y la Agricultura (OMAA/FAO), las normas de la Oficina Internacional de Epizoóticos y las contenidas en la Convención para la Protección Internacional de las Plantas (OMAA/FAO).

Se establecen procedimientos para la **inspección, control y aprobación** de los estándares y guías mencionadas en el ámbito nacional. Los gobiernos están obligados a la designación de **puntos nacionales focales** para promover el flujo de información y la transparencia.

Los estándares nacionales deben ser **notificados** a la OMC.

Se establece el principio **precautelativo**. Este principio está consagrado de manera limitada en el AMSF y permite bajo estrictas condiciones la aplicación de manera temporal de medidas sanitarias o fitosanitarias con base a la información pertinente que se disponga.

Estas normas sanitarias y fitosanitarias pueden llegar a convertirse en un momento dado en una barrera al comercio, sin embargo son en muchos casos necesarias para evitar daños a la salud de los animales y plantas. Las normas de la OMC deben ser interpretadas conjuntamente con el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio de Diversidad Biológica, el cual regula entre otros aspectos, el uso y comercio de los organismos vivos genéticamente modificados (OGMs).

Entre los asuntos que podrían tomar en cuenta los miembros de la CAN en sus programas nacionales de biocomercio con relación al comercio de los productos agrícolas ligados a la biodiversidad se pueden mencionar los siguientes:

- Identificación de una canasta de productos ligados a la biodiversidad de interés común, afín de preparar propuestas conjuntas en las negociaciones de acceso a los mercados agrícolas de la OMC.
- Creación de bases de datos con todas las normas sanitarias y fitosanitarias de esos productos existentes en los mercados de exportación. Por ejemplo la Unión Europea, Japón y los Estados Unidos, etc.
- Promover en la OMC la eliminación de aquellos subsidios aplicables a los productos competitivos directa o indirectamente en los países donde haya mercados de exportación.
- Realizar labores educativas sobre los acuerdos de la OMC y sobre las normas sanitarias y fitosanitarias reconocidas internacionalmente.
- Iniciar procesos de sensibilización y aprovechamiento de los sistemas de preferencias arancelarias. Estos sistemas tienden a favorecer a los productos primarios y con poco valor agregado. Esto no es muy positivo para los productos derivados de la biodiversidad donde se busca añadir valor. Iniciar negociaciones de estos sistemas preferenciales (estos son unilaterales pero en algunos casos se puede negociar su cobertura) en la medida de lo posible, para ampliar su contenido a productos amigables a la biodiversidad.

C. El comercio de productos de elaboración intermedia

Otro tipo de productos de importancia para el biocomercio son aquellos que utilizan materiales provenientes de la biodiversidad y que poseen una elaboración intermedia. Podemos encontrar en este grupo de productos a los aceites vegetales con fines alimenticios o cosméticos, los tintes y cosméticos, las fibras, el látex, las resinas y gomas, los materiales de construcción, los productos maderables, los productos alimenticios y las bebidas elaboradas, ciertos textiles, las medicinas naturales y los productos farmacéuticos, etc. Estos productos están regulados a nivel internacional por varios acuerdos internacionales de manera horizontal. Los más importantes a los fines del biocomercio son el GATT de 1994 y el Acuerdo de Normas Técnicas de la OMC.

El Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio de 1994 (GATT 94) establece los principios básicos del comercio de bienes “industriales” que incluye a todos los bienes con cierto nivel de elaboración⁴⁹ a partir del capítulo XIV del sistema armonizado (HS). Los objetivos del GATT son la liberalización comercial (reducción de aranceles a través de rondas sucesivas de negociación) y el desmonte progresivo de las barreras no arancelarias para productos industriales.

Caja 9 Aspectos fundamentales de GATT 94

Los contenidos básicos de GATT de 1994 son los siguientes:

⁴⁹ El GATT del 1994 también incluye a los productos pesqueros.

Principio de Nación Más Favorecida (NMF): Este principio implica que cualquier beneficio o ventaja otorgada a un tercer país debe ser automáticamente aplicable a cualquier otro miembro. Opera antes de que los productos pasen la frontera.

Trato Nacional (TN): Este principio establece que cualquier beneficio o ventaja otorgada a un nacional debe extenderse automáticamente a todos los extranjeros.

No imposición de restricciones cuantitativas: Esto implica una prohibición de cuotas de ingreso y de restricciones voluntarias a la exportación.

Liberalización arancelaria a través de la reducción y consolidación⁵⁰ de aranceles. Los compromisos de liberalización se depositan en listas creadas conforme al sistema armonizado de la Organización Mundial de Aduanas (OMA).

Existencia de medidas contra acciones desleales provenientes del **dumping o por subvenciones o medidas compensatorias**.

Posibilidad de uso de **medidas de salvaguardias** como consecuencia del daño de un sector de la industria nacional producida a su vez por un aumento importante de las importaciones.

