UICN
Unión Mundial para la Naturaleza

Más allá del acceso: explorando la implementación del compromiso de distribución justa y equitativa en el CDB

Serie ABS No. 2

Morten Walløe Tvedt y Tomme Young

UICN Serie de Política y Derecho Ambiental No. 67/2

FRIDTJOF NANSENS INSTITUTT
FRIDTJOF NANSEN INSTITUTE

Más allá del acceso:

explorando la implementación del compromiso de distribución justa y equitativa en el CDB

Más allá del acceso:

explorando la implementación del compromiso de distribución justa y equitativa en el CDB

Morten Walløe Tvedt y Tomme Young

UICN Serie de Política y Derecho Ambiental No. 67/2

La designación de entidades geográficas y la presentación del material en este libro no implican la expresión de ninguna opinión por parte de la UICN o del Ministerio Federal Alemán de Cooperación Económica y Desarrollo (BMZ) respecto a la condición jurídica de ningún país, territorio o área, o de sus autoridades, o referente a la delimitación de sus fronteras o límites.

Los puntos de vista que se expresan en esta publicación no reflejan necesariamente los de la UICN ni los del BMZ.

Esta publicación ha sido posible gracias en parte al financiamiento del BMZ.

La UICN y el BMZ declinan cualquier error u omisión en la traducción de este documento de la versión original en inglés al español.

Publicado por:	UICN, Gland, Suiza en colaboración con el Centro de Derecho Ambiental de la UICN, Bonn, Alemania
Derechos reservados:	© 2008 Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales Se autoriza la reproducción de esta publicación con fines educativos y otros fines no comerciales sin permiso escrito previo de quien detenta los derechos de autor con tal de que se mencione la fuente. Se prohíbe reproducir esta publicación para venderla o para otros fines comerciales sin permiso escrito previo de quien detenta los derechos de autor.
Citación:	Tvedt, Morten Walløe y Tomme Young (2008). *Más allá del acceso: explorando la implementación del compromiso de distribución justa y equitativa en el CDB.* Gland, Suiza. UICN. xx + 164 pp.
ISBN:	978-2-8317-1033-4
Traducción:	Priscilla Hurtado Hernández y Ana Victoria Wo Ching
Diseño de la cubierta:	Centro de Derecho Ambiental de la UICN
Imagen de la cubierta:	Beverly Lorenc
Diagramado por:	Wolfgang Hoppe, medienwerkstatt hoppe
Producido por:	Centro de Derecho Ambiental de la UICN
Impreso por:	medienHaus Plump, 53619 Rheinbreitbach, Alemania
Disponible en:	Servicio de publicaciones de la UICN Rue Mauverney 28 1196 Gland, Suiza Tel: +41 22 999 0000; Fax: +41 22 999 0010 books@iucn.org www.iucn.org/publications

También se encuentra disponible un catálogo de las publicaciones de la UICN.

El texto de este libro fue impreso en papel Novatech 90 g/m^2 hecho de materias primas provenientes de bosques manejados en forma responsable.

Contenidos

Prólogo ix
Prefacio de la editora de la Serie xi
Acerca de la Serie xiii
Prefacio xv
Agradecimientos xvii
Acrónimos y nombres cortos de referencia xix

Capítulo 1 Introducción: mirando *más allá del acceso* 1
1.1 Asuntos que deben ser tratados *más allá del acceso* 2
1.2 Objetivo y enfoque 4

Capítulo 2 El régimen de ABS y el usuario 5
2.1 Un vistazo general: el concepto de ABS – Artículo 15 del CDB y decisiones relacionadas 6
2.2 Requisitos del CDB que se pueden aplicar *más allá del acceso* 9
2.3 Dos caras de las medidas de ABS: ¿Qué se entiende por "medidas de usuario"? 11
2.4 Terminología de usuario y proveedor: aclarando los conceptos 12
2.4.1. Partes contratantes: "usuario" y "proveedor" e "intermediario" 12
2.4.2 Comprendiendo los términos "país usuario," "país proveedor," "país de procedencia," "país de origen" 13
2.5 "Acceso" y "distribución de beneficios" – explorando un enlace entre estas obligaciones 15
2.6 Déficit conceptual de ABS 16
2.7 Obstáculos específicos para la implementación de ABS 18
2.7.1 Certeza legal 18
2.7.2 Provisiones internacionales que abordan acciones privadas de ABS 19
2.7.3 Aplicando la ley de contratos convencional a un nuevo concepto de propiedad o derechos sobre recursos 19
2.7.4 Falta de incentivos en la construcción del sistema 20
2.8 Importancia legal y política del tema de ABS 21

Capítulo 3 Cumplimiento de las Directrices de Bonn por parte del país usuario 23
3.1 Un acercamiento funcional 23
3.2 "Medidas de usuario" nacionales examinadas en este Capítulo 25
3.2.1. Países cuyas leyes han sido examinadas con mayor detalle 26
3.2.1.1 Noruega 26
3.2.1.2 Estados Unidos 27
3.2.1.3 Costa Rica 28
3.2.1.4 Brasil 28
3.2.2 Otros países con medidas específicas y procesos de interés 29
3.2.3 Otros estudios y análisis 30
3.3. Mandatos legislativos del usuario 31
3.3.1. Solicitando cumplimiento con la legislación de ABS del país de procedencia 32
3.3.1.1 Cómo se aplica el requisito a los usuarios que cumplen con la legislación de ABS 32
[a] Aplicación de la ley de contratos a las situaciones de ABS 32
[b] Medidas para ayudar a que los países de procedencia supervisen los contratos de ABS y a los usuarios 34
3.3.1.2 Usuarios que no han cumplido con los requisitos de ABS del país de procedencia 34
3.3.1.3 El papel del gobierno, como usuario y consejero de usuarios 37
3.3.1.4 Divulgación de información en solicitudes de patentes 38
3.3.2. Estándares para determinar el rendimiento 39
3.3.2.1 Identificación y aplicación de la ley del país de procedencia 40
3.3.2.2 Medidas de usuario donde no se revela el nombre del país de procedencia 41

3.3.2.3 Problemas prácticos: aplicando la ley del país de procedencia 42
[a] Descripción de los problemas básicos 42
[b] Propuestas actuales para una solución parcial – certificado de origen/fuente/procedencia legal 42
3.3.2.4 "Distribución equitativa" 43
3.3.2.5 Debido proceso de ley 43
3.3.3 Implementando los derechos de proveedores extranjeros bajo la legislación del país usuario 44
3.3.3.1 Acceso del país de procedencia a información acerca de la utilización de recursos genéticos en el país usuario 44
3.3.3.2 Divulgación de información como paso para la implementación 45
3.3.3.3 Remedios y penalidades en países usuarios 45
[a] Derechos y remedios legales 46
[b] Uso inadaptado de leyes penales existentes 48
[c] Arbitraje 48
3.3.3.4 Complicaciones adicionales – procedencia no revelada 49
3.4 Responsabilidades administrativas del usuario 49
3.5 Disposiciones prácticas para motivar el cumplimiento de las medidas de usuario 51
3.5.1 Obligatorias 51
3.5.2. Provisiones no obligatorias (medidas voluntarias y recomendaciones) 51
3.5.3 Incentivo y motivación 53
3.6. Resumen – adopción a nivel nacional de medidas de usuario bajo las Directrices de Bonn 55

Capítulo 4 Analizando los "bloques de construcción" del concepto de ABS desde la perspectiva del usuario 57
4.1 Bases políticas para los beneficios que surgen de la utilización de recursos genéticos 59
4.1.1 La naturaleza de los "recursos genéticos" 59
4.1.1.1 "Contienen unidades funcionales de la herencia" 60
4.1.1.2. "De valor actual o potencial" 62
4.1.1.3. "Recursos genéticos" en instrumentos internacionales y nacionales 62
4.1.1.4. Resumen – recursos biológicos *versus* genéticos 64
4.1.2 La naturaleza de actividades que constituyen "utilización de recursos genéticos" 65
4.1.2.1 El asunto oculto 65
4.1.2.2 Definición de "utilización de recursos genéticos" 65
4.1.2.3 Valor del concepto 66
4.1.3 La naturaleza de los "beneficios derivados" del uso de recursos genéticos 67
4.1.3.1 ¿Qué son "beneficios" a efectos del Artículo 15.7? 67
4.1.3.2 ¿De quién son los beneficios considerados? 68
4.1.3.3 ¿Cuáles beneficios derivan de la utilización de los recursos genéticos? 68
4.2 Las relaciones funcionales – los tres activadores de la distribución de beneficios 70
4.2.1 El primer activador – "recursos genéticos" como elemento funcional 70
4.2.1.1 Opción 1: "recursos genéticos" como sinónimo de "recursos biológicos" 71
4.2.1.2 Opción 2: "recursos genéticos" como "material genético" tangible 71
4.2.1.3 Opción 3: "recursos genéticos" se refiere a "información genética" intangible 72
4.2.1.4 Opción 4: "recursos genéticos" combina elementos físicos e informativos 72
4.2.1.5 En resumen: el activador recurso genético 73
4.2.2 El segundo activador: "utilización de recursos genéticos" 73
4.2.2.1 Listas o categorías de utilización de recursos genéticos 74
4.2.2.2 Recursos genéticos vegetales como una categoría particular 75
4.2.2.3 Desarrollo internacional adicional 76
4.2.2.4 Criterios descriptivos para identificar la utilización de recursos genéticos 77
4.2.3 El tercer activador: "beneficios derivados de la utilización de recursos genéticos" 78
4.2.3.1 Momento oportuno de "beneficios derivados" 78
4.2.3.2 Funcionamiento del activador de beneficios 78
4.3 Aplicando los activadores – las obligaciones del CDB de distribuir beneficios y resultados de investigación 79
4.3.1 Concordancia del país de procedencia con los términos de distribución de beneficios 80
4.3.2 Distribución de resultados de investigación 80

4.4 Identificación de un punto final para la obligación de distribución de beneficios 82
4.4.1 Culminación del contrato de ABS 82
4.4.2 Transferencias de recursos genéticos a terceros 82
4.4.3 Aplicación de las obligaciones de ABS a los "derivados" de recursos genéticos 83

