

Análisis al anteproyecto de ley de biodiversidad**(versión cuarta enero 2002)**

Msc. José René Orúe Cruz*

Resumen.- Varios artículos del anteproyecto son contradictorios entre sí, en especial en cuanto a las facultades otorgadas a MARENA, el INABIO y la CONADIBIO. Prácticamente MARENA se convierte en una institución simbólica y se sustituye la LGMA como la ley marco del régimen jurídico en materia ambiental. Mientras el Gobierno de Nicaragua asume una serie de compromisos internacionales en temas diversos dirigidos a modernizar, elaborar y armonizar leyes en materia de propiedad intelectual, semillas y fitosanitarias, una institución del mismo Gobierno Central hace caso omiso de ese esfuerzo, exponiendo al país a ser llevado a un panel al seno de la O.M.C. o a que le apliquen medidas de carácter económico contra nuestros productos de exportación.

Introducción

Me ha correspondido en calidad de consultor del Proyecto de Mejoramiento de Semillas (PROMESA) realizar análisis a las cuatro versiones del Anteproyecto de Ley de Diversidad Biológica elaboradas por el Ministerio del Ambiente y Recursos Naturales, correspondiendo las tres primeras al año recién finalizado y la última versión al mes Enero del corriente año.

La Ley General del Medio Ambiente, principal instrumento jurídico en materia ambiental, a través del art. 70 mandata la elaboración de una Ley de Biodiversidad, esa disposición determina de forma expresa cuáles serán los principales aspectos a ser regulados.

Partiendo de la cuarta versión recibida,

procedí a realizar el correspondiente análisis, tomando en cuenta el marco regulatorio vigente, comenzando por la Constitución Política, el Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica, la Ley de Organización, Competencia y Procedimientos del Poder Ejecutivo, la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, la Ley de Patentes de Invención, Modelo de Utilidad y Diseños Industriales, la Ley de Protección para las Obtenciones Vegetales, la Ley de Producción y Comercio de Semillas, la Ley Básica de Salud Animal y Sanidad Vegetal, la Convención sobre Diversidad Biológica, el Acta de UPOV de 1978, el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual.

* Consultor del Proyecto de Mejoramiento de Semillas (PROMESA)

Para completar el estudio, me auxilié de normativas ambientales de México, Costa Rica, Colombia, y Venezuela en América Latina; de España y la Unión Europea; diferentes estudios realizados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas; así como el Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos, y la Resolución sobre Derechos de Agricultor. Todos ellos instrumentos de Naciones Unidas.

A continuación presento el informe final del estudio realizado al anteproyecto de Ley. Trabajo que comprende análisis sobre aspectos de forma y de contenido al total de IX Títulos y 139 artículos. Finalizo el mismo presentando un conjunto de conclusiones.

I. Análisis al anteproyecto

a) Sobre los considerando

En el considerando IV se mencionan los compromisos internacionales derivados del Protocolo de Cartagena acerca de la seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, es importante destacar que se hace referencia a un instrumento internacional al cual Nicaragua no se adhirió, ni se ha ratificado, sin dejar de mencionar que dicho protocolo no ha entrado en vigencia. Además, conviene aclarar que el objetivo del Protocolo es contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera del movimiento

transfronterizo de organismos vivos modificados, y no para “prevenir los riesgos asociados con el uso de la biotecnología”.

En el considerando VII se plantea promover conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales que coadyuven a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica. Cabe mencionar que lo anterior no puede ser considerado como un elemento de análisis, fundamentación y objeto del ALDB. Además se pasa por alto lo establecido en el art. 70 de la LGMA donde expresamente se determinan los aspectos a ser regulados: áreas naturales protegidas, recursos genéticos, especies animales y vegetales, conservación in situ y ex situ, uso y aprovechamiento sostenible de los recursos de biodiversidad. Incluso la CDB ni en el preámbulo, ni en el art. 1 objetivos, hace referencia a la promoción de conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales.

Destaco que en el mismo considerando, señala en la parte final del párrafo: “así como fomentar la distribución”, se observa que hay una idea que no se terminó de desarrollar.

En el considerando VIII se determina que es preciso reconocer los roles y diferencias para hombres y mujeres que a menudo reproducen situaciones de desigualdad. Es importante destacar que los aspectos de género no guardan relación directa con el objeto y alcance

del ALDB, y desnaturalizan el mismo. Pareciera que se trata de legalizar temas género que grupos de la sociedad civil han sido incapaces de impulsar por medio de otras leyes. Tengamos presente que se encuentra en comisión en la Asamblea Nacional el proyecto de Ley de Igualdad de Oportunidades.

b) Título I disposiciones generales

Capítulo I Objeto y Ámbito de Aplicación

En el art. 1 se observa un inadecuado planteamiento. Si comparamos lo establecido en el art 1 de la CDB, esta convención señala “y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos” Menciono lo anterior, porque es sustancialmente diferente a lo señalado en el art. 1 ALDB al señalar de los beneficios derivados de la diversidad biológica y sus componentes”. Se realiza una asociación equivocada de los términos diversidad biológica y componentes. En el art. 2 veremos por qué se realiza dicha asociación.

El art. 1 determina cuál es el objeto de la ley, pero erróneamente en el art. 2 determinan un nuevo y diferente objeto, así como del alcance de la ley, al señalar que solamente se aplicará a la diversidad biológica y a la bioseguridad. Así, se determina que el objeto exclusivo será diferente a lo establecido en el art. 1, al hacer referencia a elementos intangibles como “componentes” de la

biodiversidad, y al agregar un nuevo objeto la bioseguridad. Es decir, nos encontramos con que hay diferentes objetos de la ley, tal y como aparece en los artos. 1 y 2.

Si analizamos la Cn, la CDB, la LGMA, el código civil, los convenios internacionales y leyes en materia de propiedad intelectual, no encontramos en las anteriores disposiciones referencia alguna a los denominados “elementos intangibles como componentes de la biodiversidad”. Pero además, califican como intangibles, solamente los conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas, comunidades étnicas y locales **asociados al acceso de la biodiversidad**. Por tanto si no hay asociación al acceso, no habría elementos intangibles. Además, hacen uso incorrectamente del término elementos intangibles, cuando en el artículo se refiere a innovaciones y prácticas, o sea situaciones reales. El jurista Guillermo Cabanellas define que son bienes incorporales los que no existen, sino intelectualmente, los no tangibles, no visibles. No olvidemos que la preservación de los elementos culturales corresponde al ámbito de competencia del Instituto de la Cultura y el Ministerio de Educación, Cn art. 128.

Agregan como elemento de la biodiversidad la bioseguridad, si analizamos la CDB Art. 2 en ningún momento se plantea tal afirmación, lo mismo sucede si se analiza el PCSB, es decir que las autoridades que elaboraron el presente instrumento determinan

alcances no previstos en las convenciones ratificadas o en proceso.

En el art. 3, plantea la materia que excluye de aplicación de la ley; la exclusión del literal A resulta innecesaria considerando que el art. 1 señala el objeto de la ley, y el art. 2 A plantea lo que se entiende por elementos intangibles como componentes de la biodiversidad, pero además menciona la CDB en el art. 1 y el art. 2 como definición de biodiversidad donde en ningún momento se incluye al ser humano o la bioseguridad.

En el literal B se autoriza el uso o intercambio de recursos genéticos con cualquier fin, excepto como fuente de recursos genéticos. Entonces, nadie en este país podrá hacer uso del mejoramiento genético tradicional o moderno porque violaría la ley. Tendrían los productores agropecuarios que solicitar permiso y efectuar una evaluación del impacto ambiental para realizar las actividades que vienen realizando en materia de mejoramiento genético desde la época de nuestros antepasados. Lo más grave de todo se refiere al acceso de todo tipo de recurso genético, es decir especies silvestres animales y vegetales, en peligro de extinción, domesticadas, de uso agronómico, y exóticas. Esta disposición tiene roces constitucionales con los arts. 103, 104, 108, al limitar de forma absoluta el derecho de propiedad en general. Además es opuesta a la Ley No. 318, el Acta de UPOV de 1978 ratificada por el Gobierno de Nicaragua y los ADPIC. En materia agropecuaria y de fitomejoramiento, esta disposición

prácticamente deroga la Ley No. 280.

Dicha disposición es contraria al Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos el cual tiene por objeto asegurar la prospección, evaluación y disponibilidad, para el mejoramiento de las plantas y para fines científicos, de los recursos fitogenéticos de interés económico y/o social, particularmente para la agricultura.

