

EQUITATIVA DIVISIÓN DE BENEFICIOS PROVENIENTES DE LA UTILIZACIÓN DE RECURSOS GENÉTICOS Y LA NECESIDAD (O NO) DE UN PROTOCOLO BASADO EN LAS DIRECTRICES DE BONN

Sergio PEÑA-NEIRA*

RESUMEN: La discusión en torno a la división equitativa de beneficios provenientes de la utilización de recursos genéticos naturales se encuentra tremendamente vinculada a las discusiones en torno a la interpretación y aplicación de la Convención sobre Diversidad Biológica. Dentro de este marco, recientemente fueron aprobadas las denominadas Directrices de Bonn para el Acceso y la División Equitativa de los Beneficios provenientes de su Utilización (La Haya, 2002). Para que estas directrices sean el inicio de una futura regulación internacional, dudas y críticas basadas en una excesiva aproximación contractual al tema deben ser aclaradas.

ABSTRACT: *The discussion on the equitable sharing of benefits arising from the utilization of natural genetic resources have been put forth by the discussions on the interpretation and application of the Convention on Biological Diversity. Recently the "Bonn Guidelines for the access and equitable sharing of benefits arising from it" (The Hague, 2002). Just that these guidelines could be the starting point for an international regulation, questions and criticisms based on an excessive contractual approximation should be clarified.*

RÉSUMÉ: *La discussion autour de la division équitable des bénéfices provenant de l'utilisation de ressources génétiques naturels se trouve très liée aux discussions sur l'interprétation et l'application de la Convention sur la Diversité Biologique. Dans ce cadre, les "Directrices de Bonn pour l'accès et la division équitable des bénéfices provenant de son utilisation", ont été récemment approuvés. (La Haye 2002). A fin de que ces Directrices soient le debut d'un futur réglementation internationale, les doutes et critiques fondées sur une excessive approximation contractuelle au thème devront être clarifiés.*

* Fellow, Instituto de Estudios Avanzados de la Universidad de Naciones Unidas (Japón). Ph. D. (c) Instituto Copérnico, Universidad de Utrecht. Master en Relaciones Internacionales (ASIR, U. de Ámsterdam).

SUMARIO: I. *Desarrollo histórico*. II. *Naturaleza jurídica de las directrices y obligatoriedad de las mismas*. III. *Objetivo de las directrices*. IV. *Análisis crítico*. V. *Evaluación final*.

I. DESARROLLO HISTÓRICO

Las Directrices de Bonn para el acceso a Recursos Genéticos y la División Equitativa de Beneficios provenientes de su Utilización (directrices, en adelante) nacen del interés de países sub-desarrollados y comunidades indígenas por contar con modelos de normas jurídicas que cumplan con requisitos de equidad y justicia en la división de beneficios provenientes de la utilización de recursos genéticos de origen natural. Países desarrollados, por otra parte, parecen tener interés en un futuro protocolo (como el denominado Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad), que regule de manera global el tema del acceso y la división equitativa de beneficios.

Así la Decisión núm. 26, letra "A", de la Quinta Conferencia de las Partes de la Convención sobre Diversidad Biológica efectuada en Kenya en 2000 (en adelante, D26A), es la que contiene el mandato para iniciar la elaboración de tales directrices y ella refleja ambas tendencias.¹

La razón principal para la generación de estas directrices, desde un punto de vista jurídico, pareciera encontrarse en el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica (en adelante, la convención), particularmente en el número 7, por cuanto ordena a los Estados partes de la convención desarrollar medidas de carácter legislativo, administrativo o de políticas públicas donde pongan en práctica una división equitativa de los beneficios provenientes de los recursos genéticos de origen natural. La D26A se refiere a esta obligación de los Estados partes, particularmente, los números 3, 4 letra "c", 5, 6 y 7. A su vez, el número 11 de la D26A estableció la creación de un Grupo de Trabajo Ad-Hoc sobre División Equitativa de Beneficios (en adelante Grupo de Trabajo) el que se reunió en la ciudad de Bonn (República Federal de Alemania) durante octubre de 2001 para discutir éste y otros temas. Así, el número 15 de la D26A indica, además, la necesidad de incluir el tema de la propiedad intelectual dentro de la discusión del Grupo de Trabajo, y finalmente, el número 10 de la D26A solicita al Grupo de Expertos sobre Acceso y Re-

1 Secretariat of the Convention on Biodiversity, "Handbook of the Convention on Biological Diversity", London, Earthscan, 2001, p. 653.

curso de Beneficios² efectuar estudios en “materia de evaluación de usuarios y proveedores, en materia de acceso y división equitativa de beneficios, así como de aproximaciones para la participación de interesados”. El Grupo de Expertos sobre Acceso y División Equitativa de Beneficios fue creado por Decisión núm. 8 de la Cuarta Conferencia de las Partes a la Convención (COP, en sus siglas en inglés).