Capítulo 5 Aplicando los conceptos de evaluación y equidad a los recursos genéticos 85
5.1 Estimando el valor de los "beneficios derivados" 85
5.2 Excluibilidad y el valor de los recursos genéticos 86
5.2.1 Recursos genéticos – ¿bienes excluibles o no excluibles? 87
5.2.2 Excluibilidad del elemento microfísico 89
5.2.3 Accesibilidad del elemento intangible o informativo 90
5.2.4 Patentes como medidas para convertir los recursos no excluibles en recursos excluibles 90
5.3. Enfoques para evaluar la contribución de los recursos genéticos 91
5.3.1. Uso de datos de contratos previos para calcular el valor de los recursos genéticos y la negociación de distribución de beneficios 91
5.3.2 Valoración con el método del "valor alternativo" 93
5.4. Requisitos para la justicia: distribución justa y equidad 94
5.4.1 Asuntos prácticos – legislación para asegurar la "distribución justa" 95
5.4.1.1. Determinación de una parte justa 95
5.4.1.2. "Distribuyendo" beneficios intangibles 95
5.4.1.3. Formas de pago 96
5.4.2. Principios y objetivos de equidad 98
5.4.2.1. Referencias a la equidad en el CDB y en las Directrices de Bonn 99
5.4.2.2. Principios equitativos reconocidos internacionalmente 100
[a] Contribución histórica 101
[b] Enriquecimiento injusto – *quantum meruit* 101
[c] "Manos limpias" 102
5.4.3. Implicaciones prácticas de la equidad en el ABS 102
5.5. Equidades más amplias – logro del Tercer Objetivo 103
5.5.1. Preservando la diversidad – reconocimiento de la relación entre la unicidad de un recurso genético, su ecosistema y su valor 104
5.5.2. El CDB – una obligación para hacer valer los recursos genéticos 105
5.6. Interrelación de los principios económicos, equitativos y de interés público en la legislación de ABS 106
5.6.1. Conciliando valor, equidad e interés público en el ABS comercial 106
5.6.2. ¿Cómo se pueden poner en práctica los principios de valor, equidad e interés público? 108

Capítulo 6 Medidas que pueden tomarse para que el usuario cumpla con el compromiso de las Partes del CDB 111
6.1. Obligación de parte del usuario: logrando el resultado de distribución de beneficios, no simplemente adoptando medidas 111
6.1.1. Distribución de beneficios como objetivo 111
6.1.2. Conceptos vinculante/no vinculante y voluntario/obligatorio 112
6.1.2.1. El término "legalmente vinculante" 112
6.1.2.2. Medidas "voluntarias" o no vinculantes 113
6.2. Uso de incentivos y otros factores de motivación 114
6.2.1. Eliminación de incentivos perversos 115
6.2.2 Creación de un elemento disuasivo para el no cumplimiento 115
6.2.3. Remoción de elementos disuasivos para el cumplimiento 116
6.2.4. Incentivos positivos y motivadores para el cumplimiento 116
6.3. Creación de un sistema internacional para el ABS 118
6.3.1. ¿Por qué las medidas nacionales no son suficientes por sí solas? 118
6.3.2. Pasos posibles para unificar el "régimen internacional" 119
6.3.2.1. Identificando la necesidad de mayor acuerdo internacional 119
6.3.2.2. Preguntas que se deben abordar en las negociaciones del régimen internacional 120

6.4. Implementación práctica del ABS *"más allá del acceso"* – adoptando medidas de usuario 121
6.4.1. Justificación legislativa 121
6.4.2. Objetivos legislativos 122
6.4.3. El reto legislativo desde el lado del usuario: relación con las leyes del país de procedencia 123
6.4.3.1. … cuando hay un contrato de ABS 123
6.4.3.2. … en ausencia de un contrato de ABS 124
6.4.4. Marco operativo: legislación del lado del usuario relacionada con el requisito de distribución de beneficios 125
6.4.4.1. Alcance y cobertura – términos y activadores 126
[a] Definiciones y alcance para los activadores de la obligación de distribución de beneficios 126
[b] Cobertura diferente o más estricta 126
6.4.4.2. Provisión que impone una obligación directa de distribución de beneficios 127
6.4.4.3. Medidas de supervisión en países usuarios 128
[a] Aclaración/especificación de preguntas de cobertura 129
[b] ¿Cómo funcionan los "activadores" en la práctica? 129
[c] ¿Qué se necesita? Un enfoque de categorías 130
[d] Beneficios no comerciales 131
[e] Transparencia 132
[f] Distribución de beneficios sin un contrato de ABS 133
[g] Confirmación de los datos suministrados por el usuario 134
6.5. Propuestas de medidas y herramientas de ABS aceptadas internacionalmente 135
6.5.1. Validación del país de procedencia: propuestas de certificado 135
6.5.2. Comunicación de información pertinente al usuario a los países de procedencia – divulgación del origen 137
6.5.3. Mecanismos "internacionalizados" para la distribución de beneficios 138
6.5.3.1. Fondo internacional y "pagos estándar" o sistema de impuestos 138
6.5.3.2. El Fondo bajo el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura 139
6.5.3.3 Colecciones especiales para el acceso y uso de recursos genéticos 140
6.5.4. Ventajas y desventajas de los contratos convencionales 140
6.5.5. Legislación estándar o "predeterminada" 141

Capítulo 7 Conclusiones: medidas de usuario – un elemento necesario del régimen internacional sobre ABS 143

CODA: Aún *más allá del acceso* – otras obligaciones de ABS que debe cumplir el usuario en el CBD 147
CODA 1 Promoviendo la "participación plena del país de procedencia" en la investigación científica 147
CODA 1.1 Deber de efectuar investigación 147
CODA 1.2 Establecimiento de centros y actividades de investigación en el país de procedencia 147
CODA 1.3 Creación de oportunidades 148
CODA 2 Obligaciones de transferencia de tecnología como respaldo del tercer objetivo 149
CODA 2.1 Transferencia de tecnología y la distribución de beneficios menos directos 149
CODA 2.2 Transferencia de tecnología como elemento de distribución de beneficios 150
CODA 2.3 Comparación de las obligaciones de "transferencia de tecnología" 150
CODA 3 Otras responsabilidades de los países usuarios relacionadas con el recurso genético 151

Referencias 153

Acerca de los autores 161

Prólogo

Es un placer para nosotros presentar el libro *Más allá del acceso: explorando la implementación del compromiso de distribución justa y equitativa en el CDB,* escrito por Morten Walløe Tvedt y Tomme Rosanne Young, el cual corresponde al documento No. 67/2 de la Serie de Política y Derecho Ambiental (EPLP, por sus siglas en inglés) de la UICN. Este libro representa una contribución importante al acervo de literatura sobre el ABS disponible en la actualidad y se da en un momento crítico en el proceso de desarrollo del ABS como concepto funcional y régimen internacional. La Serie de Política y Derecho Ambiental de la UICN data del año 1972 y, a lo largo de 35 años, ha mantenido un elevado estándar de investigaciones jurídicas y de resultados de calidad.

El Fridtjof Nansen Institute es reconocido por su trabajo en política y legislación internacional, ha producido diversas publicaciones sobre propiedad y distribución de beneficios en el campo de biodiversidad y recursos genéticos. Este libro está dentro de la línea de contribuciones previas proyectadas del FNI en ese campo.

La Serie ABS, de la cual es parte este libro, es la primera "subserie" dentro de la Serie de Política y Derecho Ambiental, designada de esta manera a maximizar el beneficio y la accesibilidad de estos documentos para el amplio rango de participantes que enfrentan los retos del ABS tanto a nivel nacional como internacional. Creemos que esta serie ofrece una contribución real que permitirá avances en un asunto que, hasta ahora, ha sido obstaculizado por su complejidad y por su naturaleza controversial. Solamente a través de la comprensión de estas complejidades se pueden lograr el consenso y el compromiso útil, lo cual a su vez resolverá las controversias y hará posible la existencia de un sistema funcional, que permita alcanzar el sumamente importante objetivo de equidad del Convenio de Diversidad Biológica.

Somos sinceros en la esperanza y creencia de que este libro también representa otro hito en el fomento de la colaboración entre la UICN y el Fridtjof Nansen Institute.

Dr. Alejandro Iza
Director
Centro de Derecho Ambiental, UICN

Peter Johan Schei
Director
Fridtjof Nansen Institute

Septiembre, 2007

Prefacio de la editora de la Serie

En el curso del *Proyecto ABS,* el Centro de Derecho Ambiental de la UICN ha tomado una posición central en cuanto a promover el análisis documentado y balanceado sobre los componentes críticos de los debates actuales sobre el régimen internacional de acceso a los recursos genéticos y distribución de beneficios bajo el CDB. *La Serie ABS* marca la culminación de estos esfuerzos, al permitir que reconocidos expertos lleven a cabo una amplia investigación y presenten análisis detallados, equilibrados y razonables. Funciona como un contrapunto al número cada vez mayor de autores cuyo trabajo en temas de ABS se enfoca, en ocasiones, más en activismo que en investigación. Con esta Serie, estamos tratando de utilizar una aproximación muy diferente y de lograr un objetivo muy diferente. Dicho en forma sencilla, esperamos proporcionar un entendimiento más profundo de los asuntos legales, económicos, prácticos y objetivos que afectan el debate, y construir nuestros análisis y recomendaciones a partir de investigación jurídica intensiva.