En el literal C se excluye de aplicación todo lo relacionado al acceso a intercambio de recursos biológicos o de componentes intangibles, omitiendo los recursos genéticos de forma *ex profesa*. Es decir regresamos varios siglos hasta llegar a la época del trueque. Dicha normativa es contraria a la Interpretación Concertada del Compromiso Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos y la Resolución sobre los Derechos del Agricultor, disposición que define que estos derechos provienen de la contribución pasada, presente y futura de los agricultores a la conservación, mejora y disponibilidad de los recursos fitogenéticos, particularmente de los centros de origen/diversidad.

Con el literal D se pretende general confusión, en vista de que excluye solamente las acciones de bioseguridad para productos farmacéuticos, tengamos presente que el órgano rector de las acciones de bioseguridad en ese ámbito debe ser el Ministerio de Salud, pero en cambio sustraen del MINSA la dirección de las acciones de coordinación y autorización relacionadas a la bioseguridad en los alimentos.

La disposición del literal E aparentemente se trata de una concesión a los productores, pues excluye de la aplicación de la ley las especies domesticadas solamente para efectos de la utilización, no para la actividad de fitomejoramiento, ya que el mismo literal C lo prohíbe o controla. La aparente concesión del literal E resulta innecesaria debido a que la Cn. garantiza la libertad de empresa.

El art. 4 plantea que el Estado ejerce derechos soberanos sobre la diversidad biológica en el territorio nacional. En cambio, la Cn art. 10 señala que los recursos naturales son patrimonio nacional, por consiguiente, debe diferenciarse lo que son derechos de soberanía, de los que se denomina patrimonio nacional, tengamos presente que no son sinónimos. Hay que considerar además la Cn art. 103 y 104, en vista de que el Estado no ejerce derecho soberano sobre los recursos naturales que se encuentran en cualesquiera de las modalidades de propiedad previstas, también se debe tener presente lo establecido en el art. 4.5, 4.6 de la LGMA. Tampoco podemos asumir compromisos en materia de responsabilidad, sobre un posible daño que afecte a terceros Estados, requeriríamos que hubiera reciprocidad de los diferentes Estados.

Lo dispuesto en el art. 5 en cuanto al interés público sobre todos los aspectos de la actividad nacional es un absurdo, es decir se controlará y priorizará la conservación, el acceso, pero sobre todos los elementos de la biodiversidad cuando

en nuestro país por disposición constitucional se garantiza la libre empresa y la economía de mercado art. 98, 99, 103, 104.

La situación se complica cuando la investigación de cualquier tipo sobre especies animales y vegetales se somete al mismo criterio de interés público. Pero ahí no termina lo anterior, se incluye la actividad de comercialización en el sentido amplio y la industrialización. Entonces cabe preguntar si el interés público incidirá o no sobre la Ley No. 280.

El art. 6 plantea que la biodiversidad en su estado silvestre y sus propiedades bioquímicas y genéticas son de dominio público, pero el art. 102 Cn señala que los recursos naturales son patrimonio nacional y la LGMA art. 64 establece que son registradas y patentadas a favor del Estado, exceptuando la flora silvestre, por tanto hay roce con la LGMA y con la Cn. Al establecer la anterior excepción, implica que no se puede hacer uso de la Ley. No. 318, ni de la ley No. 280, ya que el acceso para fitomejoramiento estaría restringido. Nos encontramos tres disposiciones normativas, debiendo primar lo establecido en la Constitución.

Si nos atenemos a lo establecido en el art. 6, entonces, lo establecido en el art. 1, 2, 3, 59–87 ALDB son disposiciones contradictorias, porque si los recursos son de dominio público no requiere normativa de acceso, en vista de que todos los nicaragüenses accedemos sin control alguno. El dominio público significa acceder, disponer, explotar, sin

restricción a determinados bienes. Pero la normativa propuesta limita el dominio público sobre la flora.

Capítulo II Principios y Definiciones.

La LGMA establece en el art. 4 los principios rectores del desarrollo económico y social del país, por tanto al ser la Ley marco en materia ambiental no cabe repetirlos en el anteproyecto, ni mucho menos considerar nuevos principios, ya que implica reformar la LGMA, es importante insistir que el ALDB resulta de un mandato de la LGMA, art. 70, por tanto es innecesario repetir lo que ya está regulado.

En cuando a los principios, art. 8:

En el principio de acceso: Incluye de forma equívoca además de las muestras genéticas y biológicas, los conocimientos, asociaciones y prácticas tradicionales asociadas, elementos que no guardan relación directa con la diversidad biológica.

El principio de sostenibilidad está contenido en la LGMA art. 4 numeral 1,2.

El principio precautorio no existe. La LGMA se refiere al criterio de prevención art. 4.3, incluso el Protocolo de Cartagena se refiere al enfoque precautorio.

El principio preventivo, está contenido en la LGMA art. 4.2 y en el ALDB art. 7C.

El principio de equidad, se encuentra en

la Cn. Art. 4, 5.

En cuanto al principio de equidad de género, tal y como lo he planteado en los primeros artículos analizados, no guardan relación alguna con la Ley analizada.

El denominado principio de integralidad, ya está considerado en la LGMA art. 4. 2.

Al revisar el presente artículo se observa un sesgo en el sentido de poner lo que conviene, “a alguien regular” y lo que no conviene “regular”, esto lo afirmo cuando se omite o no se hace referencia a otros principios establecidos en la LGMA, por ejemplo el 4.5 que se refiere al derecho de propiedad. O sea hay aspectos que se colocan y otros no, cabe preguntarse: ¿por qué?

En relación al art. 9 planteo lo siguiente:

Acceso: Considera de forma equivocada el acceso a elementos culturales, de costumbre, y tradiciones. La costumbre, las tradiciones, las ideas no se pueden restringir, ya que se atentaría con el desarrollo de la humanidad, incluso esta normativa tendría roces con la Cn art. 126, 127 y 128.

Auditoría Ambiental: Encuentro la novedad de que sólo las empresas producen daño en el ambiente, se denota en esta disposición un sesgo anti empresarial, lo que es preocupante. ¿Acaso sólo las empresas pueden causar daños al medio ambiente? Pero además

esta disposición se encuentra prevista en la LGMA art. 5 estudio de impacto ambiental y evaluación de impacto ambiental. Más aún, la propuesta del ALDB es contradictoria con la LGMA.

Bioseguridad: Incluye como fases de la bioseguridad el uso, contenido, liberación, etc., esto es equivocado, en vista de que no son fases, sino aplicaciones o eventos autorizados. El objeto de la bioseguridad es evaluar y prevenir efectos adversos en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica tomando en cuenta los riesgos para la salud humana. En cambio la Ley enfatiza daños graves, los cuales no se han comprobado. Hay que considerar la definición establecida en el Reglamento de la Ley Básica de Salud Animal y Sanidad Vegetal.

Consentimiento fundamentado previo: Dicha figura está contenida en el PCSB, para una aplicación específica y concreta sobre movimiento transfronterizo de organismos vivos modificados. Ese término también se utiliza en la Convención de Diversidad Biológica art. 15 pero relacionado a las partes (Estados). Pero sucede que la Ley lo aplica inadecuadamente, en cambio el derecho civil utiliza la denominación autonomía de la voluntad, expresada en el consentimiento o aceptación.

Conservación in situ: Recomiendo retomar la definición que señala la CDB. Llama la atención que agrega un párrafo totalmente equivocado, ya que pretende por medio de una definición determinar el ámbito y alcance de la regulación y

administración de ecosistemas, especies y diversidad genética, en las áreas protegidas, en el área pública, prolongando el alcance inclusive en la propiedad privada.

Contrato de acceso, contrato accesorio al contrato de acceso: Se observa una confusión de términos y probablemente desconocimiento de las disposiciones sobre contratos establecidas en el derecho civil. Se hace referencia al contrato accesorio como el suscrito entre el solicitante y el propietario, pero la Ley hace uso de otra expresión, también errada, como “consentimiento fundamentado previo”. El contrato de acceso, en consideración a la expresado en otra parte del análisis, no puede referirse en ningún momento al componente intangible asociado. El contrato suscrito entre el solicitante y el propietario para las partes es el principal, por tanto hay un uso inadecuado de la expresión “accesorio” y “principal”, esta última relacionada a la definición del literal i.

Especie: Se sugiere agregar después de organismos: “de la misma clase”.

Evaluación de impacto ambiental estratégico: la disposición se encuentra contenida en la LGMA art. 5.

Innovación: Se observa la insistencia en enfatizar y regular el conocimiento, costumbres, tecnología de los indígenas, etc. La definición planteada excluye para que determinado sector pueda realizar innovaciones. La ley de Patentes determina los requisitos de patentabilidad

y dentro de éstos se incluye a la novedad. Organismos vivos modificados: sugiero retomar por su simplicidad la definición del PCSB.