Finalmente, la Decisión 24 de la sexta COP efectuada en La Haya, Países Bajos, aprobó el 20 de abril de 2002 la decisión intitulada “Acceso y división de beneficios relacionadas a los recursos genéticos”.³

Definiciones

Existen dos términos a definir *ab initio* “proveedor” y “usuario” de recursos genéticos de origen natural. Tales términos no fueron utilizados por la Convención sobre Diversidad Biológica sino sólo para referirse a los Estados partes, ya que la convención posee como eje central a los Estados, personas jurídicas a nivel internacional por antonomasia. Sin embargo, “usuario” y “proveedor” poseen múltiples acepciones, sea Estados partes de la convención o pueblos indígenas (artículo 8, letra “j”, y artículo 17). Es decir, estos términos han sufrido una alteración en cuanto a su acepciones. Resulta interesante ver la evolución de los conceptos de partes, usuarios y proveedores desde la convención a las directrices (véase tablas 1 y 2).

Tabla 1. Partes e interesados en el Convenio de Diversidad Biológica

<i>Partes</i>	<i>Interesados</i>
Solo Estados	Comunidades locales Comunidades indígenas

² *Ibidem*, p. 654.

³ Esta decisión contiene dos partes, la primera con las directrices citadas, una segunda (letra B) con “otras aproximaciones incluyendo el desarrollo de un plan de acción para generación de capacidad” (“Capacity building”, en el inglés original) una tercera (letra C) acerca del rol de los derechos de propiedad intelectual en la aplicación de acuerdos sobre acceso y división de beneficios y una cuarta (letra D) acerca de “otras materias relacionadas con el acceso y la división de beneficios” que no serán abordados en este artículo: <http://www.biodiv.org/decisions/default.asp?lg=0&dec=VI/24>. También puede verse el texto en <http://www.biodiv.org/doc/publications/cbd-bonn-gdls-en.pdf>.

Tabla 2. Partes e interesados en las directrices

<i>Partes</i>	<i>Interesados</i>
Estados	<p>Proveedores: Comunidades indígenas; comunidades locales; países; empresas en países de origen; instituciones administrativas de países de origen.</p> <p>Usuarios: Empresas (en país de origen u otro país); instituciones gubernamentales de investigación científica o comercial; instituciones no gubernamentales de investigación científica o comercial.</p>

Volviendo a la noción de “proveedor”, ésta puede tener sentido restrictivo y amplio. “Proveedor” puede ser el:

a) Estado parte de la convención, poseedor del recurso genético natural situado en sus territorios o del cual (territorio) se ha extraído tal recurso genético (sentido restrictivo).

b) Estado parte de la convención, individuo o grupo de individuos quienes poseen el recurso genético natural por encontrarse situado en sus territorios o del cual (territorio) se ha extraído tal recurso genético (sentido amplio).

El “conocimiento tradicional” de pueblos indígenas y comunidades locales quedaría incluido tanto en el primero como en el segundo de los conceptos debido a que en último término es el Estado el que tiene la obligación de reconocer y amparar tales derechos y definir la manera en que los mismos pueden ser ejercidos con el fin de salvaguardar intereses involucrados.⁴

La noción de “usuario”, a su vez, puede ser conceptualizada como:

a) Estado parte de la convención en cuyo territorio se efectúa la utilización de los recursos genéticos de origen natural a través de investigaciones y posible patentamiento de tales recursos o sus derivados (sentido restrictivo).

4 La noción de usuario que se utilice a nivel nacional podrá o no depender de la definición a nivel internacional aunque se debe determinar cuáles son las consecuencias para los países de las “medidas para usuarios”. Si éstos cumplen con aquéllas, entonces podrá darse al concepto de proveedor una mayor o menor amplitud.

b) Estado parte de la convención, individuo o grupo de individuos que efectúa la utilización de los recursos genéticos de origen natural a través de investigaciones y posible patentamiento de tales recursos o sus derivados (sentido genérico).

La noción contenida en la letra b) es más amplia que la de la letra a) ya que incluye empresas o personas que efectúen las actividades descritas en el concepto. “Conocimiento tradicional” puede ser incluido, del mismo modo, en las letras a) o b) de la noción de “usuario”, dado que en ambas es el Estado el que debe garantizar la explotación legal o justa de los recursos y conocimientos que puedan encontrarse adicionados.⁵

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS DIRECTRICES Y OBLIGATORIEDAD DE LAS MISMAS

Las directrices son como su nombre indica, nada más que un modelo o ejemplo para Estados con el fin de interpretar y aplicar la convención, en particular el número 7 del artículo 15.