Como coautora de *Más Allá del Acceso: Explorando la Implementación del Compromiso de Distribución Justa y Equitativa en el CDB,* es poco lo que puedo o debo decir sobre el libro en este prefacio, aparte de expresar mi gratitud por la oportunidad que se me ha dado de trabajar con un excelente legalista y uno de los mejores colaboradores con quien he tenido el placer de trabajar en mis más de veinte años de investigación, análisis y redacción legal. Fue realmente un golpe de suerte para *el Proyecto ABS* el encontrar tal abogado, quien es una persona comprometida y con capacidad de abordar este complejo tema con el mayor nivel de erudición jurídica y un deseo innegable de encontrar soluciones y alternativas que puedan ayudar a promover este tema. Espero que sus ideas detalladas y juiciosas, además de sus análisis sobre este y muchos otros asuntos importantes, continúen siendo reconocidas en el futuro. Estoy muy agradecida con Peter Johan Schei, Director del Fridtjof Nansen Institute, por el aporte de su conocimiento, experiencia y perspicacia, así como por haber permitido que Morten hiciera esta importante contribución al desarrollo internacional de este tema crucial.

Este libro, y por ende todo el Proyecto ABS, tiene una gran deuda con nuestro principal patrocinador, el Ministerio Federal Alemán de Cooperación Económica y Desarrollo *(Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, o BMZ),* y especialmente con Julia Kaiser, Andrea Laux y Frank Schmiedchen – sin quienes este trabajo no hubiera podido concluirse. Muchos otros compañeros y colaboradores también se comprometieron con el proyecto en forma importante, por lo que estamos sumamente agradecidos por su apoyo.

Finalmente, quisiera expresar nuestra gratitud por el apoyo y la visión del Dr. Alejandro Iza y del Centro de Derecho Ambiental de la UICN. *El Proyecto ABS* se hizo realidad gracias tanto a los esfuerzos del Dr. Iza y a su comprensión de las dificultades en cuanto a su implementación, como a la muy generosa ayuda del personal del Centro de Derecho Ambiental, principalmente de Daniel Klein, Asesor Legal; Ann DeVoy, asistente del Proyecto; Anni Lukács, funcionaria principal de información y documentación, Andrea Lesemann, funcionaria de documentación, y Monica Pacheco-Fabig, asistente de documentación. El trabajo en conjunto de estas personas es la razón principal por la que el Proyecto pudo terminar su trabajo y que los resultados obtenidos a lo largo del proyecto hayan alcanzado el nivel de excelencia legal que se espera de la Serie de Política y Derecho Ambiental de la UICN, dentro de la cual ha sido incluida *la Serie ABS.*

Tomme Rosanne Young
Editora de la Serie y Gerente de Proyecto ABS
Septiembre, 2007

Acerca de la Serie

La Serie ABS representa una respuesta a dos realidades: primero, el tema de acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios, ABS, es controversial, además de técnica y legalmente complejo. Debido a la constante preocupación internacional sobre políticas controversiales y asuntos políticos, todo lo que se ha escrito sobre ABS se ha enfocado a posiciones políticas y activismo, aun cuando el propósito expreso de un documento particular es el de brindar "asesoría legal práctica". La ausencia de un conjunto riguroso de análisis sobre ABS ha sido parte de dicho problema de implementación. Muchos de los aportes de profesionales están caracterizados por opiniones sin fundamento o están solamente basados en menciones de las opiniones de otros expertos, referencias aleatorias o extractos de leyes e instrumentos de política tomados fuera de contexto.

Está claro para el Centro de Derecho Ambiental de la UICN que la complejidad y la polémica son problemas relacionados. En la actualidad, las posibles soluciones a las controversias internacionales que existen sobre ABS están obstaculizadas por la falta de análisis técnico creíble e imparcial de elementos y problemas ligados a su implementación nacional. Se necesitan análisis serios y profundos, no sólo sobre los pocos ejemplos que hay de ABS, sino también acerca de las opciones legales que se encuentran disponibles y la manera en que éstas funcionan. Dicho sencillamente, no se puede construir una estructura sin las herramientas apropiadas – y el hecho de tener las herramientas es irrelevante si no se tiene conocimiento sobre lo que se puede o no se puede hacer con ellas.

La segunda "realidad" enfrentada por este proyecto es el hecho de que, a pesar de las amplias negociaciones internacionales, los recursos genéticos están siendo tomados, estudiados, desarrollados y utilizados todos los días. Los países no se pueden dar el lujo de esperar a que se den negociaciones internacionales que respondan a sus preguntas, para tomar medidas. En consecuencia, es urgente que todas las partes (usuarios, países de procedencia, comunidades de procedencia y propietarios de recursos, países usuarios, investigadores, intermediarios y otros) adquieran una base para poder tomar estas medidas adecuadamente. Más importante aún, necesitan tener cierta seguridad de que esa base sea lo suficientemente robusta de manera que proteja sus derechos, incluso después de que se produzcan negociaciones internacionales que proporcionen alguna guía o asistencia para todo el tema del ABS o parte de él. Incluso cuando existan prácticas y leyes nacionales, éstas demuestran ser inadecuadas para este objetivo, en alguna medida debido a la falta de ayuda técnica, como se describe arriba.

En consecuencia, *la Serie ABS* se centra en la implementación a nivel nacional y en los problemas legales y legislativos que deben ser abordados, más que en favorecer una posición o un lado de las negociaciones internacionales. A través de este proceso, *la Serie ABS* busca crear la mejor base de información investigativa que sea posible sobre los problemas de aplicación práctica. De esta manera, no es sólo una herramienta nacional para las personas que toman las decisiones sino que también lo es para quienes las implementan. Si bien es cierto no siempre podemos estar seguros de haber sido imparciales, hemos hecho el esfuerzo de por lo menos mencionar la existencia de otras posiciones convincentes sobre los temas discutidos y de dar algunas razones por las que estas posiciones no fueron expuestas completamente.

Al tiempo que este documento se escribe, el proceso internacional para el desarrollo del régimen de ABS sigue su marcha. La intención de *la Serie ABS* no es influir en ese proceso; más bien ha sido diseñada y escrita con la esperanza de que un mayor conocimiento de las realidades del ABS permita a los negociadores perfeccionar el régimen y convertirlo en una herramienta funcional y efectiva para la conservación, la equidad y el desarrollo internacional. Como tal, creemos que los libros en esta serie continuarán siendo obras importantes de estudio y análisis profesional en los que los arquitectos e implementadores del régimen de ABS se seguirán basando aun mucho tiempo después de que las negociaciones hayan finalizado. Además, se espera que los autores de la Serie (o un equipo de expertos con calificaciones similares) se involucren en

la actualización de libros relevantes de la Serie, cuando sea el momento adecuado.

Público destinatario: Escribir para una audiencia amplia puede ser a veces un reto para los abogados; sin embargo, en *la Serie ABS,* reconocemos que nuestro público principal incluye tomadores de decisiones a nivel nacional, ONGs y otros, así como abogados y economistas. Nos hemos esforzado en presentar nuestra investigación en forma accesible, sin que ello vaya en detrimento en nuestro estándar absoluto de exactitud legal. Aunque probablemente muchos lectores quisieran un análisis del tema de ABS presentado en forma "simplificada", estilo panfleto, para responder a todas sus preguntas en unas cuantas páginas, esto no es posible – lo único simple sobre ABS es que no es simple. *La Serie ABS* proporciona síntesis de las complejidades con las que los especialistas legales deben lidiar dentro de este tema, pero al mismo tiempo procura evitar la "jerga" complicada que usan los abogados y economistas. De esta manera, sentimos que la Serie ABS proporciona tanto claridad como comprensibilidad para quien no sea abogado, a fin de que obtenga una base exhaustiva del tema de ABS a través de la lectura de estos libros. No obstante, el profesional en leyes o en ciencias económicas también encontrará en ellos recursos e información que le permitirán una comprensión más profunda sobre ABS.

El futuro: El tema de ABS sigue evolucionando. Después del comienzo del *Proyecto ABS,* el CDB se adentró en un proceso innovador para reevaluar el ABS y tratar de desarrollar las herramientas necesarias, el consenso y la comprensión (por ejemplo, un "régimen internacional de ABS" más claro y más funcional) que permitan el progreso hacia la consecución de las metas del CDB. Con esta decisión, *el Proyecto ABS* experimentó su primera evolución. Empezó como un proyecto con el objetivo de ayudar a los gobiernos nacionales a encontrar ciertos pasos positivos para permitirles cumplir con el lenguaje firme del Artículo 15 del CDB. En el año 2004, por necesidad tuvo que expandir ese enfoque – adoptando la meta de informar a todos los participantes y a las personas interesadas (a nivel nacional, regional e internacional) sobre las opciones, los instrumentos, las prácticas y los procesos que pueden hacer posible que el régimen de ABS se convierta en un mecanismo funcional para lograr el tercer objetivo del CDB. Sólo el tiempo puede decidir cuán lejos irán las negociaciones internacionales para ayudar a que el ABS se implemente y tenga respaldo. El equipo de profesionales que ha trabajado en la producción de *la Serie ABS* tiene la esperanza de que pronto se logre un resultado útil e innovador, y que todos tengamos la oportunidad de ampliar el trabajo de esta Serie y de guiar, analizar y promover los componentes del nuevo régimen que será desarrollado.

Prefacio

El tema del "acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios" bajo el Artículo 15 del Convenio sobre la Diversidad Biológica ha ofrecido, a lo largo de los últimos dieciséis años, tanto un reto como varias oportunidades. De estas, tal vez la más importante sea la oportunidad – de encontrar una forma de fomentar los objetivos globales a largo plazo de conservación, uso sostenible y bienestar social a través del uso de tecnologías, mercados e incentivos comerciales modernos. El reto, no obstante, es masivo – desarrollar y ponerse de acuerdo sobre mecanismos, metodologías y estrategias políticas específicas para concretizar este concepto amorfo, darle una realidad legal y práctica, y lo más importante, la posibilidad de alcanzar esos objetivos.

Una de las mayores áreas de desconexión en este proceso se refiere al papel del denominado "país usuario" – es decir, el país cuya jurisdicción incluye compañías y otras entidades que están usando recursos genéticos *de otro país.* En cada transacción, el país usuario tiene un papel particularmente importante en el desarrollo de medidas gubernamentales (legislativas, políticas o administrativas) coordinadas para complementar la legislación y las prácticas del "país de procedencia," como forma de asegurar, primero, que la distribución de beneficios ocurra y, segundo, que satisfaga la letra y el espíritu del Artículo 15. El alcance limitado de las "medidas de usuario" ha sido una fuente de controversia, pues mientras que algunos países miembros de OCDE han indicado que no se necesitan leyes adicionales, muchos países de procedencia y ONGs argumentan que sin medidas adicionales los sistemas de ABS no pueden funcionar como mecanismo comercial.