Proveedor del recurso: Al incorporar las palabras de “procedimiento fundamentado previo”, pareciera que el proveedor del recurso es un sujeto diferente al que otorga el denominado procedimiento fundamentado previo. Por otro lado, su aplicación es equivocada. Además lo dispuesto en las dos últimas líneas desnaturaliza la definición sobre acceso.

Capítulo III De la Participación Ciudadana.

Lo dispuesto en los artos 9, 10 y 11 se encuentra contenido en la LGMA art. 31, 32, 33, 137, siendo innecesaria su repetición. Hay que recordar que la LGMA es la ley marco, la Ley más importante en materia ambiental. Pareciera que se pretende la sustitución de la misma por la presente Ley.

Pero es conveniente aclarar en relación al art. 11, que la LGMA art. 135 determina que la procuraduría del ambiente y los recursos naturales será parte en los procesos ante los tribunales, ahora resulta que cualquiera será parte en el proceso, pero además recomiendo revisen lo establecido en el recientemente aprobado Código Procesal Penal sobre quiénes pueden ser parte en un proceso.

En relación a los elementos de equidad y género no son de competencia de la presente Ley.

c) Título II Del régimen institucional

Capítulo I De la Organización y Competencia.

En cuanto al art. 12, no se precisa cuáles son las otras instituciones. ¿Se refiere a otros Ministerios?

En cuanto a lo establecido en el art. 13, la LGMA art. 8 señala que MARENA es el ente regulador y normador de la política ambiental del país, al igual que otras disposiciones relacionadas a lo anterior tales como el art. 15, 22, 25, 27, 31, 37, 41, 51, 62-71 de la LGMA. La Ley No. 290 art. 28, así como el capítulo 11 del Reglamento determina las funciones y atribuciones. Entonces, las atribuciones y funciones de MARENA están ya determinadas, por consiguiente no es objeto de esta Ley copiar las funciones y/o establecer nuevas.

En el literal F se determina la fiscalización por MARENA al INABIO, pero sucede que si se trata de un ente descentralizado está sujeto a control por MARENA y no requiere repetir esa facultad. Además, con preocupación se observa que en el literal H faculta para que en el Reglamento se establezcan nuevas atribuciones. En el literal E se establece la facultad de sancionar, ya prevista en otras leyes, pero en el literal G plantea procesar administrativamente, ¿acaso la sanción impuesta no corresponde a un proceso administrativo? Sugiero ver la LGMA artos. 134-151. Tenemos una situación única en materia legislativa, dos o más

instituciones aplican como autoridad competente una ley. La ley No. 290 en su artículo 4 al determinar que la descentralización administrativa consiste en otorgar determinada competencia administrativa, situación distinta es la de compartir la competencia para administrar una ley.

Sobre el art. 14 conviene aclarar que la formulación de políticas corresponde en coordinación con los Ministerios sectoriales respectivos, en caso contrario se estaría reformando la Ley N. 290. Además no puede plantearse la descentralización sin conocer la opinión de AMUNIC, ya que las alcaldías municipales sostienen que ellas no pueden asumir nuevas responsabilidades, si no reciben la transferencia presupuestaria respectiva, además no disponen de los recursos humanos calificados.

Capítulo II del INABIO

Por medio del art. 15 se crea el Instituto Nacional de Biodiversidad, a pesar de que la LGMA art. 70 mandata el contenido de la ley diversidad biológica y en ningún aspecto determina que un órgano paraestatal administre los recursos de la biodiversidad. Incluso, reforman la Ley No. 290 que establece en el art. 28 que MARENA formula, propone, dirige las políticas ambientales; formula normas de impacto ambiental; administra el sistema de impacto ambiental; controla las actividades contaminantes; administra el sistema de áreas protegidas; formula, propone y dirige el uso sostenible de los recursos

naturales, etc. Habría que conocer el borrador de la exposición de motivos para saber cuál es el sustento de prácticamente desarticular a MARENA.

La disposición del art. 16 es contradictoria con las atribuciones del INABIO establecidas en el art. 18, ya que el art. 16 otorga solamente facultades de **administrar el aprovechamiento**, es decir administra los recursos derivados de la diversidad biológica, o sea todos los recursos financieros producto de regalías, aplicar sanciones, por conceptos de licencias... Igual situación se aplica con el **acceso a los recursos genéticos**, el INABIO administra los mismos recursos. En ningún momento el art. 16 determina facultades de control directo y/o de administración de la biodiversidad.

Exceptúan de la administración del INABIO, art. 17, diferentes aspectos, agregando en la 3era versión los recursos energéticos; pero es tal la amplitud de facultades otorgadas que asume además la administración de los recursos forestales no maderables, y los agropecuarios; con esto prácticamente se declara la desaparición del MAG-FOR.

Incluso, es tal la autonomía del INABIO, que el Ministro de MARENA no tiene facultad de seleccionar al mejor candidato al cargo de director del INABIO, ya que se limita a escoger de la terna que presentará la CONADIBIO, es decir no existe la posibilidad de seleccionar al candidato por medio de un concurso, art. 20.

En cuanto al INABIO, quiero mencionar que se desea retomar la experiencia de Costa Rica extrapolando incorrectamente esa buena experiencia. En Costa Rica funciona el INBIO como asociación sin fines de lucro, privada, que tiene un contrato con la institución del medio ambiente, en donde los contratos de acceso son suscritos con el INBIO y el interesado, pero en ningún momento la autoridad ministerial ha delegado sus facultades de órgano rector, como se observa al analizar el presente capítulo.

Capítulo III De la CONADIBIO

A través del art. 21 crea la Comisión Nacional de Diversidad Biológica, como un órgano asesor permanente, creando otra instancia asesora y paralela a la Comisión Nacional del Ambiente LGMA art. 6,7.

Pero además, determina que es la instancia asesora técnica y científica, consulta y concertación entre los diferentes sectores de la sociedad. Cabe la pregunta ¿Y la Comisión Nacional del Ambiente, qué papel jugará? ¿Y MARENA que papel desempeñará? ¿Por qué crear instancias, y más instancias cuando la mayoría no funcionan?. Señalo lo anterior porque en el documento Estrategia Nacional de Biodiversidad Nicaragua, se afirma: "...existe una gran debilidad en cuanto a la coordinación institucional para atender en todos los niveles."

Plantea que CONADIBIO es un órgano asesor, pero sucede que en el art. 91 le otorgan la facultad de emitir dictámenes

técnicos, al igual que las subcomisiones que pueda formar, pero se trata de dictámenes que son obligatorios, es decir tienen efecto vinculante. ¿Si es un órgano asesor, cómo es posible que emita resoluciones con efecto vinculante?. Es un absurdo que siendo un órgano asesor, y a pesar de no estar constituida por técnicos y/o científicos multidisciplinarios, que tenga entre sus atribuciones emitir dictámenes vinculantes. Observamos claramente cómo se sustituye la función controladora y administradora que corresponde a MARENA por dos instituciones nuevas: INABIO y CONADIBIO.

En el art. 23 faculta a CONADIBIO a formar subcomisiones para el tratamiento sectorial especializado, es decir le otorga amplísimas facultades para emitir dictámenes sobre temas que no necesariamente se relacionan a la actividad ambiental, pueden ser de salud humana, salud animal, sanidad vegetal, normas técnicas, etc. Se le otorga carta blanca sin definir claramente su temática, sus atribuciones se plantearán en el Reglamento, esto último refleja un criterio discrecional riesgoso en cuanto a garantía del Estado de derecho.

El art. 24 determina qué instituciones conforman la comisión. Se argumenta que es una comisión asesora técnico científica, pero entonces qué hacen ahí el representante de relaciones exteriores, las presidencias de los Consejos Regionales, AMUNIC, y el colmo, dos representantes de grupos ambientalistas, es decir estos tendrán mayor representación que el MAG-FOR.

Además, incluyen a un representante del CNU, a pesar de que las diferentes Universidades que lo integran son autónomas entre sí, cada una desarrolla sus propios planes y programas de investigación, etc. ¿Entonces qué papel desempeñará dicho representante?

Señala el art. 25 que sus integrantes serán especialistas en la materia, pregunto ¿Cuál materia? Los representantes corresponden al perfil de cada institución. Esto refleja la inconsistencia acerca de la calidad de sus integrantes, son técnicos de las instituciones o son científicos? Emitirán dictámenes vinculantes técnicos o científicos, sujetos que no son técnicos en una tema específico o científico?

d) Título III De la conservación de la diversidad biológica

Capítulo I Disposiciones Generales

En el art. 27 continúa haciendo referencia a la equidad de género, aspecto que, insisto, no corresponde al objeto y alcance de esta ley.