Estas directrices no constituyen normas jurídicas, es decir, carecen de obligatoriedad propia de las normas de este tipo. Las propias directrices se encargan de indicarlo expresamente y la doctrina se ha pronunciado de manera clara y precisa acerca del tema. Las directrices pueden considerarse como parte, quizás, del amplio movimiento de “leyes modelos” propiciado por Naciones Unidas. El ejemplo clásico es el de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional cuyo Reglamento para Conciliación y Arbitraje ha sido adaptado a realidades nacionales y regionales en diversos estados y regiones a nivel mundial. También puede ser considerado como una compilación de prácticas a nivel nacional en la materia (el sentido dado por la D26A de la COP 5 ya referida).

A mayor abundamiento, algunos delegados durante las negociaciones en Bonn y en La Haya preguntaron si desde el punto de vista jurídico estábamos frente a una futura norma jurídica de nivel internacional. Nuestra respuesta fue negativa. Las directrices no constituyen una norma jurídica a nivel internacional y, más aún, la actitud de los Estados Unidos

⁵ Para un estudio pormenorizado de estos y otros problemas, véase Peña-Neira, S., “Consecuencias éticas y jurídicas en la relación biodiversidad y biotecnología”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 6, 2003, <http://www.reei.org/>.

de América durante la negociación del tema varió de manera sustantiva desde Bonn a La Haya avalando nuestra aseveración. En Bonn representantes estadounidenses hicieron presente que su país era uno de los principales proveedores de material genético en el mundo y con ello buscaron de alguna manera presionar en las negociaciones creyendo, quizás, que los efectos de las directrices pudieran ser similares al del Convenio de Diversidad Biológica. En la Conferencia de las Partes en La Haya, en cambio, no hubo tal actitud. Posiblemente los representantes estadounidenses se dieron cuenta de que las directrices no constituyen un peligro inmediato para los intereses de las empresas estadounidenses especializadas en estas materias.⁶

III. OBJETIVO DE LAS DIRECTRICES

Las directrices tienen como objetivo declarado el que las partes puedan utilizarlas como ejemplo para legislaciones a nivel nacional. Así lo indica el número 4 de los “considerandos” que se encuentran en la Decisión núm. 24. Se reconoce, a mayor abundamiento, el ser un primer paso en el proceso de evolución de la aplicación de las normas jurídicas más relevantes de la convención (consideración número 6), aunque ellas se encuentren bajo revisión en cuanto a su futura aplicación.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO

Las “directrices” parecen ser un avance, como posible ejemplo, para una futura legislación, pero en la aplicación de la convención a nivel nacional pueden llegar a constituir, en nuestra opinión, un problema más que una solución.⁷ Nuestra afirmación está avalada por las perspectivas y soluciones encontradas a que pueden llevar la interpretación de estas nor-

6 Véase Fitzmaurice, M., 4th International Symposium of International Law, 13th to 16th December, Takamatsu, Kagawa, Japón.

7 De hecho ya varios países han desarrollado legislaciones atinentes a la biodiversidad con particular atención al tema de la división equitativa de beneficios. Es el caso de Costa Rica, Brasil, India, entre otros. Para el caso de Brasil se puede consultar, Peña-Neira, S. *et al.*, “Equitably sharing benefits from the utilization of natural genetic resources: The Brazilian Interpretation of the Convention on Biological Diversity”, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 6.3, octubre de 2002, <http://www.ejcl.org/63/art63-2.html>.

mas jurídicas. Lo anterior, sin perjuicio de constituir un interesante ejercicio interpretativo de la convención misma.

Además países como Brasil, Costa Rica e India, por nombrar sólo a algunos, han desarrollado legislación en torno al asunto y han incluido instituciones jurídicas que miran al problema desde una perspectiva de interés nacional. Lo que se busca es la protección de estos recursos y el control sobre la división de los beneficios de manera equitativa. Así, por ejemplo, India posee una Autoridad Nacional para la Biodiversidad, Costa Rica la Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad y Brasil el Consejo para la Administración de la Biodiversidad. Éstas instituciones han declarado a los recursos biológicos y genéticos como parte de un patrimonio genético, y en Brasil a las características genéticas o bioquímicas como propias del dominio público.⁸

1. Temas para una futura discusión de acuerdo con el preámbulo de las directrices

El documento que contiene tales directrices (UNEP/CBD/COP/6/L.19) indica en su primera parte los puntos que habrán de ser debatidos en el futuro con el fin de lograr unas directrices que satisfagan a todas las partes contratantes (los Estados) y a los interesados en las transacciones relativas a recursos genéticos provenientes de la naturaleza (recursos genéticos naturales). Se incluyen entre otros, términos y definiciones, medidas para apoyar el cumplimiento de lo que se denomina “consentimiento fundamentado previo” de la parte contratante que proporciona tales recursos, así como de las condiciones mutuamente acordadas. Finalmente, la necesidad de capacitar a quienes puedan entender y comprender el tema en cuestión ha quedado para una discusión ulterior.