En este libro se pretende ofrecer una base para evaluar y elaborar estos dos puntos de vista. En él se discute:

- el papel de los países usuarios en los procesos de ABS;
- la legislación existente dirigida al usuario que está activa;
- la manera en que los principios y conceptos de ABS pueden ser interpretados y aplicados al desarrollo de la parte del usuario en el ABS; y,
- (tal vez el más importante) una variedad de recomendaciones y opciones sobre cómo las medidas destinadas al usuario pueden impulsar los objetivos de ABS, incluyendo la creación de incentivos y otras características que hagan el sistema atractivo a los usuarios mismos.

Bajo el Artículo 15.7, se requiere que todas las Partes del CDB adopten medidas de usuario – este es un principio básico subyacente en el trabajo de este libro. Al final, tales medidas son de valor significativo para el usuario y también para el país en el que el usuario opera. Las negociaciones de las Directrices de Bonn fueron fuertemente enlazadas con comentarios frecuentes y detallados acerca de lo que los usuarios necesitan y por qué los usuarios no están cumpliendo con los requisitos de ABS. Finalmente, esas directrices se enfocan abrumadoramente sobre la parte de "acceso" del ABS y preguntas sobre qué pueden o deben esperar del ABS los países de procedencia y las comunidades. En consecuencia, ignoran un factor clave: no es suficiente decir que la ley debe imponer requisitos adicionales sobre los usuarios., es esencial que todas esas medidas se integren con las leyes existentes sobre comercio e industria y con los sistemas institucionales. En particular, ha sido ignorada la cuestión del *quid pro quo* (es decir, lo que se da a cambio de lo que se recibe) al nivel transaccional.

En las negociaciones del CDB, el *quid pro quo* entre los países negociantes era claro. Nacionalmente, los países se comprometieron a facilitar el acceso a los recursos genéticos (un compromiso buscado por los países desarrollados en favor de sus sectores de investigación e industria), a cambio de que los países en vías de desarrollo estuvieran de acuerdo con este compromiso, los países desarrollados establecieron un segundo compromiso – desarrollar un mecanismo – para distribuir los beneficios de la utilización de recursos genéticos con el país de origen. En esencia,

ambos grupos recibieron un fin deseado, a cambio de comprometerse con otro no tan deseado.

En la implementación nacional, no obstante, se ha ignorado la idea de que la participación en este programa ha de rendir beneficios. Actualmente, la provisión de "acceso" no ha generado beneficios significativos para el proveedor del acceso a nivel de implementación nacional; aunque el cumplimiento de los usuarios con la distribución de beneficios es poco frecuente, en parte porque los usuarios sienten que no reciben nada de valor a cambio del cumplimiento de las normas. Mientras que los países proveedores, partes implicadas y ONGs buscan imponer requisitos, sanciones y otras medidas sobre acceso a recursos genéticos más rigurosas, los usuarios (especialmente los investigadores y otros que recolectan recursos directamente en los países en vías de desarrollo) son los más afectados por el fallo. Estas adversidades por las que atraviesan los usuarios abren la posibilidad de que se originen notorios reclamos de "biopiratería," pero también sufrimientos menos conocidos. Por ejemplo, el país proveedor puede imponer límites en los materiales que el usuario puede utilizar con confianza. Es cada vez más posible que otros usuarios expresen sus dudas sobre la procedencia de los materiales genéticos en el momento en que la investigación y los materiales estén siendo transferidos.

La expectativa de que la legislación del país de procedencia pueda brindar lo que el usuario necesita (o proteger los derechos de la fuente) parece estar fuera de lugar, dado que los acercamientos actuales a los arreglos de ABS (es decir, contratos de ABS y/o permisos de ABS), la distribución de beneficios, y los otros conceptos de implementación de ABS están basados en acciones contractuales, de propiedad y otro tipo de actos comerciales y construcciones legales. Esperar que el país de procedencia desarrolle medidas que puedan mejorar la situación del usuario es básicamente pedirle al vendedor que renuncie a muchos puntos de negociación antes de que sepa quién es el comprador, cuál propiedad se va a vender, qué tipo de venta es, cuáles son los términos de pago, etc.

Las medidas de usuario, deben tomar en cuenta medidas que aclaren la relación entre el país de procedencia/origen, el usuario y el país usuario, también pueden permitir que el país usuario se encargue de algunas de las inquietudes del usuario, y especialmente que encuentre una forma de que el cumplimiento con el ABS pueda generar un resultado positivo para los usuarios, lo que equilibrará los costos del cumplimiento (en forma de dinero, bienes, servicios y oportunidades pagadas en la distribución de beneficios, pero también en tiempo adicional, mano de obra y dinero involucrado en el cumplimiento con las normas y los requisitos del ABS).

Este volumen aborda el balance en este *quid pro quo* de usuarios y proveedores de recursos genéticos.

Morten Walløe Tvedt
y
Tomme Rosanne Young

Agosto, 2007

Agradecimientos

A través del largo proceso de elaboración de este libro, hemos recibido ayuda en diversas formas, tanto de manera sustantiva como práctica, por un amplio número de fuentes muy conocedoras y útiles. Por ello nos resulta imposible describir completamente toda esta ayuda; sin embargo, es importante reconocer y expresar nuestra gratitud al menos a aquellos quienes realizaron las contribuciones más importantes en tiempo y esfuerzo. Por consiguiente, queremos agradecer a las siguientes personas por su activa ayuda: Ann DeVoy, Asistente de Proyecto del Centro de Derecho Ambiental de la UICN, quien ha brindado un fuerte respaldo a nuestro trabajo desde el inicio, y sus colegas Anni Lukács, Monica Pacheco-Fabig, Jil Self, quienes también han dado servicios críticos rápida y amablemente; Tiina Rajamets por la corrección y otros consejos; y Daniel Klein, quien ha sido el punto focal del Proyecto desde su incorporación en el Centro de Derecho Ambiental de la UICN en agosto de 2006.

En relación con el fundamento legal y político de este libro, obtuvimos información, consejo y sugerencias de muchas fuentes. Estamos particularmente agradecidos por la revisión cruzada de expertos proporcionada por Manuel Ruiz y Fernando Casas, y por el importante aporte y comentarios de: Françoise Burhenne-Guilmin, Jorge Caillaux, Grethe H. Evjen, Ute Feit, John Herity, Sarah Hernandez, Timothy Hodges, Birthe Ivars, Olivier Jalvert, Veit Koester, Horst Korn, Ikechi Mgbeoji, Valerie Normand, Dan Ogolla, María Julia Oliva, François Pithoud, Peter Johan Schei, Sezanneh M. Seymour, Caroline Strulik y Seizo Sumida.

Acrónimos y nombres cortos de referencia

ABS	"Acceso a recursos genéticos y distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización," como se concibe bajo los artículos 1 y 15 del CDB, también conocido como "acceso y distribución de beneficios"
AHWG-ABS	Grupo de Trabajo *Ad hoc* abierto sobre ABS, bajo la CDP del CDB
Directrices de Bonn	Directrices de Bonn sobre Acceso a Recursos Genéticos y Distribución Justa y Equitativa de los Beneficios derivados de su Utilización (2002)
Protocolo de Cartagena	Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica (Nairobi, 2000)
CDB	Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río, 1992)
CDP	Conferencia de las Partes del CDB (a menos que se indique lo contrario, cuando "CDP" se usa solo, se refiere a la CDP del CDB)
ADN	Ácido desoxirribonucleico
FMAM	Fondo Mundial para el Medio Ambiente
ICG	Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore
TIRFAA	Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (Roma, 2001)
TMA	Términos Mutuamente Acordados
RDP	Reunión de las Partes
SM	Sistema Multilateral
PFN	Punto Focal Nacional
SPN	Servicio de Parques Nacionales (utilizado aquí en referencia al Servicio de Parques Nacionales de Estados Unidos)
CIP	Consentimiento informado previo
ANTM	Acuerdo Normalizado de Transferencia de Material
ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio
UPOV	Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
CMDS	Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible (Johannesburgo, 2002)
OMC	Organización Mundial del Comercio

1 Introducción: mirando *más allá del acceso*

Por más de 16 años, la comunidad internacional ha buscado crear e implementar "el acceso y la distribución de beneficios" o ABS, un mecanismo para abordar los roles de las entidades comerciales y otros desarrolladores de recursos genéticos, así como los papeles de los países y las comunidades a partir de los cuales se originaron los recursos genéticos, para promover objetivos críticos de bienestar ambiental y social. Este trabajo se formó a partir de muchos antecedentes recientes. En particular desde fines de 1980, cuando el concepto de un "patrimonio común de la humanidad" empezó a evolucionar en un modelo más complejo, hacia el reconocimiento de los derechos soberanos que los países tienen sobre sus recursos naturales vivientes e inanimados. Sin embargo, con el tiempo se admitió que los usuarios de aquellos recursos eran capaces de obtener gran valor de ellos sin dar a cambio beneficios significativos al país de procedencia. Se pensó que las actividades farmacéuticas, de modificación genética y bioquímicas producirían enormes ganancias, pero su desarrollo comercial y mercadeo se basaba en unos pocos especímenes. Como resultado, los países de origen no podían percibir ingresos de este uso a través de cosechas y ventas masivas.