El art. 28 plantea que corresponde a MARENA elaborar y promover el cumplimiento de planes y medidas necesarios para conservación y recuperación de ecosistemas, pero el art. 16 y 17 ALDB establece que el INABIO administra el aprovechamiento de los recursos de la biodiversidad. Entonces, cabe la reflexión siguiente: El que elabora planes y medidas controla; para controlar debe tener facultad expresa

para exigir la planificado, entonces es MARENA o el INABIO el órgano que administra y controla?

El art. 29 plantea los criterios para desarrollar programas de conservación de especies y ecosistemas frágiles, en el literal B se refiere a los usos comunitarios conocimientos prácticas de mujeres y hombres. Nuevamente se observa la confusión en cuanto al objeto de la presente Ley, insistimos en considerar que no existe legislación, ni decisión a nivel de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual para proteger los usos o costumbres, esos elementos son de dominio público, incluso la Cn es muy clara en el art. 126 y 127.

Agregan un nuevo elemento en el literal D, al considerar como criterio de conservación de ecosistemas frágiles, la importancia local de las especies como alimento, materia prima o medicamentos tradicionales, aún cuando no estén en las listas de especies en peligro de extinción. Es decir, prima el uso económico y no de especies del ecosistema para determinar criterios de protección. Me pregunto: ¿Cuál es el trasfondo de esa disposición?

Capítulo II De la Conservación In Situ

Determina en el art. 30 que la regulación sobre áreas protegidas será en base a la establecido por la LGMA, pero la misma LGMA mandata a establecer el marco regulatorio en la Ley de Biodiversidad de todo lo relacionado a las áreas naturales protegidas, entonces se incumple esa disposición. ¿Por qué razón

se incumple? Consideremos lo siguiente, las regulaciones en materia de áreas naturales protegidas corresponden a un decreto que tiene rango inferior a la ley, entonces ¿Por qué no aprovechar esta Ley para incorporar esa normativa?

La disposición del art. 31 establece la función de MARENA para evaluar el estado de integridad de los ecosistemas y poblaciones de especies, pero esa atribución no está prevista en el art. 13 del ALDB, pero se contradice con la disposición del ALDB del art. 19 literal I, 36 y otros en cuanto a las atribuciones y funciones del INABIO.

En cuanto a los criterios prioritarios de conservación in situ, art. 31, se observa con gran preocupación que dichos criterios per se están dirigidos a frenar el desarrollo investigativo del fitomejoramiento, incluso de preservación del medio ambiente, ejemplos concretos de lo anteriormente enunciado lo encontramos en los literales c, d, e, f, g. Al analizar las normativas de América Latina encontramos una visión mucho más amplia, moderna y acorde a la realidad del país, pensando como nación y en función del desarrollo sostenible. Me refiero a combatir al tráfico o apropiación de especies, al fomento y creación de las estaciones biológicas, a la participación de la sociedad civil y demás interesados en la preservación de la biodiversidad, al fomento y desarrollo de la investigación de la fauna y flora silvestre con el objeto de conocer su valor científico, ambiental, económico y estratégico, etc.

En relación al literal C, recomiendo corregirlo ya que especies de flores no existen.

El art. 33 literal D, establece criterios de conservación ex situ para especies aptas para mejoramiento doméstico; cabría preguntarse si acaso cualquier especie no está sujeta a mejoramiento genético, entonces tendrían atención prioritaria todas las especies. Igual planteamiento crítico se aplicaría sobre la atención prioritaria a las especies aptas para cultivo o domesticación. La duda surge en cuanto a la capacidad real de MARENA para asumir tantos retos, en vez de priorizar la conservación in situ.

El art. 34 resulta innecesario en vista que la LGMA dedica un capítulo a los procedimientos para las inspecciones ambientales, por tanto no es la Ley por medio del presente artículo la que determina la facultad de MARENA. Pero tomemos en consideración que, según el art. 16 ALDB, corresponde al INABIO administrar el aprovechamiento de los recursos de la diversidad biológica. Nuevamente cabe la pregunta ¿Es MARENA o INABIO el que administra los recursos de la biodiversidad?

El art. 35 se refiere a las inspecciones de embarques. En cuanto al inspector, no especifica de qué institución será. Este podrá retener el embarque de material genético, eso implica por tanto, que si el embarque contiene partes del material genético no podría retener el mismo. Pero además, preocupa el hecho de que remite al Reglamento para establecer las causales para aplicar la retención,

entonces qué pasa con las disposiciones fitosanitarias Ley No. 291, el inspector no podrá retener el embarque aún cuando no se cumplan.

Capítulo IV De la Vida Silvestre.

El art. 36 determina que el manejo y aprovechamiento de la vida silvestre corresponde al INABIO, pero el art. 12 del ALDB plantea que esa es una facultad de MARENA, entonces debe superarse esa contradicción. Pero además, conviene comentar que se derogaría lo establecido en el art. 61 de la LGMA sobre las facultades y atribuciones de MARENA en la normación del uso de los recursos naturales.

La disposición del art. 37 refleja claramente una visión oscurantista, al señalar que las autorizaciones que otorga el INABIO no otorgan derechos para disponer del recurso genético del espécimen, es decir que un zocriadero no podrá reproducir las especies de las que dispone, lo mismo quien posea una mascota.

La disposición del art. 38 que se refiere al aprovechamiento de la vida silvestre, es totalmente opuesta a la disposición prevista en el artículo anterior.

El contenido del párrafo segundo del art. 38 es opuesto a la disposición del art. 37 esta última disposición otorga la facultad al INABIO y no a MARENA.

En el art. 39 plantea que los tributos serán regulados por ley especial creada al efecto, es decir que el ALDB remite a

una futura e imprecisa ley para establecer nuevos tributos.

La disposición del art. 40 y 41 tiene roces con la Constitución en todos los artículos relacionados a la propiedad art. 98, 99, 103, 104, 108, en vista de que se requiere permiso para efectuar captura, poseer, procesar o comercializar flora o fauna silvestre que se encuentre en su propiedad. Remite además al Reglamento los requisitos para obtener la licencia correspondiente y el art. 41 remite a un Reglamento Especial de Vida Silvestre, entonces, para qué se mandata la elaboración de la ley de Biodiversidad.

El art. 42 literal C plantea que en el caso de las colecciones científicas, si se realiza la donación o préstamo para la utilización biotecnológica requiere permiso, entendiendo que la biotecnología se divide en tradicional o moderna. Esto implica que no se fomenta el trabajo científico de preservación. Igual situación se encuentra en las normativas previstas en el literal D y la modificación a las atribuciones sobre salud animal que corresponden al MAG-FOR tanto para el movimiento local, como para la exportación e importaciones.

El art. 43 es un reflejo claro de las contradicciones en relación a facultades de MARENA y el INABIO al señalar que MARENA deberá elaborar o proponer, es decir, someterá a consideración de alguien la aprobación de una disposición concreta.

Para el art. 46 caben los mismos comentarios del artículo precedente,

MARENA otorgará el permiso para la exportación de mascotas, en vista de que el ALDB en los artos 36, 37, 40, 41, 45 nos refiere al INABIO

El art. 48 refleja el sistemático criterio errado y a la vez contradictorio con el mismo art. 1 del ALDB que hace referencia a la preservación, recuperación y aprovechamiento sostenible; en cambio el art. 38 prohíbe la colecta de muestras con cualquier fin. Absurdo porque las Universidades, INTA, etc., no podrán realizar colecta de muestras con el fin de preservación y recuperación. Solo el INABIO podrá realizarla. ¿Acaso disponen del presupuesto y recursos humanos para poder exclusivamente ellos realizar esa actividad?

El art. 49 plantea un problema de redacción a mi criterio al exceptuar el aprovechamiento de la fauna silvestre con requerimiento de colecta para fines científicos y con el fin de subsistencia, es decir la institución o el científico podrá coleccionar solo con fines de subsistencia.

En cuanto a las especies exóticas, art. 50, se pasa por alto la Ley No. 280 y la No. 291 en relación a la producción y comercio de semillas y disposiciones fitosanitarias, establece un obstáculo técnico al comercio, olvida que somos parte de la O.M.C. al establecer una fianza como condición al acto de autorización, es decir, a partir de la entrada en vigencia de la ley cualquier especie vegetal y animal exótica requiere de un nuevo procedimiento de autorización, sea para uso agropecuario

o para consumo.

Los artos. 51, 53 y 58 otorgan facultades a MARENA y el art. 52 otorga facultades al INABIO. Entonces, ¿en qué quedamos? ¿Quién tiene tal facultad?