2. Definiciones en el preámbulo de las directrices

La amplitud o restrictividad en la aplicación de las directrices depende de las definiciones. Resulta fundamental, por tanto, en la evaluación de

⁸ Para el caso de Brasil, *ibidem*; para el caso de Costa Rica, Peña-Neira, S. *et al.*, “Equitably sharing benefits arising from natural genetic resources, Costa Rica’s interpretation of article 15.7 of the Convention on Biological Diversity” (forthcoming); *id.*, “Equitably sharing benefits arising from natural genetic resources, India’s interpretation of article 15.7 of the Convention on Biological Diversity” (forthcoming). Estas afirmaciones provienen de varias entrevistas efectuadas en India (junio de 2003) y Costa Rica (mayo-diciembre de 2002) por el autor.

los diversos temas en cuestión, contar con definiciones claras respecto de ciertos términos o conceptos utilizados en las mismas. De tal manera, el Grupo de Trabajo, cuya misión es definir términos, debería considerar palabras y frases como “proveedores”, “usuarios” (previamente definidos para los fines de este artículo), “interesados”, “costos de las transacciones”, “transparencia” (existe una tautología en las directrices), “conocimientos tradicionales”, “innovaciones tradicionales”, “prácticas tradicionales”, “investigación taxonómica”, “solicitante de acceso a los recursos genéticos”, “información para acceso y distribución equitativa y justa de beneficios”, “etapas implicadas en el proceso de obtención de acceso”, “conservación de recursos genéticos”, “utilización de recursos genéticos”, “utilización tradicional de los recursos genéticos”, “valores y prácticas consuetudinarias”, “costumbres consuetudinarias”, “tradiciones consuetudinarias”, “términos y condiciones de adquisición de recursos genéticos”, “pruebas documentales del consentimiento fundamentado previo”, “suministro de los recursos genéticos a terceras partes”, “país de origen de los recursos genéticos”, “país adquirente de recursos genéticos”, “interesados pertinentes”, “interesados”, “transferencia de uso a terceras partes”, “información confidencial”; además de la respectiva definición, deberían tener como contexto su posible aplicación tanto a países desarrollados como a países en desarrollo (aunque parezca extraño no existe una definición de utilización y conservación). Así se lograría conjugar un mayor equilibrio en cuanto a los derechos y obligaciones en las posibles normas jurídicas que puedan contemplarse a nivel nacional por los Estados partes de la convención.

Particular atención deberían poner los países desarrollados, ya que personas, organismos públicos y privados de estos mismos son los que han cometido actos contrarios a la moral y a la legislación de los países en vías de desarrollo y del sistema internacional, pues han extraído recursos biológicos y genéticos de manera ilegal. Esto constituye una flagrante violación de la soberanía de los países en donde se encuentran los recursos. Los países desarrollados deben establecer en sus legislaciones internas un claro sistema de penalización de tales actos cuando sean cometidos por empresas, personas o agencias que se encuentren situadas o tengan su sede en su territorio.

3. *Las directrices*

Las directrices en cuestión se encuentran divididas en cinco partes, dos apéndices y un anexo. Como lo hemos anunciado, esta parte del artículo se concentrará tan sólo en las medidas para proveedores, usuarios y la división equitativa de beneficios.

La primera parte regula los aspectos generales del tema de acceso y división de beneficios. En el artículo 1 se hace referencia a los artículos 8 letra “j”, 10 letra “c”, 15, 16 y 19. No se define de manera precisa las características que tienen las directrices, es decir, si son normas que regulan sólo transacciones comerciales relativas a recursos genéticos o, por el contrario, buscan aplicar la convención a nivel nacional, protegiendo aquéllos cuyos derechos puedan ser violados por contratos que afecten los denominados “derechos sobre el conocimiento tradicional”. De manera redundante y superflua, del artículo 2 de la convención serán aplicables a las directrices. Es superflua, porque no son las definiciones de la convención las que se encuentran en discusión sino las definiciones de términos a utilizar en las directrices, las cuales pueden tener importancia para el futuro desarrollo de las mismas, a nivel internacional. Si las directrices se convierten en legislación nacional de alguno de los Estados partes, éstas pueden llegar a ser consideradas como la manera que tiene el Estado parte de cumplir sus obligaciones internacionales emanadas del artículo 15.7 de la convención.

A. Proveedores

La segunda parte viene a configurar uno de los aspectos más importantes de las directrices. Habla expresamente del Centro Nacional de Coordinación, de las autoridades competentes y de las responsabilidades que surgen para las partes, haciendo más puntual y real a quienes toman parte en el tema de la división de beneficios y acceso a recursos genéticos.