Una de las principales críticas de los países en desarrollo al GATT de 1994 es que todavía se conservan en las listas de compromisos de los países desarrollados picos arancelarios importantes que evitan un acceso real a los mercados. Estos picos arancelarios se hacen más patentes a medida que aumenta el grado de elaboración. Para los productos “industriales” incluidos en la canasta de la Iniciativa de Biocomercio no se presentan demasiadas limitaciones arancelarias, sin embargo para tener una visión más precisa será necesario que cada país identifique cuáles son los productos que se desean exportar.

El comercio de productos intermedios no sólo puede sufrir barreras arancelarias sino también barreras no arancelarias. Una de esas barreras tiende a ser la existencia de normativas técnicas y los estándares industriales. Este tipo de normativa está regulada por el Acuerdo de Normas Técnicas (ANT) de la OMC. El ANT busca que las normas técnicas, estándares, exámenes y certificaciones no creen obstáculos innecesarios al comercio.

Caja 10

Aspectos fundamentales del Acuerdo de Normas Técnicas de la OMC

Los contenidos básicos del ANT son los siguientes:

El ANT **reconoce el derecho de los Estados de adoptar las normas técnicas** que considere adecuadas, incluyendo entre otros propósitos la seguridad, la protección del ambiente, los derechos de los consumidores, etc.

Los estados pueden **implementar medidas** que consideren necesarias para cumplir con esas normas técnicas.

El ANT promueve la utilización de **normas técnicas internacionales**. Ejemplo las normas ISO.

⁵⁰ Idem nota 46.

Se establece un **código de conducta** para la preparación, adopción y aplicación de normas por parte de los gobiernos nacionales. Las normas técnicas nacionales no deberán otorgar ventajas a los productos nacionales (**trato nacional**).

El acuerdo promueve el **reconocimiento** mutuo de **métodos de prueba** para el cumplimiento de las normas técnicas.

Los Estados están obligados a establecer **puntos focales** de información.

Algunos de los asuntos legales/comerciales que podrían ser analizados por los programas nacionales de biocomercio con relación al comercio de productos de elaboración intermedia son:

- Establecer una canasta de productos de elaboración intermedia ⁵¹ en la que los miembros de la CAN tengan interés a fin de preparar estrategias de acceso a los mercados internacionales. En tal sentido, se debería promover negociaciones en favor de la reducción arancelaria de estos productos en la OMC, ALCA, etc.
- Identificar los picos arancelarios que dan más problemas a los productos de elaboración intermedia originados en la CAN, a fin de negociar su sometimiento a los promedios arancelarios generales en la OMC.
- Utilización de las ventajas contenidas en los sistemas de preferencias.
- Hacer uso de los mecanismos contra subvenciones o dumping a nivel interno si se dan las condiciones de aplicación.
- Crear sistemas regionales de certificación ambiental para ciertos productos que satisfagan tanto la demanda interna como la externa.
- Iniciar procesos de creación de capacidades para la obtención de certificaciones internacionales o nacionales.
- Promoción del uso de normas técnicas internacionalmente reconocidas, incluyendo las aplicables a los procesos ambientales, empaque, seguridad, materiales, ensamblaje, etc.
- Creación de mecanismos para promover alianzas estratégicas con empresas procesadoras de los productos intermedios a fin de garantizar mercados de manera constante.

IV. Conclusiones.

Las regulaciones sobre acceso a los RGs, CT y el comercio de especies en peligro de extinción son la base en muchos casos del proceso de elaboración de nuevos productos. Los procedimientos legales son diseñados generalmente sin tomar en cuenta los costos de transacción que implica su cumplimiento. Las expectativas de beneficios económicos provenientes del uso sostenible de la biodiversidad dependen en gran parte de la puesta en práctica de actividades económicas. La simplificación, celeridad y eficiencia en los procedimientos administrativos son hoy en día herramientas esenciales para la atracción de capitales, siendo en muchos casos factores decisivos en los análisis de competitividad realizados por los inversionistas potenciales.

La conservación del ambiente y la preservación de la diversidad biológica debe ser siempre considerada como un presupuesto previo y esencial al inicio de cualquier actividad

⁵¹ Para mayor información ver: Estudio de mercado sobre productos no maderables (PNNM) por Bert-Jan y Ottens. Profound Consulting. Biocomercio: Estrategias para el desarrollo sostenible en Colombia, 2000.

de uso o explotación económica. En tal sentido los mecanismos de control y gestión contenidos en las normativas ambientales deberán ser facilitados a fin de promocionar la observancia de esas normas.

Los usos aguas abajo (de valor añadido) de los componentes de la biodiversidad para la generación de productos, procesos y servicios deberán ser analizados en su contexto internacional a fin de garantizar un proceso fluido y sin barreras al consumidor final. Una vez cumplidas la regulaciones de sustentabilidad ambiental, los productos generados tendrán que cumplir paralelamente con las exigencias comerciales. Los acuerdos comerciales internacionales podrían entonces ser aprovechados a fin de obtener mayor acceso a los mercados y evitar que se creen barreras innecesarias al comercio de los productos y servicios de la región.