El art. 51 determina que se regulará la introducción de especies exóticas que amenacen, o afecten los ecosistemas, pero no se determina que realizarán el análisis de riesgo previo para evitar el daño y no propiamente la amenaza.

Resulta contradictorio lo anteriormente señalado, la disposición del art. 52, ya que solamente otorga la autorización para el manejo de poblaciones y ejemplares exóticos en uso confinado, si están en esas condiciones nos damos cuenta que no existe ningún riesgo para los ecosistemas. Esta disposición pasa por alto la Ley No. 280, la Ley No. 291, la Ley No. 318, el acuerdo sobre medidas fitosanitarias de la O.M.C. y sobre obstáculos técnicos al comercio. Incluso pasa por alto el trabajo de armonización de las leyes que se ha realizado en Centroamérica de cara a la Unión Aduanera OIRSA.

La disposición del art. 53 sobre sistemas de certificación, no corresponde a una facultad de MARENA, el sistema de certificación se encuentra regulado por la Ley de Normalización Técnica y Calidad, norma que es administrada por el MIFIC.

El art. 54 subordina el MAG-FOR y MIFIC al presente anteproyecto y las que de ellas se deriven, con eso se reforma la

Ley No. 290 en cuanto a las atribuciones y funciones de ambos Ministerios.

La disposición del art. 55 estableciendo facultades al INABIO, es opuesta a lo regulado en el art. 53 en donde se determina que MARENA diseñará y promoverá las disposiciones que se deriven de la ley.

Igual comentario es para lo previsto en el art. 57, donde otorga facultades al INABIO, pero el art. 51 otorga la facultad de regulación a MARENA.

La disposición del art. 58 resulta innecesaria considerando que repite lo que la Convención Internacional sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre establece al otorgar a los Estados la facultad para definir cualquier método de aplicación.

e) Título IV Del acceso a los recursos biológicos y genéticos

Capítulo I Disposiciones Generales

En relación a los criterios para el acceso a los recursos biológicos y genéticos, art. 59, la referencia del literal C es equivocada, el argumento ya lo expresé en otros artículos; la disposición del literal F sobre los componentes intangibles, también ya fue argumentado anteriormente.

Otro elemento a destacar es el hecho de que la regulación es amplísima, por tanto absurda, ya que se aplica para el acceso a todos los recursos biológicos y

genéticos, no hace distinción alguna sobre las especies animales o vegetales, silvestres o en peligro de extinción, etc. Siendo además contradictorio con lo establecido en el ALDB art. 6, el cual señala que la biodiversidad en su estado silvestre, sus propiedades bioquímicas y genéticas son de dominio público, por tanto no requieren de control para realizar el acceso a los mismos.

Capítulo II Del Procedimiento de Acceso.

Las disposiciones de los artos. 61–68 en ningún momento reflejan la totalidad de lo que se define como acceso en el art.8. Eso refuerza la crítica planteada a dicho artículo.

El art. 61 determina que el acceso a todos los recursos biológicos y genéticos corresponde al INABIO, pero sucede que el art. 6 del ALDB plantea que los recursos son de dominio público, por tanto debe superarse esa contradicción. Por otro lado, afecta el derecho de propiedad consignado en la Cn 108, 103, 104 en vista que limita el acceso a los recursos genéticos que se encuentran en la propiedad particular. La normativa restringe el acceso a todos las especies de la fauna y flora, inclusive las domesticadas. Lo correcto es restringir el acceso de los recursos genéticos y biológicos que se encuentran en el área estatal, parques nacionales, reservas, etc., de la fauna y flora silvestre.

En el art. 63 se aplica incorrectamente las palabras “consentimiento fundamentado previo”; se plantea la

propiedad colectiva de los elementos intangibles asociados al recurso genético, cuando sabemos que el conocimiento, las ideas, son de dominio público. Restringen además, la posibilidad de que el solicitante del permiso al acceso puede suscribir convenios o contratos con terceros ya que el INABIO puede determinar su autorización. Además, hacen uso incorrectamente de la expresión “contrato accesorio”.

El art. 62 remite al Reglamento lo relacionado con el procedimiento para el acceso a los recursos genéticos, a pesar de que el objeto de la Ley es muy claro en cuanto a establecer los requisitos y procedimientos, pero contradictoriamente a dicha regulación en los artos. 63, 65, 66, 68, regula aspectos relacionados al procedimiento, siendo por tanto obvia la contradicción.

El art. 65 corresponde a una clara disposición que obstaculiza tanto la investigación científica, como la actividad de bio prospección, ya que exige en primer lugar, realizar un estudio de impacto ambiental, como condición para el otorgamiento del permiso para acceder a cualquier tipo de recurso genético o biológico, cuando todos sabemos que buena parte de la actividad investigativa consiste en recoger muestras, trabajo de observación, uso confinado, etc., actos que en ningún momento conllevarían daño al medio ambiente.

Se observa el uso inapropiado de la figura “principio preventivo” en el art. 67, para eso se recurre a las figuras evaluación

del impacto ambiental, impacto ambiental, estudio de impacto ambiental, establecidas en la LGMA.

En el art. 68 determina las causales para negar el acceso a los recursos genéticos, veamos: Con la disposición del literal C se viola la Cn en el art. 27 sobre el derecho de igualdad y protección de las personas y el art. 34 numeral 1 y 10 sobre los derechos del procesado. En cuanto a la disposición del literal E, es correcto considerar cualquier impacto negativo ambiental, pero al agregar disposiciones que no guardan relación directa con el efecto negativo ambiental tales como, impacto negativo económico, social, cultural se afecta otros derechos, en vista de que no hay una definición de lo que se entiende efecto negativo cultural, para mencionar un ejemplo.

Capítulo III De los Contratos de Acceso a los Recursos Genéticos y Biológicos.

En cuanto a la disposición del art. 69, existe confusión en cuanto al uso de ciertos términos considerando que son dos cosas diferentes el acceso a los recursos genéticos con fines de investigación y la de explotación del resultado de la investigación. La Cn. en el art. 181 se refiere a la concesión y los contratos de explotación, pero un asunto distinto es el relacionado al acceso con fines de investigación, preservación, conservación. Por tanto, no requiere el contrato de acceso a los recursos genéticos y biológicos que no es para explotación, ser sometido a la aprobación del Consejo Regional Autónomo. Ese

criterio se refuerza al analizar el art. 102 de la Cn, el cual se refiere a la explotación racional, no a la investigación. Por otro lado, no puede ser la contraparte por el Estado el INABIO, sino MARENA.

En relación al art. 70 es conveniente incluir la cláusula compromisoria, dejando de forma expresa que se hará uso de la legislación nacional como ley de fondo del problema y de la ley nacional de arbitraje.

La disposición del art. 71 viola el principio de autonomía universitaria consignado en la Constitución Política, pero además restringe la actividad investigativa incluso al acceso de los recursos de la fauna y flora domesticadas y que se encuentren en propiedad privada.

Capítulo IV De los Contratos Accesorios.

El art. 72 establece el control de acceso a los recursos genéticos o biológicos de todo tipo de especie animal y vegetal que se encuentren en propiedad privada, haciendo uso incorrecto de la expresión consentimiento fundamentado previo. Es más, dicho artículo plantea que se reconoce la propiedad basada en la posesión ancestral de las mismas. ¿Desde cuándo una Ley de este tipo determina derechos de propiedad inmueble? Por tanto esa disposición es contraria a la disposición constitucional establecida en el art. 89.

En los artos. 73, 77 y 78. regula el acceso a los conocimientos, costumbres, ideas,

que son conocimientos de dominio público y por tanto no pueden restringirse; pero además se llega a plantear un absurdo al determinar que el conocimiento que es de dominio público, que se conoce por la comunidad, constituye secreto comercial. Conviene insistir que lo relacionado a temas como conocimientos, cultura, etc., no son objeto de regulación de la presente Ley.

Además, el art. 78 incluye una cláusula que no fomenta la actividad de investigación, ni mucho menos la inversión, en vista de que determina el depósito de garantía de cumplimiento y no toman en cuenta que esto eleva los costos de la investigación.

Se define que los contratos accesorios son aquellos que facilitan la realización del contrato principal, pero en el art. 79 determina que la validez del contrato accesorio será determinado por la existencia del contrato de acceso, olvidando que un contrato puede ser principal o accesorio en función del interés económico o jurídico de las partes involucradas.

La disposición del art. 80 corresponde a un craso error en materia contractual, ya que las partes celebran cuantos contratos estimen conveniente, los cuales para uno de ellos será considerado principales o accesorios, en cambio la ley determina que el contrato principal exclusivamente es el de acceso. En el art. 71 se le denomina convenio marco.