El artículo 13 habla del punto focal nacional que se convierte en la redacción del citado artículo, en un simple “buzón” de consultas acerca de las posibilidades para tener acceso a los recursos genéticos. En cuanto a las autoridades competentes en la materia, estas poseen apenas un carácter “decorativo” en las regulaciones del tema. No existen poderes para estas autoridades, con el fin de otorgar autorización para aquel que accede, y tampoco para una calificación de la equidad y justicia en la

división de beneficios (artículo 14), ni finalmente una referencia al Poder Judicial nacional con el objeto de solucionar el conflicto que se pudiera generar.⁹

Los proveedores (así como los usuarios) y sus responsabilidades son incluidos en el artículo 16 letra “a”, en donde se indica que deben revisar sus medidas políticas, administrativas y legales con el fin de cumplir con el artículo 15 de la convención (número i). En el mismo artículo, se pide que se efectúe un reporte acerca de la aplicación de tal normativa a través del denominado *Clearing House Mechanism* (número ii). Se asegura que la comercialización y cualquier otro uso de los recursos genéticos no impedirán el uso tradicional de tales recursos (número iii), y se asegura que los proveedores cumplan sus roles (cualquiera que ellos sean) y responsabilidades de manera clara, objetiva y transparente (número iv). Se indica que los interesados tomen en consideración las consecuencias ambientales de las actividades de acceso (número v). Otras dos responsabilidades son establecer mecanismos para que sus decisiones sean accesibles a las más importantes comunidades indígenas y locales, y a los interesados más relevantes (número vi), así como apoyar medidas, de manera apropiada, con el fin de lograr que las comunidades indígenas y locales sean capaces de representar sus intereses de manera integral en las negociaciones (número vii).¹⁰

También se indica en la letra “c” del mismo artículo que los proveedores deben dar solamente recursos genéticos y/o conocimiento tradicional cuando poseen los títulos para efectuarlo, y tratar de evitar restricciones arbitrarias al acceso a los recursos.

Además, tanto la “participación de los interesados” (capítulo III) como los “pasos en el proceso de acceso y la división de beneficios” (capítulo IV) son parte de las medidas que habrán de tomar los proveedores en sus respectivas legislaciones.

Pareciera que no existe un balance entre las obligaciones para los países con diferente situación económica, y que son los países con mayor diversidad los que “deberían” adecuar la legislación nacional a tales di-

9 En este contexto se ha hablado de poseer un sistema de “certificación de bioseguridad”. Esta idea, interesante pero costosa y de implicancias desconocidas, podría obviarse con un sistema de certificación de contratos y de división equitativa de beneficios y permisos a nivel nacional con reconocimiento a nivel internacional. Con ello se potenciaría el sistema a nivel nacional sin elevar costos en las transacciones.

10 La traducción pertenece al autor.

rectrices, pero no se percibe lo mismo en el caso de países en donde los usuarios de los recursos genéticos naturales tienen su asiento.

B. Las obligaciones de los usuarios

En general, resulta interesante observar el reconocimiento de las obligaciones de las partes contratantes a la convención con los usuarios de los recursos genéticos, así como una mayor claridad en cuanto a la distribución de beneficios.

Las directrices establecen una serie de obligaciones en materia de recursos genéticos de origen natural como la de obtener el consentimiento fundamentado previo, de respetar costumbres, tradiciones, valores y prácticas consuetudinarias de las comunidades indígenas y locales, de responder a las solicitudes de información (en torno a las razones de la prospección) por parte de las comunidades indígenas y locales, de utilizar los recursos genéticos solamente para fines que estén en consonancia con los términos y condiciones en virtud de los cuales fueron adquiridos, de solicitar nueva autorización en caso del uso de los recursos para un fin diferente del que previamente se consintió, de conservación de datos pertinentes a los recursos genéticos, de utilizar los recursos genéticos en el país proveedor y con su participación, de respetar condiciones mutuamente acordadas en caso de suministro a terceras partes, de garantizar la distribución equitativa y justa de beneficios, incluida la transferencia de beneficios, materia que será tratada más adelante.