La búsqueda de un sistema que pudiera proveer una distribución equitativa a los países en desarrollo en estas circunstancias, estaba enfocada y amalgamada en el ABS, dentro de las negociaciones del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB)[1], donde tenía dos propósitos. Primero, se percibía como una posible fuente de fondos adicionales, siempre necesarios para conservación. Segundo, era visto como el *quid pro quo* de la aceptación del Convenio por parte de los países en vías de desarrollo. Debido a que los países en vías de desarrollo conllevan la carga más grande en los convenios relacionados con la conservación, el componente de equidad del CDB fue diseñado para situar una obligación equilibrada en los países desarrollados. Desde 1992, los dos elementos de ABS, "acceso" y "distribución de beneficios," han sido compromisos formales de todas las Partes. Sin embargo, para la década siguiente, muchos asumieron que la legislación de los países de procedencia y "los contratos de ABS" serían suficientes para implementar estos compromisos.[2] Diez años después fue desafortunado encontrar que menos del 10% de las Partes del CDB habían adoptado legislación de ABS,[3] y que virtual-

[1] Los informes del Comité Preparatorio no se encuentran disponibles en los sitios del CDB. Para una discusión sobre el papel de los recursos genéticos como se propuso en ese momento, *ver* los Informes de las dos reuniones del Comité Intergubernamental para el CDB (ICCBD), previo a su entrada en vigor, *ver*, "Informe del Primer ICCBD" (preservado como PNUMA/CDB/CDP/1/3, disponible en línea en http://www.biodiv.org/doc/meetings/cop/cop-01/official/cop-01-03-en.pdf), en *paras* 5, 6 y 31 *et passim*, e "Informe del Segundo ICCBD" (preservado como PNUMA/CDB/CDP/1/4, disponible en línea en http://www.biodiv.org/doc/meetings/cop/cop-01/official/cop-01-04-en.pdf), especialmente en las páginas 49-58. Es útil notar que estos informes también establecen una alta prioridad en tratar los problemas y las necesidades de ABS, expresando esa prioridad en formas casi idénticas a las declaraciones más actuales de esas necesidades.

[2] *Ver*, por ejemplo, Reid *et al.*, 1993; Glowka *et al.*, 1994; Glowka, 1998. Todos estos comentaristas notaron temas confusos en el ABS, pero les parecieron obstáculos superables.

[3] El 10% de las estadísticas provienen de la Base de Datos del CDB de Medidas de ABS, en http://www.biodiv.org/programmes/socio-eco/benefit/measures.aspx. Veintinueve países y tres entidades regionales han presentado un total de 95 medidas a la base de datos, 27 de las cuales son "estrategias" u otros instrumentos no vinculantes. De las 68 medidas restantes, dos son borradores y 28 contienen autorizaciones para regular, pero no incluyen regulaciones específicas que aclaren el proceso para obtener acceso a los recursos genéticos. Los 38 instrumentos restantes provienen de una región y 19 países. Contienen medidas adoptadas, implementadas, legales o reguladoras o de otro tipo, que aplican como ley para asuntos de ABS dentro de su país. Sin embargo, algunas de éstas son controles sobre el acceso a "recursos biológicos", un concepto mucho más amplio que "recursos genéticos", como se discute en 4.1.1. *Ninguna* de ellas exige a los usuarios en su país, compartir los beneficios que surgen del uso de recursos genéticos con origen en otros países.

mente ninguna de ellas afirmó que sus acuerdos de ABS estuvieran funcionando efectivamente.[4]

En el 2003, el panorama sobre el ABS empezó a cambiar nuevamente, cuando la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible (CMDS) en Johannesburgo enfatizó que el CDB es "...el instrumento clave para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica y la distribución justa y equitativa de beneficios derivados del uso de los recursos genéticos."[5] El Plan incluía específicamente el ABS como una parte de su llamado a "una reducción significativa en la tasa actual de pérdida de diversidad biológica," llamando a los países a:

(o) Negociar, dentro del marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica, teniendo en mente las Directrices de Bonn, un régimen internacional para promover y salvaguardar la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos;[6]

Esta obligación política fue concretada por la sétima Conferencia de las Partes (CDP-7) del CDB, cuando se exigió al Grupo de Trabajo Ad Hoc abierto sobre Acceso y Distribución de Beneficios (el AHWG-ABS) –

> *...elaborar y negociar un régimen internacional sobre acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios con el objetivo de adoptar un(os) instrumento (os) para implementar efectivamente las provisiones en el Artículo 15 y en el Artículo 8(j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica y los tres objetivos del Convenio.*[7]

El inicio de las negociaciones abrió un nuevo escenario en el ABS, dando a las Partes una obligación para identificar las áreas en las cuales la toma de decisiones internacionales puede permitir un sistema funcional de ABS. De esta forma, la meta ya no era "hacer lo mejor a partir de lo que indica el Artículo 15", sino más bien, determinar de qué forma puede ser diseñado un sistema de ABS que funcione de manera efectiva.

1.1 Asuntos que deben ser tratados *más allá del acceso*

"El acceso y la distribución de beneficios" o "ABS" es, por definición, la fusión de dos conceptos, los cuales están relacionados política y (en un alcance muy limitado) legal o contractualmente. En general, se percibe que "el acceso" es primordialmente la responsabilidad del país de procedencia, de la comunidad de origen o del individuo, mientras que "la distribución de beneficios" está fundamentada en el usuario (compañía o entidad privada) que se hace legalmente efectiva por parte del país con jurisdicción sobre ese usuario.

Un elemento crítico del ABS está en su naturaleza transnacional, ya que al menos dos países están involucrados en cada transacción de ABS – un "país de proce-

---

4 La excepción a este comentario es Queensland, Australia, cuya Ley sobre Descubrimientos Biológicos es muy recomendada por su gobierno como un mecanismo efectivo. (Geoff Burton, Presentación para la *Reunión de Expertos de alto nivel: Enfrentando los Desafíos del Acceso y Distribución de Beneficios en el Contexto del Convenio sobre la Diversidad Biológica* (Tokio, 8-9 de febrero de 2007) y otras observaciones en esa reunión.) Sin embargo, al igual que todas las legislaciones sobre ABS existentes actualmente, esta Ley no incluye medidas "de usuario" como se discute en este libro. La incapacidad de cualquier país de reclamar un sistema legalmente funcional fue discutida intensivamente en el Foro de Diversidad Global 2000, en Nairobi, que precedió a la CDP-5 del CDB. Representantes gubernamentales de los países y de la región con la legislación más duradera – por ejemplo, Costa Rica (cuya legislación pionera sobre ABS fue adoptada originalmente antes del Convenio), las Filipinas (1995) y el Pacto Andino (1996) – han admitido generalmente que su legislación no opera para imponer controles obligatorios ni para facilitar la supervisión o verificación de ninguna de las partes de sus permisos de ABS. Adicionalmente, la no funcionalidad de su legislación actual se convirtió en una razón primordial subyacente bajo la convocatoria para "la negociación de un régimen internacional sobre ABS" en el Plan de Implementación de la CMDS (2002).

5 Plan de Implementación de Johannesburgo, Artículo 42.

6 Plan de Implementación de Johannesburgo, Artículo 42 (o).

7 Decisión por la CDP-7, PNUMA/CDB/CDP/7/21, VII/19 D p. 299.

dencia" (del cual se obtienen los recursos genéticos) y "un país usuario" (el cual tiene jurisdicción sobre el usuario).[8] Incluso este enunciado es una simplificación extrema, ya que los recursos genéticos involucran con frecuencia múltiples usos, intercambios y actividades – es decir, una utilización particular podría involucrar a muchos países de procedencia e incluso muchos países usuarios. El Artículo 15 no incluye ni menciona el acceso nacional a los recursos genéticos o su utilización; aunque de manera práctica, podría ser necesario para los países regular la utilización nacional (al menos en algún aspecto) para evitar vacíos y "lagunas jurídicas" en la regulación de los usuarios externos. Esto significa que existe un mínimo de dos componentes legislativos nacionales[9] para cada situación de ABS:

i. ***Medidas del país de origen***[10], incluyendo provisiones que afirman los derechos soberanos de cada país sobre los recursos genéticos y la identificación de los procedimientos y requisitos de acceso; y

ii. ***Medidas del país usuario***, mediante las cuales cada país enfrenta la responsabilidad de los usuarios bajo su jurisdicción quienes están utilizando recursos genéticos de otros países.

Sin embargo, hasta ahora aun en países con muchos usuarios, la mayoría de la legislación sobre ABS existente se enfoca en el lado de la ecuación correspondiente al proveedor, debido a que "todos los países podrían ser tanto usuarios como proveedores." No obstante, pocos países (desarrollados o en vías de desarrollo), han considerado siquiera adoptar medidas del lado del usuario. Un ímpetu tras las negociaciones actuales del "régimen internacional" fue la percepción de que los usuarios no están vinculados por el ABS cuando están fuera de la jurisdicción del país de procedencia.[11]

La orientación internacional para medidas del lado del usuario ha sido limitada hasta el momento. Hasta la fecha, con la excepción de una única cláusula secundaria – párrafo 16(d) – de entre las 152 cláusulas secundarias de las Directrices de Bonn, el trabajo internacional sobre ABS se ha enfocado predominantemente en las medidas del lado del proveedor. Los objetivos de implementación de ABS requieren que nos enfoquemos ahora sobre las medidas del lado – del usuario.

---

8 El concepto del "país usuario" no fue discutido completamente en el CDB. En consecuencia, las Directrices de Bonn no abordaron inicialmente los países usuarios, sino que más bien se enfocaron en el "usuario" individual (compañía o individuo). Sin embargo, como se adoptó finalmente, incluyen algunas referencias, utilizando terminología más clara: "Partes Contractuales con usuarios de recursos genéticos bajo su jurisdicción." En *para* 16(d).