Capítulo V De los Derechos Intelectuales Sui Géneris.

La presencia de este capítulo refleja claramente un total desconocimiento sobre la temática relacionada a la propiedad intelectual, y un menosprecio a los convenios internacionales suscritos y ratificados por el Gobierno de Nicaragua sobre esa temática, a la vez denota un criterio contrario al esfuerzo que Nicaragua ha realizado en los últimos tres años para modernizar y completar el marco jurídico en cuanto a propiedad intelectual; pero lo más grave del asunto, es que refleja que quienes elaboraron el presente anteproyecto cuestionan las políticas y planes que el Gobierno ha implementado en materia de propiedad intelectual. Ese criterio se confirma al analizar el documento oficial de MARENA Estrategia Nacional de Biodiversidad Nicaragua, Recursos Genéticos y Biotecnología en Nicaragua, página 52 al afirmar: "Valdría la pena preguntarse, por qué solamente Nicaragua y Panamá se han adherido al Convenio UPOV?"

Hay que insistir en el hecho de que la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), del cual Nicaragua es miembro, ha realizado en los últimos años un conjunto de estudios, reuniones, etc., para conocer acerca de la sabiduría de los pueblos indígenas. Se reconoce el aporte de dichos conocimientos a los aspectos culturales, científicos, etc., pero no hay definición alguna para regular esos conocimientos. Por tanto, Nicaragua no debe establecer regulaciones sobre ese tipo mientras en OMPI no hay decisión

al respecto. Recordemos que Nicaragua ratificó convenios y tratados sobre propiedad intelectual y dispone de una moderna legislación, y si se aprueban regulaciones sobre los conocimientos, que son de dominio público, se entraría en contradicción con todo el marco jurídico existente, incluso podemos ser llevados a un panel al seno de la Organización Mundial de Comercio (O.M.C.).

Tengamos presente que la Ley No. 312 Ley de Patentes de Invención, Modelo de Utilidad y Diseños Industriales determina que no constituye invención: los simples descubrimientos, las materias o las energías en la forma en que se encuentren en la naturaleza y que no supongan intervención humana para producir plantas y animales, las creaciones puramente estéticas, las obras literarias y artísticas; las actividades mentales o intelectuales.

La Ley No. 312 Ley de Derecho de Autor regula el derecho de autor sobre las obras literarias, artesanales, artísticas o científicas y establece que se protege la obra, no siendo objeto de protección las ideas, procedimientos, métodos o conceptos matemáticos. Si se protege los conocimientos, las ideas, descubrimientos, prácticas, etc., tendría como consecuencia que la humanidad se atrase y no tenga acceso a los conocimientos técnicos o científicos, sociales, económicos y culturales. Incluso, al restringirse el acceso a los recursos naturales (silvestres o domesticados), se restringe a los agricultores la posibilidad de obtener

mejores variedades para optimizar la producción y el rendimiento, recordemos que la Ley para la Protección de las Obtenciones Vegetales protege al obtentor que crea o descubre y pone a punto una nueva variedad, es decir tiene que realizarse el mejoramiento genético y el derecho de propiedad intelectual se otorga sobre la nueva variedad.

También se omite la Convención de Diversidad Biológica, la cual determina en el art. 16 el acceso a la tecnología y su transferencia, asegurando la protección adecuada y eficaz de los derechos de propiedad intelectual. Cuando se otorga un derecho de propiedad intelectual es de forma concreta y específica a una persona natural y/o jurídica. Un derecho de propiedad intelectual no puede otorgarse en abstracto, es decir a una comunidad en general.

Incluso la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala:

“ Art. 27

- a- Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.
- b- Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

Menciono además el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

“Art. 15

Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

- a- participar en la vida cultural;
- b- Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
- c- Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

“Entre las medidas de los Estados partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.”

“Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la creatividad creadora.”

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales”.

Pero, a pesar de lo anteriormente expuesto, se pretende proteger los conocimientos, usos y costumbres que son de dominio público.

f) Título V De la Bioseguridad

Capítulo I Disposiciones Generales

La disposición del art. 88 omite determinar cuáles son los órganos sectoriales competentes, incluso no se

atreve a precisar que las competencias están determinadas por ley de la República, Ley No. 290, es decir corresponde al MAG-FOR todo lo relacionado a salud animal y sanidad vegetal o sea los temas agropecuarios, al MINSA lo relacionado específicamente a la salud humana (productos farmacéuticos y alimentos). La omisión es con el objeto de cerrar las opción de competencia institucional al establecer a partir del art. 89 que la CONADIBIO y el INABIO deciden sobre la bioseguridad para uso agropecuario, alimentos, biorremediación. Hay que considerar que las decisiones en materia de bioseguridad no pueden ser enunciativas o imprecisas, tal y como se plantea en el art. 88. A MARENA corresponde la biorremediación, a MAG-FOR la parte agropecuaria y al MINSA medicamentos y alimentos, que no sean granos. Además, el alcance de esta disposición omite en su totalidad las regulaciones establecidas en la Ley básica de salud animal y sanidad vegetal.

Capítulo II Mecanismos y Procedimientos para la Bioseguridad.

Nuevamente en el art. 89 se refiere a las instituciones competentes, pero sorpresivamente no dice cuáles son esas instituciones.

Después, el art. 89 determina que al MAG-FOR corresponde autorizar lo relacionado a organismos vivos modificados, pero sucede que esa facultad ya está prevista en la Ley No. 291 y su Reglamento. Además, al

plantear que la CONADIBIO, como órgano asesor, produce resoluciones con carácter vinculante, prácticamente deroga las facultades del MAG-FOR establecidas en la Ley No. 290 y No. 291. Es absurdo someter a un órgano asesor, que no está conformado por técnicos y científicos, la emisión de un dictamen vinculante, es más, la CONADIBIO está conformada por algunos elementos que son parte interesada, y por tanto genera que se emita una resolución política y no científica.

Mientras en Guatemala, Honduras y Costa Rica, para mencionar países vecinos, se determina la facultad para autorizar cualquier evento con organismos vivos modificados a los ministerios de agricultura por medio de la Ley Fitosanitaria o de la Ley de Salud Animal y Sanidad Vegetal; mientras la Organización Internacional de Sanidad Agropecuaria OIRSA elaboró un proyecto de normativa sobre bioseguridad agropecuaria a ser aprobada por los Ministros de Agricultura; en Nicaragua los redactores del anteproyecto sustraen competencias al MAG-FOR.

Algo muy significativo a destacar es que los artos. 88 y 89 hacen referencia a órganos sectoriales competentes, o instituciones competentes, y no mencionan a esas instituciones, pero en el art. 90 sí hacen referencia al MAG-FOR. Me interesa puntualizar lo siguiente: el MAG-FOR autoriza, pero la facultad de supervisión y control del evento autorizado no corresponde a esa institución, sino que por el contrario, esa

función la asume el INABIO y MARENA (ver lo que determina el art. 51, 52, 53, 57, 71, 91, 92, 93, 94).

La disposición del art. 91 es errada ya que corresponde al MAG-FOR la autorización en materia agropecuaria, al MINSA sobre alimentos y medicamentos humanos, y a MARENA sobre medio ambiente, por tanto no corresponde a una facultad de INABIO. Cabe preguntarse: ¿Por qué no se menciona al MINSA (alimentos) y MARENA como instituciones competentes, y sólo se hace referencia al MAG-FOR? ¿Qué interés existe para solamente pretender incidir con los organismo vivos modificados genéticamente de uso e interés agropecuario?

Incluso, la disposición del art. 92 es contraria a lo regulado en la LGMA art. 63, siendo la LGMA el fundamento de mi argumento. Pero como la normativa es de carácter tan general, "...que realice manipulación genética ...", entonces se invade competencias previstas en la Ley No. 280 y Ley No. 291.

En el art. 93 faculta al INABIO para intervenir ante dos situaciones que no se definen y por tanto dan margen a un amplio criterio discrecional: peligro inminente y situaciones imprevisibles.

Al final del capítulo nos encontramos con que remite al Reglamento para determinar el procedimiento de acceso; contradictoriamente ese es uno de los objetos de la Ley, incumpléndose.

g) *Título VI De los instrumentos de*

gestión de la diversidad biológica

Tengo que señalar que las disposiciones establecidas en el presente título están contenidas en la LGMA, por lo tanto resulta innecesaria su repetición. Veamos algunos ejemplos: las regulaciones en cuanto a la planificación están contempladas en la LGMA art. 11, 12, 13.