C. Obligaciones de partes contratantes con usuarios de recursos genéticos naturales en su jurisdicción

En este caso, las partes contratantes deberían adoptar medidas jurídicas, administrativas o de política medioambiental con el fin de apoyar el cumplimiento del “consentimiento fundamentado previo” de la parte contratante que proporciona los recursos genéticos de origen natural. Además, se deben incorporar las condiciones mutuamente convenidas con arreglo a las que se concedió el acceso. Así lo indica el artículo 16, letra “d”. Se agrega que tales países deberían proporcionar a usuarios potenciales sobre sus obligaciones relativas el acceso a los recursos y medidas con el fin de revelar el “país de origen de los recursos genéticos, conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas y locales” en las solicitudes de propiedad intelectual. Se inclu-

yen medidas para evitar la utilización de recursos genéticos de origen natural obtenidos sin el “consentimiento fundamentado previo” de la parte contratante que proporciona tales recursos, la cooperación de las partes contratantes frente a las infracciones de acuerdos de acceso y distribución de beneficios junto con sistemas de certificación, etcétera. Todas estas medidas han tenido por objeto buscar un balance entre los países ricos en recursos genéticos y aquéllos ricos en tecnología.

Por cierto, múltiples críticas han sido expresadas por diferentes actores. Así el tema de la certificación ha generado la pregunta acerca de cuál organismo habrá de efectuar tal certificación o cómo lograr que países con alta tecnología efectivamente castiguen el robo de diversidad genética.

D. Participación de los interesados

La intervención de los interesados ha sido considerada fundamental en el proceso de toma de decisiones, así como en los procesos de negociación de acuerdos bajo derecho privado (contratos). Tal participación ha sido y sigue siendo un problema a resolver en legislaciones que pretenden obtener un equilibrio entre la promoción de la inversión extranjera y la promoción de los derechos humanos. No es un accidente que grupos étnicos originarios y organismos no gubernamentales hayan decidido efectuar una sistemática crítica en contra de los contratos que no han considerado sus derechos. El punto es que la simple retribución entre las partes contratantes no es suficiente para garantizar lo que la misma convención ha considerado como justo y equitativo. La convención, por lo demás, entrega la obligación de aplicación jurídica a los Estados.

Los artículos 17, 18, 19, 20 y 21 tratan el tema. El artículo 17 expresa que la participación de los más importantes interesados es esencial para asegurar el adecuado desarrollo y aplicación de los acuerdos de división de beneficios y acceso. El artículo 18 indica que los más relevantes interesados deben ser consultados, y sus opiniones deben ser consideradas en cada parte del proceso. La promoción de la participación de los más relevantes interesados y los medios para lograrlo se encuentra considerado en el artículo 21 y, por último, se indica que se podría solicitar el auxilio de un mediador o “facilitador” (cualquiera que sea este concepto) cuando se negocian los “acuerdos mutuamente aceptados”.

E. Distribución de beneficios y acceso a los recursos genéticos

El proceso de distribución de beneficios y acceso a los recursos genéticos debe basarse, de acuerdo a las directrices, en una estrategia general a nivel país o región. Esta estrategia se encuentra orientada a cumplir con los objetivos incluidos en la convención, artículo 3 (conservación, uso sostenible y división equitativa de beneficios provenientes de su utilización).

Las etapas se dividen en dos partes. La primera denominada “consentimiento fundamentado previo”, y la segunda denominada “condiciones mutuamente acordadas”. La segunda etapa contiene las reglas de “distribución de beneficios”. Más adelante habremos de efectuar una evaluación, pero no podemos dejar de considerar extraño que las reglas de división de beneficios, uno de los tres pilares en los cuales se basa la convención, hayan sido consideradas sólo a propósito de las “condiciones mutuamente acordadas”.

F. Consentimiento fundamentado previo

Las directrices en los artículos 21 a 37 regulan el tema del “consentimiento fundamentado previo”. Para los juristas este tema no resulta nuevo y la nomenclatura resulta hasta un poco absurda. Obviamente cualquier acuerdo o contrato que se firme entre partes requiere del consentimiento libre, exento de vicios, etcétera. Es decir, los elementos propios de todo acuerdo jurídicamente válido y de todo contrato que desee producir efectos.

En este sistema se establecen ciertos principios generales: la “certidumbre y claridad legales”, costo mínimo en el acceso, las restricciones de acceso a recursos genéticos deberían ser transparentes y basarse en fundamentos jurídicos, pero no ser contrarios a los objetivos del convenio, además del consentimiento de las autoridades nacionales competentes del país proveedor, también debería obtenerse el “consentimiento de los interesados pertinentes, tales como las comunidades indígenas y locales, según corresponda a las circunstancias y con sujeción a las leyes nacionales”(artículo 23).

Además de principios se incorpora una lista de “elementos” entre los cuales se cuentan la existencia de “autoridades competentes que concedan el consentimiento fundamentado previo o presenten pruebas del mismo”, “los plazos y fechas límites”, “especificación de la utilización”,

“procedimientos para obtener el consentimiento fundamentado previo” y “mecanismos para la consulta de los interesados pertinentes” (artículo 24).

Existen además una serie de aspectos específicos que no abordaremos aquí y que se encuentran en los artículos que van desde el número 25 al 37. Lo anterior por razones de espacio. Dichos aspectos detallan lo que se ha indicado de manera general en los “elementos”.