9 Las provisiones del CDB hacen un llamado para implementar el ABS mediante la legislación nacional. Ninguna de sus provisiones está escrita en una forma que podría permitirles ser de efecto inmediato al nivel de contratos individuales, o para ser adoptadas en una ley nacional por referencia. Efectivamente, ya que los acuerdos internacionales entre los países establecen lo que los países deben hacer, usualmente no contienen provisiones en las que podría basarse un individuo o contrato. Ellas pueden ser aplicadas únicamente mediante la legislación de un país. (Está tan bien entendido en la legislación, que la mayoría de los tratados legales no lo declaran. Una fuente para revisar este punto podría ser Shany, 2003 en 29-74.) Es posible crear "convenios de efecto inmediato" – es decir, convenios que no necesiten una legislación nacional adicional, una vez que el país accede – pero estos son muy diferentes en naturaleza. En esencia, tal convenio incluiría directamente provisiones relevantes estilo código, de manera que, al convertirse en parte del convenio, un país adopta automáticamente el código contenido en la ley. (*Ver,* por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías del CNUDMI (Viena, 1980), el cual está expresado en la forma de código. La aplicación de los instrumentos de contratos internacionales de la CNUDMI se considera en Bhatti *et al.*, 2007, el cuarto libro en esta Serie.) Normalmente, los países se convierten en parte de los convenios de efecto inmediato con dificultad, debido a problemas de soberanía subyacentes. La mayoría de los legisladores y soberanos no están dispuestos a permitir a los gobiernos extranjeros (individualmente o colectivamente) dictar leyes vinculantes dentro de sus jurisdicciones. Particularmente, en el caso de los recursos naturales, debido a la regla de soberanía nacional sobre los recursos naturales, la comunidad internacional todavía no ha adoptado medidas que puedan ser "de efecto inmediato."

10 Las medidas del país de procedencia están descritas en otro libro en esta Serie – Cabrera y López, 2007.

11 Estos temas fueron discutidos con detalle en Johannesburgo, donde un elemento primordial del debate fue si el Plan de Implementación debería pedir un "régimen vinculante" o, como se decidió en última instancia, sólo solicitar negociaciones de un "régimen," dejando la interrogante sobre su naturaleza vinculante para un debate posterior.

1.2 Objetivo y enfoque

Este libro, *Más allá del acceso*, pretende analizar la aplicación del ABS a los recursos genéticos que están en manos de usuarios e investigadores fuera del país proveedor o del país de origen. Toma en consideración una amplia variedad de medidas y enfoques, a la vez que mantiene un enfoque sobre los objetivos del CDB – conservación y uso sostenible – como la razón fundamental para el desarrollo de este complejo concepto.[12] Asume que todas las Partes Contratantes continúan apoyando los objetivos y las obligaciones que aceptaron al adoptar y ratificar el CDB – enfocándose en lograr el cumplimiento del objetivo de distribución de los beneficios mediante la adopción de medidas:

> *con la meta de distribuir en una forma justa y equitativa los resultados de la investigación y el desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial, o de otro tipo, de los recursos genéticos con la Parte Contratante proveedora de tales recursos.*[13]

Basándonos en esa suposición, presentamos un análisis técnico legal que muestra y evalúa las políticas y los principios subyacentes, así como los obstáculos, las opciones y las alternativas relacionadas con las obligaciones de los usuarios y de los países usuarios, con la meta de crear un sistema de ABS equilibrado y funcional.

El Capítulo 2 discute los compromisos del ABS, enfocándose en los temas de usuario o "post acceso." El Capítulo 3 utiliza las Directrices de Bonn como marco para considerar el escaso cuerpo de medidas existentes del lado del usuario. El Capítulo 4 analiza cómo se aplican los conceptos legales a las medidas de usuario y demuestra el marco legal de las medidas de usuario que podría necesitarse para crear un sistema obligatorio de ABS; mientras que el Capítulo 5 considera los impactos económicos y sociales. Siguiendo los resultados de estos análisis, el Capítulo 6 establece las opciones, los enfoques y las recomendaciones; finalmente el Capítulo 7 ofrece observaciones definitivas.

[12] Los problemas experimentados en los primeros 16 años del CDB, demuestran claramente que el ABS no habría sido adoptado como una medida comercial sola. Por eso, debe además ser implementado *como un componente del CDB* – es decir, en una forma que contribuya a la conservación de la diversidad biológica y a su uso sostenible, mientras que promueve la equidad.

[13] Artículo 15.7, CBD.

2 El régimen de ABS y el usuario

El CDB es necesariamente el punto de partida de cualquier análisis de ABS, simplemente porque los conceptos subyacentes bajo el ABS – un derecho legal poseíble o concebible o interés en los recursos genéticos, no existían previo a las negociaciones del CDB.[14] En sentido realista, el ABS es uno de los conceptos legales más nuevos e innovadores introducidos en la legislación internacional en el último siglo. Sin embargo, como se discutirá más adelante en este capítulo, el CDB crea solamente el concepto de política – un esquema de esta nueva idea –. No provee determinaciones específicas sobre los requisitos y las interpretaciones que son necesarias para la implementación del ABS, ni ninguna explicación sobre cómo pueden ser tratadas mediante el uso de los mecanismos legales existentes y convencionales. Basado en la experiencia de otros convenios (por ejemplo, CITES) y en otros sectores, sabemos que el desarrollo legislativo nacional para crear un sistema internacional podría tomar muchos años, aun donde los conceptos se promulgan o se describen en los instrumentos internacionales relevantes de manera clara y definida. Además, no es sorprendente para los expertos legislativos que el desarrollo de la implementación de la legislación nacional en la concretización de este concepto, por completo nuevo, haya sido lento.

Algunas complicaciones adicionales surgen en virtud de la naturaleza multinacional del sistema de ABS. Parece ser necesaria alguna clase de apoyo formal (mediante documentos formales que incluyan "interpretaciones convenidas") para ayudar a que los países tomen las acciones requeridas bajo el Artículo 15, en una forma más unificada. Estas interpretaciones deben reconocer los diferentes requerimientos del país proveedor y del país usuario, así como las necesidades y los requisitos del usuario, de los proveedores individuales (si están autorizados bajo la ley nacional) y de las otras partes involucradas. En este punto, se debe notar que el "usuario" es una persona o entidad, mientras que el "país usuario" se refiere a cada país (o países) que tiene jurisdicción sobre algún usuario. Es importante no estereotipar estos términos. A menudo, "país usuario" es considerado equivalente a "país desarrollado," y "país proveedor" (referido en este libro como el "país de procedencia") se considera igual a "país en vías de desarrollo". No obstante, un número creciente de países en vías de desarrollo posee la capacidad tecnológica para la manipulación genética y la síntesis de compuestos biológicos, lo cual les permite ser "usuarios" incluso de acuerdo con la definición más técnica. De manera similar, se han documentado numerosos casos recientes que involucran la adquisición y la utilización de los recursos genéticos, tomados de un país desarrollado de procedencia.[15] De esta forma, tanto las responsabilidades del proveedor como la obligación para desarrollar y aplicar medidas de usuario, son válidas para todos los países. No solamente los países altamente desarrollados deben adoptar medidas del usuario, sino también los países en vías de desarrollo. De forma similar, los requisitos relevantes para los países como proveedores de los recursos genéticos (incluyendo cada vez más la legislación del proveedor) también son válidos tanto para los países desarrollados como para los países en vías de desarrollo.

---

[14] Las negociaciones del llamado Acuerdo INBio-Merck de 1991 son consideradas ampliamente como las predecesoras legales del ABS, pero tuvieron lugar mucho tiempo después de que las negociaciones del CDB habían catalizado las discusiones sobre el ABS y la necesidad de desarrollar un medio equitativo para tratar los intereses de los países de procedencia/en desarrollo sobre la utilización de sus recursos genéticos. *Ver* Reid *et. al.*, 1993.

[15] En 1985, una compañía Suiza patentó la polimerasa Taq, un descubrimiento notablemente valioso basado en los recursos genéticos del Parque Nacional Yellowstone en Estados Unidos (tanto la adquisición como la utilización de este recurso genético; sin embargo, sucedió mucho antes de la entrada en vigor del CDB). Hasta el día de hoy, Taq está citada por el Gobierno de Estados Unidos como una de las razones para desarrollar la legislación ABS por un país que aún no es Parte del CDB. *Ver*, ESTADOS UNIDOS: Servicio de Parques Nacionales, septiembre de 2006, *Servicewide Benefits-Sharing – Draft Environmental Impact Statement*, Departamento del Interior en: http://parkplanning.nps.gov/document.cfm?parkId=442&projectId=12515&documentID=16763. De forma similar, en 1969, un turista suizo empleado de Novartis encontró la ciclosporina A en el Parque Nacional Hardangervidda (Noruega). La ciclosporina demostró tener un compuesto activo que ayuda al cuerpo humano a no rechazar los órganos después de un transplante. *Ver*, por ejemplo, Svarstad *et al.* 2000. En ambas instancias, la compañía desarrolló más tarde un producto farmacéutico que está a la venta actualmente sin distribución de beneficios.

2.1 Un vistazo general: el concepto de ABS – Artículo 15 del CDB y decisiones relacionadas

"El acceso y la distribución de beneficios" o "ABS" es una forma abreviada para referirse a un concepto específico – "la distribución justa y equitativa de los beneficios resultantes de la utilización de los recursos genéticos, por ejemplo mediante el acceso apropiado a los recursos genéticos...".[16] Como uno de los tres objetivos primordiales del CDB,[17] ABS es más que solo un propósito general, también son el fundamento para al menos 10 compromisos específicos de las Partes del CDB, incluyendo obligaciones para

> *crear las condiciones para facilitar el acceso a los recursos genéticos para usos ambientalmente sensatos [y para] tomar medidas legislativas, administrativas o normativas... con el propósito de distribuir en una forma justa y equitativa...los beneficios derivados de la utilización comercial o de otro tipo, de los recursos genéticos con la Parte Contratante que provee tales recursos.*[18]

El ABS se centra en los "recursos genéticos" (ya sea que provengan de recursos silvestres, naturales o desarrollados por el ser humano) que podrían producir beneficios financieros u de otro tipo. Se espera principalmente que obligue a la distribución de aquellos beneficios con los países de procedencia de los recursos genéticos utilizados. Muchos puntos básicos parecen estar claros desde el inicio, en el Artículo 15:

- Cada país (o su designado) podría decidir quién tiene el derecho para obtener "acceso" a los recursos genéticos encontrados en ese país y podría establecer condiciones sobre ese derecho.

- La idea de que cada recurso genético tiene un "país de procedencia" – el país específico que proveyó originalmente esos recursos (o el material desde el cual fueron propagados) está implícita dentro del sistema.