Deseo destacar la disposición del art. 96, que plantea que la estrategia nacional de biodiversidad se ejecutará por medio de planes de acatamiento obligatorio, afirmando también que MARENA dará seguimiento, actualizará y aplicará los planes. Todo lo anterior, refleja las contradicciones que se observan al analizar el documento en diferentes títulos, la disposición del art. 96 resta capacidad de gestión y administración al INABIO art. 17, 18. ¿Quién administra el acceso a los recursos genéticos si MARENA planifica, siendo obligatorio su cumplimiento, y además avalúa?

En cuanto al sistema de información, ya se encuentra definido en la LGMA artos. 31-33. Solamente aclarar una expresión mal utilizada, me refiero al aval considerado en el art. 99, el cual se utilizada como sinónimo de autorización o permiso.

Sobre la evaluación del impacto ambiental, las mismas se encuentran previstas en la LGMA artos. 25-30. Destaco que el art. 104 faculta a MARENA para solicitar la presentación de un estudio de riesgo en el caso de introducción de organismos vivos

modificados y de especies exóticas; el art. 102 reserva a MARENA el derecho de solicitar una evaluación de impacto ambiental. Por otro lado en el mismo ALDB también se solicita en el art. 65 un estudio de impacto ambiental. Contradictoriamente la presente Ley en el art. 90 faculta al MAG-FOR la autorización del evento, pero MAG-FOR solicita el dictamen técnico a la CONADIBIO art. 91. Entonces para un mismo acto se plantean dos procedimientos que son contradictorios.

El art. 104 define arbitrariamente como actividades altamente riesgosas la introducción de organismos vivos modificados y de especies exóticas. Es decir, que todas las especies exóticas que han ingresado al país en los últimos 50 años para uso agropecuario han sido consideradas altamente riesgosas. ¿Basados en qué criterios sostienen esa afirmación? Es más el PCSB en su art. 4 y otros, en ningún momento hace referencia a tal expresión.

En cuanto a los incentivos, las disposiciones están ya contempladas en la LGMA artos.38-45 siendo innecesario repetirlos. En el art. 107 hacen uso de forma errónea de la figura que se implementa en materia de comercio exterior denominada “derechos compensatorios”, en cambio la LGMA en el art. 151 establece la figura de multa o sanción.

Se crea un nuevo fondo, de forma paralela al fondo nacional del ambiente establecido en la LGMA artos. 48-50. Somos un país pobre que debe optimizar

y priorizar las necesidades, por tanto nada ganamos con diluir esfuerzos, en especial cuando nos referimos a los económicos que son limitados. Por otro lado destaco que no determina quién administra el fondo: ¿Será MARENA o el INABIO?

h) Título VII Del desarrollo científico y tecnológico

Capítulo I De la Investigación y Transferencia de Tecnología.

Los artos 114 y 115 centran su contenido en el compromiso del sector privado para que facilite el acceso a la tecnología, enfatizando en la protección de la propiedad intelectual; así como el compromiso del Estado facilitará el acceso al sector privado garantizando la protección de los derechos de propiedad intelectual. Se omite toda referencia al fomento de la investigación, a la prioridad de actividades de investigación dirigida a preservar los recursos en peligro de extinción o el desarrollo de la biorremediación. Resultan mucho más precisas y concretas en cuanto a la visión de futuro las disposiciones de la LGMA artos. 34-37.

Incluso, el art. 116 determina que el interés único del Estado será fomentar el rescate y difusión de las tecnologías tradicionales, olvidando también el interés en fomentar la investigación científica para promover la preservación del medio ambiente.

Es importante aclarar que el CONICYT no establece normas, mucho menos en materia académica, recordemos que

existe el principio de autonomía universitaria. Las normas técnicas se elaboran por medio de la ley de materia y no requieren el consenso del INABIO y CONADIBIO ya que ninguna de estas instituciones están representadas ante las comisiones técnicas.

En el art. 119 deberá corregirse el error ortográfico ya que de lo contrario no tiene sentido el desarrollo del articulado. Plantea que la autorización para investigación o bioprospección no otorga derechos; si no otorga derechos, ¿qué validez tiene la autorización? Se observa una redacción absurda. Incluso la actividad de control se vuelva tan amplia, que resulta absurda, ya que se refiere a necesitar la autorización sobre toda actividad con elementos de la biodiversidad. Incluye hasta las actividades con especies domesticadas, en otras palabras, los trabajos investigativos que desarrolla INTA tendrían que ser autorizados y sujetarse a lo previsto en la autorización.

Capítulo II Educación.

La disposición del art. 121 es absurda, ya que dirige los esfuerzos a capacitar los recursos humanos en equidad social y género; un planteamiento totalmente abstracto y lejano al objeto de la Ley.

Pone el énfasis en difundir el conocimiento sobre la importancia y valor de la diversidad biológica y del conocimiento asociado, pero ¿qué sucede con la difusión de la biotecnología aplicada a la preservación de la biodiversidad? No plantean nada al

respecto, hay una total omisión.

i) Título VIII De la responsabilidad

Capítulo I De la Responsabilidad Administrativa.

El art. 119 aparece con una numeración errada, debería ser el art. 124. En el mismo hace referencia a un plazo, pero erróneamente no determina el mismo; tampoco hace referencia al plazo que determina la Ley de lo Contencioso Administrativo.

En cuanto al resto del articulado destaco lo siguiente:

Determina un sistema paralelo de infracciones siendo totalmente innecesario. La situación se complica por el hecho de que la Ley establece un sistema de jerarquía de infracciones diferentes, ejemplo: Reglamento LGMA art. 103 literal C (leves) y su Ley en el art. 122 literal E (graves).

En relación a las sanciones, art. 127, se presenta similar situación en relación a las sanciones establecidas en el Reglamento de la LGMA y su Ley. Pero además, omite las sanciones sobre infracciones leves que se contemplan en la LGMA art. 108.

Capítulo II De la Responsabilidad Civil

En el art. 128 se plantea que la responsabilidad civil es objetiva, pero no se determina en qué consiste la

responsabilidad civil objetiva, este concepto doctrinario se aplica en disposiciones concretas del derecho positivo, pero no se aplica conceptualmente. Tengamos presente que en nuestro derecho civil subsiste el sistema de responsabilidad tradicional y no el objetivo. Es más, en ninguna de nuestras leyes está definido qué se entiende por responsabilidad civil objetiva.

Capítulo III De la Responsabilidad Penal

La Ley de Patentes dispone de un capítulo específico sobre sanciones penales por infracción, las mismas se han retomado por la comisión de Justicia de la Asamblea Nacional en la propuestas de mociones a presentarse al momento de discutirse el Código Penal. Igual regulación está considerada en la Ley de Marcas y en la Ley de Derecho de Autor. Es decir, se puede asegurar con absoluta certeza que Nicaragua dispone de un derecho penal en materia de propiedad intelectual. Por tanto, lo dispuesto en el art. 129, 130 y 131, del ALDB está fuera de contexto.

Sobre las disposiciones del art. 132–134, al igual que los artos. 129–131 se olvidó que existe en el Código Penal vigente y en el proyecto que se aprobó en lo general por los miembros de la Asamblea Nacional, un Título sobre delitos peculiares de los funcionarios y empleados públicos. Siendo un error desde el punto de vista de la técnica jurídica, tipificar conductas individuales para cada funcionario público, volviendo

la norma positiva en una norma casuística.

j) Título IX Disposiciones transitorias y finales

Capítulo I Disposiciones Transitorias.

El art. 135 señala que MARENA establecerá las normas técnicas adecuadas, entonces cabe nuevamente la pregunta: ¿Es MARENA el administrador de la Ley o el INABIO? Se observa nuevamente la contradicción en el articulado. Pero además, debo aclarar que sea MARENA o el INABIO quienes elaboren las normas técnicas, éstas serán aprobadas a través del mecanismo previsto en la Ley de Normalización Técnica y Calidad, norma que es administrada por el MIFIC.

II. CONCLUSIONES

Generales

1- Se observa nuevamente, en la cuarta versión del anteproyecto de Ley sobre Biodiversidad, los mismos aspectos que se han señalado críticamente en las tres versiones anteriores.

2- Se debe corregir, en cuanto al aspecto formal, ciertos artículos ya que la redacción presentada es confusa y genera por tanto diferentes interpretaciones, todas válidas.

3- Varios artículos son contradictorios entre sí, en especial en cuanto a las facultades otorgadas a MARENA, el INABIO y la CONADIBIO. Se otorga

al INABIO solamente facultad para administrar “el aprovechamiento”, es decir administrar los productos derivados de la biodiversidad, en ningún momento otorga facultad para regular y controlar los elementos de la biodiversidad.