El consentimiento informado previo —de acuerdo con Glowka *et al.* (1994)— se encuentra constituido por:

a) El consentimiento de las partes contratantes al cual pertenece el recurso genético.

b) Tal consentimiento debe encontrarse basado en la información que ha proveído el potencial usuario de recursos genéticos.

c) El consentimiento debe ser anterior al momento en que se firme el contrato.

Un segundo paso son las denominadas “Condiciones mutuamente acordadas”. Requisitos básicos, lista indicativa de tales condiciones y distribución de beneficios son los elementos que componen tales “condiciones”.

En primer lugar se hace referencia al artículo 15, número 7, de la Convención sobre Diversidad Biológica en donde se recoge la idea de una división justa y equitativa de los beneficios que se deriven de la utilización de la información contenida en los genes de los recursos genéticos naturales.

Los requisitos básicos que se indican en las directrices son la certidumbre, claridad legal, minimización de los costos de transacción, que contengan disposiciones sobre obligaciones entre usuarios y proveedores, el desarrollo de distintos arreglos contractuales para distintos recursos y para diversos usos y desarrollos, de acuerdo con modelos de contratos, negociación eficiente y dentro de un plazo razonable para tales condiciones, asimismo deberían establecerse tales condiciones mediante un acuerdo por escrito.

Se incluye la idea de ciertos parámetros de guía en los acuerdos contractuales como las inquietudes éticas de las partes, el que se garantice el uso consuetudinario de los recursos genéticos y de los conocimientos correspondientes, las disposiciones para el uso de los derechos de propiedad intelectual y la posibilidad de propiedad conjunta de los derechos de propiedad intelectual.

La lista de condiciones ordinarias mutuamente acordadas ha sido incluida en el texto:

El tipo y la cantidad del recurso y zona geográfica y ecológica de actividad,... limitaciones sobre el uso posible de los materiales,... reconocimiento de los derechos soberanos del país de origen,... creación de capacidad en diversas esferas que constarán en el acuerdo,... cláusula donde se indique la posibilidad de una nueva negociación, condiciones para que los recursos puedan transferirse a terceras partes,... disposiciones sobre el respeto, preservación y mantenimiento de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales,... tratamiento de la información confidencial,... las disposiciones acerca de la distribución de beneficios.

La consideración a lo justo y equitativo depende de “las circunstancias”, lo que hace que tales consideraciones permanezcan en el ámbito de la utilidad y no en el de los principios condicionantes de un ambiente favorable para la generación de beneficios. Existe una lista considerada parte del texto de las directrices, en donde encontramos una serie de beneficios monetarios y no monetarios.

Se consideran beneficios a corto, mediano y largo plazo que incluyen el pago por adelantado, por etapas y regalías.

La distribución de beneficios se efectúa entre quienes son los “contribuyentes a la gestión de los recursos, y al proceso científico y/o comercial”. Se indica como parámetro el que los beneficios “deberían distribuirse de forma justa y equitativa”, sin ulterior indicación de lo que es justo o equitativo, pero debería entenderse de acuerdo con las circunstancias expresadas más arriba. Las directrices incluyen un objetivo final que es el encauzamiento de los beneficios para la promoción de la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica.

Los mecanismos de distribución “de beneficios dependerán del país en dónde se apliquen tales beneficios, las condiciones concretas del país y de los interesados implicados”. Estos mecanismos deberían ser flexibles y en ellos incluirse la “plena cooperación en la investigación científica y en el desarrollo tecnológico, así como los beneficios derivados de productos comerciales, incluidos los fondos fiduciarios, las empresas en común y las licencias con condiciones preferenciales”.

Existe una serie de otras disposiciones a las cuales no entraremos por razones de extensión.¹¹

G. Directrices como futura norma internacional

En caso en que las directrices se convirtieran en futuras normas internacionales, la tabla de la siguiente página muestra las implicaciones de tal posibilidad. Dicha tabla da una idea de las posibles dificultades a las que se verá expuesto un país que se adhiera a una norma jurídica de este carácter, pero no implica que tal norma no sea un adelanto o ventaja. Todo irá en relación con la manera en que la normativa pueda ser elaborada.

V. EVALUACIÓN FINAL

Las “directrices”, tal como han sido aprobadas, constituyen un gran primer paso para la aplicación del Convenio sobre Diversidad Biológica. Sin duda, el esfuerzo desplegado por la Secretaría del Convenio sobre Diversidad Biológica, los miembros de diversos grupos de estudios y, finalmente, las reuniones de Bonn y La Haya han sido fructíferos. Estas directrices, dentro del área de lo “contractual”, deberán ser estudiadas a la luz de la conveniencia de políticas públicas nacionales de cada país que esté interesado en interpretar y aplicar la convención. Además deberán considerarse las diferentes experiencias en la materia y las instituciones jurídicas contempladas en diversas legislaciones (por ejemplo, India, Brasil, Costa Rica y Malasia).