- El ABS como se estipula en el CDB es de naturaleza estrictamente internacional y aplica solamente donde el país de procedencia de los recursos genéticos es diferente del país con jurisdicción sobre el usuario y/o sus actividades de utilización de los recursos genéticos.[19]

- Algunos describen el ABS como un sistema de transacciones individuales, en el cual se brinda "el acceso" a cambio de "la distribución de beneficios."[20] Este intercambio no está reflejado en el texto del Convenio. El único *quid pro quo* fue un nivel internacional en el momento de las negociaciones, como se describió en el Capítulo 1. Los países acordaron adoptar medidas para "facilitar el acceso" (deseado por los países desarrollados), en intercambio por los compromisos recíprocos para adoptar las medidas de distribución de beneficios (deseado por los países en vías de desarrollo).

---

16 CDB, Artículo 1. El acrónimo "ABS" es utilizado con frecuencia como un sustituto para las palabras "acceso y distribución de beneficios" y en algunas ocasiones es confundido por aquellos que no están familiarizados con el contexto de la definición, llevando a su uso inapropiado. El aspecto "distribución de beneficios" se refiere solamente a "*...la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados del uso de los recursos genéticos*."

17 Los otros dos objetivos son "conservación de la diversidad biológica" (implementado mediante las provisiones de los Artículos 8 y 9) y "el uso sostenible de sus componentes" (implementado mediante los Artículos 6, 7, y 10). *Id.*

18 CDB, Artículos 15.2 y 15.7. Otros requisitos de ABS están fundamentados en los Artículos 15, 16, 17, 19 y 20.

19 El Artículo 15 es de concepto internacional. Esto es diferente de la implementación de los otros dos objetivos primordiales, los cuales se enfocan principalmente en las actividades nacionales de las Partes Contratantes. El Artículo 15 no impone ninguna responsabilidad ni recomienda ninguna acción gubernamental, relacionada con el uso nacional de los recursos genéticos del propio país. Aunque es poco probable que el sistema de ABS pueda funcionar si los usos nacionales están exentos por completo, la selección de si se regulan o cómo se regulan, es elección soberana del país.

20 Ten Kate y Laird, 1999.

- Bajo el sistema de ABS, el concepto de "beneficios" a ser compartidos específicamente incluye usos no comerciales,[21] (entre ellos beneficios financieros, investigación y datos, tecnología, trabajos, capacidad, mejoramiento de la comunidad y otros beneficios.

El ABS es único entre los conceptos legales en muchas formas. Primero que todo, visualiza/obliga a la creación de un nuevo derecho legal específico en las propiedades genéticas de las especies que ocurren naturalmente. Ningún derecho similar ha existido nunca en ningún país como un tipo separado de interés transferible, legalmente defendible. Este derecho/interés es importante en el texto del Convenio, pero está incluido indirectamente – está contenido en las provisiones del Artículo 15, que reitera los derechos soberanos de cada país sobre estos recursos y de cierta manera indica a las Partes cómo esos derechos deberían ser gobernados y cómo su uso debería ser controlado. Llama a los países y a las partes transnacionales a aplicar provisiones contractuales y gubernamentales para comprender conceptos como "acceso a los recursos genéticos" y "utilización de recursos genéticos." En su enunciado, el Artículo 15 indica esencialmente que hay algún tipo de activo valioso tangible o intangible (conocido en legislación como una *res*), que se puede poseer, transferir, restringir o conferir y el cual puede estar legalmente vinculado a otras responsabilidades; es decir, a la distribución de beneficios.

La naturaleza específica de esa *res* todavía no ha sido acordada. Es importante tomar en consideración que un derecho legal relacionado a los recursos genéticos no puede hacerse valer o ser demostrado en las mismas formas en que los derechos de propiedad y otros intereses legales que se pueden poseer, sino que están establecidos en otras áreas. Por ejemplo, la forma más básica para establecer y hacer valer un derecho sobre propiedad tangible móvil es mediante la posesión. Sin embargo, en el contexto de ABS es evidente que muchas personas, comunidades, países o entidades, podrían poseer especímenes de una especie dada (donde cada espécimen contiene ADN y otro material genético), pero no sería posible considerar a cada persona que posee una muestra como un *dueño*; es decir, tener el derecho para decidir quién podría utilizar o patentar sus recursos genéticos. El dominio de una propiedad inmóvil tangible (por ejemplo, tierra y edificios) está legalmente establecido mediante el traspaso y/o el registro, el cual identifica la propiedad mediante un sistema claramente conocido, basado en la suposición de que solamente puede haber una cadena válida de título[22] para un derecho de propiedad particular. No obstante, los recursos genéticos no son identificables fácilmente mediante una descripción escrita, ni se puede establecer un único dueño original, de cuyo título se originen otros intereses. En contraste, los derechos intangibles en la "propiedad intelectual" están basados en el establecimiento de la identidad de un inventor y de una descripción específica de lo que se incluye bajo el derecho de propiedad intelectual. En una patente (como la mayoría de los DPI aplicables), la invención está descrita en palabras que la individualizan y la identifican. Sin embargo, en el caso de los recursos genéticos que ocurren naturalmente, no hay un único innovador y consecuentemente, tampoco existe un único dueño ni una única materia sujeto que se pueda identificar. Esto significa que los derechos de procedencia sobre sus recursos genéticos son una *res* legal, pero la naturaleza y la forma de ese derecho podría ser poco clara, cuando el mismo recurso genético es independientemente poseído/gobernado por otros también.

Al momento de la redacción de este libro, el debate sobre el ABS giraba en torno a la identificación de la naturaleza de esa *res* (la cual es denominada ya sea "recursos genéticos," "acceso a recursos genéticos," o "utilización de los recursos genéticos.") Mientras estos temas no sean definidos, constituyen serios obstáculos para el desarrollo y la aplicación de medidas de

[21] Artículo 15.2 indica que el acceso es permitido solamente para "usos ambientalmente responsables" pero no caracteriza los usos que están incluidos. Más relevante incluso, el Artículo 15.7 señala específicamente que los usuarios deben compartir "los beneficios derivados de la utilización comercial y de otro tipo, de los recursos genéticos." (énfasis adicionado.)

[22] La "cadena de título" es el registro legal de pertenencia de la propiedad mantenido en la mayoría de los países mediante registros oficiales. *Ver* Pau Pedrón, 2002.

usuario, así como para la certeza legal y la funcionalidad de medidas en los países de procedencia.[23] Hasta la fecha, algunos de los análisis más sencillos sobre este tema suponen que la *res* en las transacciones de ABS es material físico (los especímenes obtenidos directamente del país de procedencia o de otras maneras). Análisis más detallados sugieren que la *res* podría en algunas formas ser más bien un "derecho de propiedad intelectual" (es decir, el derecho para controlar la información genética contenida en las especies); y otros análisis consideran que podría ser otra clase de permiso otorgado o derecho contractual, o una combinación de los tres. Esta interrogante perdura en el corazón del desafío del ABS, lo cual se examinará con detalle en el Capítulo 4, en el contexto de los países usuarios y el desarrollo de las medidas de usuario.

La diferencia entre los recursos genéticos, como *res* y otras categorías de recursos naturales, hace difícil entender la propiedad de los recursos genéticos en los mismos términos que la de los recursos naturales. Actualmente, las interrogantes sobre los propietarios y la propiedad no están claras – ni en el Artículo 15 ni en la mayoría de las escasas leyes nacionales que han sido adoptadas para implementarlo. El CDB indica simplemente que "la autoridad que establece el acceso a los recursos genéticos descansa en los gobiernos nacionales y es tema de legislación nacional."[24] Claramente, cada país tiene la autoridad para regular el tema de la propiedad según la legislación nacional, pero dispone de poca orientación para resolver "la interrogante sobre la propiedad" en relación con los recursos genéticos. Como una consecuencia, se ha hecho muy poco para abordar esos temas legalmente.

Desde la adopción del Convenio, además de la decisión para "negociar un régimen internacional" sobre ABS (descrito en la sección 1.1), las "Directrices de Bonn"[25] han sido el trabajo internacional primordial de ABS, las cuales fueron adoptadas en el año 2002 después de dos rondas de negociaciones, en las que se expresó mucha inquietud en las últimas etapas en relación con el enfoque unilateral del borrador de las Directrices, el cual fue presentado a la última ronda de negociaciones (CDP-6), en la que se discutió únicamente sobre "países proveedores" (gobiernos) y "usuarios" (compañías, institutos de investigación y entidades),[26] sin mencionar las responsabilidades de los "países usuarios." Tampoco se refirieron a los procesos ni a los requisitos que necesitaban las medidas fuera del país de procedencia. Después de negociaciones intensivas, las Directrices finales fueron enmendadas para incluir una breve mención específica sobre las "medidas de usuario" – requisitos impuestos sobre las "Partes Contratantes con usuarios de recursos genéticos bajo su jurisdicción." Estas medidas se expresaron como asuntos que "estos países deben considerar."[27]

Con base en la experiencia de esas negociaciones y en una revisión de la función legal y legislativa de ABS en el momento en que se escribió este libro, existe una diferencia básica entre las posiciones de los países sobre una interrogante: *¿Puede el ABS funcionar como un mecanismo contractual que opera bajo la legislación comercial nacional e internacional o se necesita mayor desarrollo legal e institucional a otros niveles (incluyendo el internacional)?* A la fecha, la respuesta a esta interrogante yace en las manos de los países usuarios, sin cuyo respaldo activo, el ABS no podrá funcionar efectivamente como un sistema integrado y con certeza legal.

---

[23] La legislación del país de procedencia es discutida en muchos libros y artículos y analizada exhaustivamente en Cabrera y López, 2007, Libro 1 de esta Serie. Otros libros de esta Serie tratan otros aspectos sobre estas interrogantes. Los temas contractuales de los acuerdos de ABS entre los países de procedencia (y las comunidades o individuos de procedencia, fueron relevantes) y los usuarios son discutidos en Bhatti *et al.*, 2007; y otro trabajo sobre certeza legal se encuentra en Young *et al.*, 2007, ambos en esta Serie.