4- No se cumple con lo establecido en la Ley General del Medio Ambiente en el art. 70, en relación a cuál debe ser el contenido fundamental de la Ley de Biodiversidad.

5- Al no cumplir con lo establecido en el numeral anterior, se distorsiona el contenido fundamental del anteproyecto de ley, por lo que prácticamente MARENA se convierte en una institución simbólica y se sustituye la LGMA como la ley marco del régimen jurídico en materia ambiental.

6- Repite innecesariamente disposiciones que están previstas en la LGMA.

7- Varias de las disposiciones tienen roces con la Constitución Política.

8- Incluye dentro de la temática a regular aspectos de equidad de género, temas totalmente ajenos al objeto de la ley.

9- Mientras el Gobierno de Nicaragua asume una serie de compromisos internacionales en temas diversos dirigidos a modernizar, elaborar y armonizar leyes en materia de propiedad intelectual, semillas y fitosanitarias, una institución del mismo Gobierno Central hace caso omiso de ese esfuerzo, exponiendo al país a ser llevado a un panel al seno de la O.M.C. o le apliquen

medidas de carácter económica contra nuestros productos de exportación.

10- Se establece un control estricto sobre todos los elementos de la biodiversidad, no hay una diferenciación específica sobre las especies silvestres, o en peligro de extinción; por el contrario se controla el acceso a todos los recursos genéticos y biológicos de la biodiversidad que se encuentren en el territorio nacional.

De Competencias Ministeriales

1- Se pasa por alto la Ley de Organización, Competencia y Procedimientos del Poder Ejecutivo, esto afecta las atribuciones del mismo MARENA, MAG-FOR, MIFIC y MINSA.

2-La administración de los recursos agropecuarios sale de la competencia del MAG-FOR y pasa a MARENA o el INABIO. Los forestales no maderables salen de la competencia de INAFOR.

3- Se otorga competencias a un órgano paraestatal, el cual dispone de amplias facultades, de forma tal que sustituye a MARENA, incluso al MAG-FOR en buena parte de sus atribuciones, a pesar de que la facultad de administrar es solamente sobre los recursos obtenidos o derivados de la biodiversidad.

4- Se asumen nuevas competencias por el INABIO y MARENA, las que por disposición de la Ley No. 280 Producción y Comercio de Semillas, Ley No. 291 Salud Animal y Sanidad Vegetal corresponden al MAG-FOR.

5- Se otorga facultades a un órgano asesor, que no está integrado por científicos o técnicos, para que emita resoluciones que tienen efecto vinculante en materia de organismos vivos modificados genéticamente.

6- El INABIO asume atribuciones fitosanitarias sustituyendo al MAGFOR.

7- La actividad de fitomejoramiento prácticamente se restringe o elimina.

8- Los centros de investigación nacionales sin fines de lucro (INTA, Universidades), no pueden realizar actividades de investigación sobre ninguno de los recursos genéticos del país si no disponen del permiso correspondiente.

9- No pueden ingresar al país especies exóticas para uso agropecuario ya que sólo se autoriza para uso confinado previa evaluación del impacto ambiental.

10- Sobre cualquier actividad de fitomejoramiento, si MARENA considera que el proyecto propuesto puede afectar la diversidad biológica, se solicitará evaluación del impacto ambiental.

11- No toman en consideración el Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos, la resolución sobre Derechos de Agricultor, ambos instrumentos de Naciones Unidas.

Propiedad Intelectual

1- Sin consultar y conocer la opinión de la autoridad superior del MIFIC establecen derechos de propiedad intelectual relacionadas a los conocimientos, costumbres, etc., hechos que son de dominio público y, por tanto, de uso por cualquier persona natural o jurídica. Incluso, en la OMPI no se ha definido a la fecha establecer derechos de propiedad intelectual sobre esos conocimientos.

2- No toman en cuenta de forma expresa o de forma tácita los convenios que Nicaragua ratificó en materia de propiedad, los mismos serían entre otros: Acuerdos sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados al Comercio, Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, Convención de Diversidad Biológica en la parte respectiva a propiedad intelectual, y Convenio de París

3- Se deroga la Ley No. 318 Ley de Protección para las Obtenciones Vegetales al limitar el acceso a todos los recursos genéticos de la biodiversidad, incluyendo las especies exóticas. A la vez al determinar que no son de dominio público las especies silvestres.

4- Hay reforma de la ley de Patentes en lo relacionado a la patente de biotecnología, el depósito de microorganismos y la facultad del Registro de la Propiedad Intelectual para designar los centros de depósito de microorganismos.

5- Se violan disposiciones establecidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que guardan relación con la protección de la propiedad intelectual, el derecho a la cultura, los conocimientos y la ciencia.

6- Omiten toda referencia a la Interpretación Concertada del Compromiso Internacional sobre Derechos del Obtentor, instrumento de Naciones Unidas.

Biotecnología

1- Hay, en el contenido del anteproyecto, un sesgo contrario a toda actividad de biotecnología, y a la investigación. Conciben que toda actividad biotecnológica es perjudicial, no comprenden que la misma está relacionada a la actividad de preservación y desarrollo sostenible. No son capaces de diferenciar la actividad de biotecnología tradicional, de la biotecnología moderna.

2- No quieren reconocer que profesionales nacionales desde los años cincuenta del siglo pasado desarrollan actividades de fitomejoramiento para mejorar los rendimientos de los granos básicos.

3- Restringen el principio constitucional de la autonomía universitaria en materia académica y científica. Incluso determinan que un organismo, que no dispone de facultades expresas, establezca las normas para el control y

seguimiento de las actividades exclusivamente académicas y de investigación relacionadas a la biodiversidad.

4-Establecen un control estricto de todos los recursos biológicos y genéticos que se encuentran en el país, estén en propiedad Estatal, áreas protegidas o en propiedad privada. No se puede acceder, ni con fines investigativos, sin la evaluación de impacto ambiental y el permiso correspondiente.

5- Se observa un sesgo en contra de la actividad de desarrollo sostenible que pueden realizar particulares, sea con fines de investigación, explotación, etc.

6- Omite toda referencia al trabajo de la bioprospección. ¿Entonces, cómo podemos acceder a fuentes de financiamiento para investigación, o a socios extranjeros para lograr una adecuada explotación de los recursos de la biodiversidad?

7- Asumen la regulación de toda actividad relacionada con organismos vivos modificados genéticamente, tanto las relacionadas a la actividad agropecuaria, como en materia de alimentos y biorremediación. Llama la atención que sólo en materia agropecuaria establecen normativas, obviándolas para los otros casos.

8- El anteproyecto de Ley es una copia de la Ley de Biodiversidad de Costa Rica. Aclaro que no es negativo tomar como referencia otra legislación, el problema consiste en que en Costa Rica dicha Ley

es muy cuestionada, enfrenta dos recursos por inconstitucionalidad y algunas disposiciones, por convenio expreso de las instituciones de Gobierno, no se aplican.

III. RECOMENDACIONES

1- Reelaborar nuevamente el anteproyecto basándose en el mandato expreso del art. 70 de la LGMA.

2- Dicho anteproyecto no ha reflejado a la fecha una política y decisión de Estado, solamente contiene el criterio unilateral de un grupo de funcionarios, pasa por alto los convenios internacionales ratificados por Nicaragua en los últimos diez años en materia de Diversidad Biológica, Propiedad Intelectual, Fitomejoramiento,

O.M.C., etc. Por tanto conviene que en base a las competencias que corresponden a cada institución, se establezca al más alto nivel decisiones muy puntuales, tales como: Se modificarán las competencias Ministeriales, se denunciarán convenios internacionales, no se respetarán los acuerdos de armonización fitosanitaria en la Unión Aduanera Centroamericana, dejará la LGMA de ser la ley marco en materia ambiental, un órgano paraestatal asumirá atribuciones en detrimento de MARENA, se limitará la actividad de fitomejoramiento que realiza el productor agrícola, no permitiremos que particulares participen en la actividad de bioprospección para tratar de obtener provechos económicos al país, etc.

Notas

1 Abreviaturas utilizadas

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual: ADPIC

Anteproyecto de Ley de Diversidad Biológica: Ley o ALDB

Constitución Política: Cn

Convención de Diversidad Biológica: CDB

Comisión Nacional de Diversidad Biológica: CONADIBIO

Instituto Nacional de Biodiversidad: INABIO

Ley Básica de Salud Animal y Sanidad Vegetal: Ley No. 291

Ley de Producción y Comercio de Semillas: Ley No. 280.

Ley General del Medio Ambiente: LGMA

Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología: PCSB

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual: OMPI

Organización Mundial de Comercio: O.M.C.

Unión Internacional de Protección de Obtenciones Vegetales: UPOV