11 El tema de los beneficios casi se centra en el área de la generación de los mismos, es decir, la manera o forma de crear tales beneficios con la biodiversidad genética como fuente. Sin embargo, se hace necesario recalcar que en el área de beneficios el tema de la distribución de los mismos, sea por un tercero, por las partes de un contrato o por el sistema judicial, en el caso de aquellos terceros, cuyos derechos han sido violados por contratos relativos a la utilización de recursos genéticos resulta tremendamente importante. Peña-Neira, S. *et al.*, “Equitably Sharing Benefits from the Utilization of Natural Genetic Resources: The Brazilian Interpretation of the Convention on Biological Diversity”, vol. 6.3, *Electronic Journal of Comparative Law*, octubre de 2002, <http://www.ejcl.org/63/art63-2.html>.

Tabla 3. Directrices como norma internacional. Esquema de obligaciones y derechos

	<i>Países desarrollados</i>	<i>Países subdesarrollados</i>
<i>Derechos</i>		
<i>Obligaciones</i>	<p>1. Artículo 16 letra "a" número iii, comercialización y otro uso de recursos genéticos no impidan la utilización tradicional de los recursos.</p>	<p>1. Artículo 16 letra "a" número i, cumplimiento del artículo 15 del Convenio. 2. Artículo 16 letra "a" número ii, información de las solicitudes de acceso. 3. Artículo 16 letra "a" número iii, comercialización y otro uso de recursos genéticos no impidan la utilización tradicional de los recursos. 4. Artículo 16 letra "a" número v, acerca de la protección del medio ambiente y las consecuencias que ello puede traer. 5. Artículo 16 letra "a" número vi, en que se establece la obligación de información a comunidades indígenas y locales. 6. Artículo 16 letra "a" número vii, en que se indican las medidas para mejorar las capacidades de representación y negociación de comunidades indígenas. 7. Evitar proporcionar recursos genéticos o conocimientos tradicionales sobre los que no tengan derecho. Artículo 13 letra "c" número i. 8. Evitar imposición de restricciones arbitrarias al acceso de recursos genéticos. Artículo 16 letra "c" número ii.</p>

Existen, sin embargo, una serie de temas por revisar. En principio no habría claridad en las definiciones de términos empleados en este texto, así como las obligaciones de países desarrollados en torno al rechazo del patentamiento de los recursos genéticos o de compuestos derivados de tales recursos en donde se haya extraído de manera ilegal dichos recursos, lo mismo en materia de conocimiento de los indígenas. Buena parte de las críticas, por cierto, son consecuencia del procedimiento utilizado para lograr un equilibrio entre efectividad y democracia. Efectividad en el trabajo y democracia en la toma de decisiones. No todas las opiniones se encuentran representadas pero se obtuvieron las directrices (es decir, efectividad). La opinión de los interesados en el proceso de acceso y distribución de beneficios fue contemplada en las “consideraciones mutuamente acordadas”, donde es necesario contar con el asentimiento de las partes contratantes y de aquellos cuyos derechos se vean afectados; por cierto, en las políticas escogidas por los países se hace fundamental.

En fin, resulta básico el tema de la división equitativa de beneficios, particularmente a la luz de conceptos como distribución, retribución e incorporación a los procedimientos de distribución de beneficios, con el objeto de dar una mayor generalidad y precisión, y así evitar la sola retribución de beneficios producto de la solución contractual.

Resulta interesante, por último, que tales condiciones fueran analizadas desde el derecho privado. Estas constituyen interesantes oportunidades para entender la teoría del contrato y los procesos de negociación, lo cual permitiría comprender más todavía los procesos para lograr legislaciones más acabadas a nivel nacional.

Si estas directrices adquirieran la forma de un protocolo, habrían de considerar una serie de modificaciones que países desarrollados y en desarrollo hicieron tanto en las discusiones de Bonn como de la Haya, así en el Grupo de Trabajo como en los pasillos. La perspectiva de que tales directrices devengan ley modelo no deja de ser interesante. Ellas pueden constituir una dirección para legislaciones nacionales, aunque cada país no puede perder de vista que la legislación no puede tomar sólo un aspecto propio de las relaciones privadas sino que debe proteger tanto al Estado como a aquellos que no son parte de la mencionada transacción.

Entre los elementos positivos, sin embargo, nos encontramos con una interesante serie de nuevos conceptos que llevan la impronta de una mayor responsabilidad por parte de los países desarrollados, con el fin de proteger los derechos soberanos de los países en desarrollo y de las personas o los grupos en estos países.