[24] Artículo 15.2. Es notable que esta provisión aplique solamente a "acceso" – la determinación de los derechos para ingresar y extraer muestras y otra información. La distribución de beneficios está vinculada por los requisitos más amplios de "equidad" (discutidos más adelante) y aparentemente no puede ser limitada por la legislación nacional.

[25] Las Directrices de Bonn fueron negociadas inicialmente por el primer AHWG-ABS-1, Bonn, del 22 al 26 de octubre de 2001. Se adoptaron formalmente por la 6ta CDP del CDB en La Haya, del 7 al 9 de abril, 2002. Los documentos de esta reunión pueden ser encontrados en línea en http://www.biodiv.org.

[26] Sobre estas entidades, las Directrices llaman a los usuarios a garantizar el cumplimiento por parte de personas a quienes les han transferido alguna parte de los recursos genéticos tomados y generalmente para distribuir los beneficios, en cuenta mediante la transferencia de tecnología, bajo el Artículo 16 del CDB. Directrices de Bonn, *para* 16.b.ix

[27] Directrices de Bonn, *para* 16.d, discutido en el Capítulo 3.

2.2 Requisitos del CDB que se pueden aplicar *más allá del acceso*

El Artículo 15.7 requiere que todos los países que tienen o podrían tener usuarios dentro de sus jurisdicciones respectivas adopten

> *"medidas legislativas, administrativas o políticas... con el propósito de distribuir en forma justa y equitativa... los beneficios derivados de la utilización comercial y de otro tipo de los recursos genéticos con la Parte Contratante proveedora de tales recursos."*[28]

A diferencia de las provisiones para el acceso que se enfocan en *procesos* legales específicos (CIP y TMA), en el Artículo 15.7 la distribución de beneficios está expresada en términos de *resultados*; indica lo que las medidas de usuario deben lograr, más que un listado de acciones específicas que van a satisfacer el requisito. El Convenio provee muchos puntos adicionales de orientación en relación con las obligaciones del usuario. De hecho, sus provisiones relacionadas con las obligaciones del usuario, exceden en número sus requisitos relacionados con el acceso. Específicamente, al ratificar el CDB, cada Parte Contratante se comprometió con las siguientes obligaciones relacionadas con el uso de los recursos genéticos:[29]

- Llevar a cabo investigación científica que involucre los recursos genéticos en el país de procedencia;[30]
- Tomar medidas con el propósito de compartir, con el país de procedencia, los resultados provenientes de la investigación y el desarrollo sobre los recursos genéticos;[31]
- Tomar medidas con el propósito de compartir los beneficios que surgen de la utilización de los recursos genéticos con el país de procedencia;[32]
- Ofrecer acceso y transferencia tecnológica al país de procedencia que hace uso de sus propios recursos genéticos (incluyendo la tecnología protegida por los derechos de propiedad intelectual);[33]
- Hacer posible una "participación efectiva" en la investigación biotecnológica por (y donde sea posible) los países en vías de desarrollo, especialmente el país de procedencia de los recursos genéticos;[34]
- "Promover y fomentar el acceso prioritario de acuerdo con bases justas y equitativas" para los países de procedencia, especialmente cuando se trate de países en vías de desarrollo, a los resultados y los beneficios derivados de biotecnologías basadas en los recursos genéticos del país de procedencia;[35]
- Proveer "apoyo financiero e incentivos con respecto a actividades nacionales que pretenden alcanzar los objetivos de este Convenio;" y [36]
- Abordar las necesidades de los países en vías de desarrollo mediante el intercambio de información, el cual "deberá incluir, donde sea factible, la repatriación de la información."[37]

---

28 Artículo 15.7 del CDB.

29 El CDB es, por supuesto, un acuerdo entre las naciones soberanas. Como tal, se discute en el apartado 1.1, no es directamente vinculante para las compañías individuales, agencias, instituciones y otros usuarios de los recursos genéticos.

30 Artículo 15.6 del CDB. Todas las provisiones en esta lista asumen que cada actividad de investigación o de desarrollo involucra recursos específicos con un país de procedencia conocido específico. De esta forma, la discusión sobre "el país proveedor de los recursos" parece referirse al país de procedencia particular del que fueron tomados los recursos particulares en uso o sus progenitores.

31 Artículo 15.7 del CDB.

32 Artículo 15.7 del CDB.

33 Artículo 16.3 del CDB.

34 Artículo 19.2 del CDB.

35 Artículo 19.2 del CDB.

36 Artículo 20.1 del CDB.

37 Artículos 17.1 y 17.2 del CDB.

Estos requisitos instan a Cada Parte Contratante a "esforzarse" para tomar las acciones enlistadas.[38] Este lenguaje de "propósito" no hace que los requisitos del Convenio (efectivamente o verdaderamente) sean voluntarios. Más bien, ante la ley crea un requisito de "buena fe" – todas las Partes Contratantes deben realizar todos los esfuerzos razonables para ejecutar estas obligaciones.[39] Si un país ha hecho este esfuerzo, pero no ha sido exitoso aún, no se considerará que haya fallado en atender sus obligaciones; sin embargo, el fracaso de un país en hacer el esfuerzo, es una trasgresión de sus obligaciones internacionales. El requisito de buena fe sugiere, que si el primer esfuerzo no es exitoso, los esfuerzos razonables deben continuar o el tema debe ser reconsiderado hasta que se encuentre una forma de cumplimiento.

En conjunto, los ítems en la lista citada anteriormente, enfatizan el alcance y la importancia de los compromisos de los países usuarios dentro del Convenio y su relación con el "gran compromiso" que dio origen al CDB. Además, la terminología de estas provisiones sugiere que son requisitos independientes y no una variedad de nuevos planteamientos de requisitos básicos de distribución de beneficios. Es decir, que se solicitará al usuario tomar todas las medidas indicadas que sean relevantes – no debe solamente proveer una distribución de "beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos", sino también compartir los resultados de investigación, la información y las nuevas tecnologías desarrolladas. El Convenio parece requerir como un componente adicional, que el país usuario haga posible la participación del país de procedencia en la investigación y desarrollo donde sea posible. Finalmente, los países desarrollados son llamados a proveer generalmente apoyo financiero e incentivos que promuevan la distribución de beneficios, como uno de los objetivos del Convenio.

La naturaleza obligatoria de estas provisiones ha sido empañada de alguna manera por las (escasas) provisiones enfocadas en el usuario por parte de las Directrices de Bonn. Específicamente, al discutir las obligaciones del país usuario, las Directrices señalan solamente que "las Partes Contratantes que posean usuarios de recursos genéticos bajo su jurisdicción, deben tomar medidas legales, administrativas o políticas apropiadas para respaldar el cumplimiento del consentimiento informado previo de la Parte Contratante proveedora de tales recursos y los términos mutuamente acordados sobre los que se garantice el acceso."[40] Esta declaración es, por supuesto, significativamente más débil y menos autoritaria que las provisiones del CDB. Las Directrices adicionalmente manifiestan que las Partes deben "considerar" una variedad de opciones posibles. Las Directrices de Bonn no son vinculantes, de acuerdo con sus términos, son solamente "recomendaciones" que no fueron propuestas o adoptadas para cambiar los requisitos del CDB. Este hecho fue (y continúa siendo) enfatizado por casi todos los países durante sus intervenciones en esa reunión y todos los foros relevantes del CDB desde ese entonces."[41]

---

[38] Artículo 15.7 (la obligación de la distribución de beneficios) no contiene ninguna de las frases limitantes que son utilizadas en otras partes del CDB, tales como "tanto como sea posible," (lo cual se encuentra en los requisitos de los artículos del CDB 5,6(b), 7(sección introductoria); 8 (sección introductoria); 9 (sección introductoria); 10 (sección introductoria); 11; 14.1 (sección introductoria)), "de acuerdo con sus condiciones y capacidades particulares," (artículos 6 (sección introductoria); y 20.1), "tomando en consideración las necesidades especiales de los países en vías de desarrollo," (Artículos 12 (sección introductoria); 17.1 del CDB), "excepto donde … puramente un asunto interno," (Art. 14.2 del CDB) o "donde sea necesario" (Art.8(b) del CDB). Todas estas formulaciones sugieren que, en algunos casos, una Parte podría no ser capaz de tomar la acción, o que la provisión particular podría no aplicar o ser necesaria en algunas situaciones o para algunas partes. Aun cuando estas palabras son utilizadas, el derecho internacional requiere que las Partes actúen de "buena fe" para intentar implementar medidas, antes de determinar que no es posible. *Ver* pie de página 39.

[39] El Convenio de Viena sobre El Derecho de los Tratados, artículos. 26 y 27 aplica el principio legal formal de *pacta sunt servanda* ("proveniente del latín de los especialistas en derecho" que significa "pactos" o promesas que serán respetadas) para todos los tratados obligatorios. Este principio se señala de manera simple en el Artículo 26: "Cada tratado en vigor es vinculante para las partes y debe ser ejecutado por ellas de buena fe." El Artículo 27 proporciona aclaración: "Una parte podría no apelar las provisiones de su legislación interna como justificación de su fallo para ejecutar un acuerdo." En general, una "responsabilidad de buena fe" requiere un claro esfuerzo; sin embargo, así que si hace y continúa realizando esfuerzos razonables que fallan en producir el cumplimiento, la Parte no trasgredirá la legislación internacional.

[40] Directrices de Bonn, Artículo 16(d).

[41] Las Directrices de Bonn fueron adoptadas por una Resolución de la CDP, más que ninguna institución o proceso plenipotenciario. Frecuentemente indican que son no vinculantes, voluntarias y no interpretativas, fueron propuestas solamente para apoyar a las Partes con la implementación de sus responsabilidades para con el Artículo 15. El número de repeticiones de "voluntariedad" es evidencia de que el documento no se habría adoptado si hubiera sido propuesto para alterar las responsabilidades y las obligaciones en el Convenio de las Partes.

2.3 Dos caras de las medidas de ABS: ¿Qué se entiende por "medidas de usuario"?

Como se menciona regularmente en los argumentos internacionales sobre el ABS, "todos los países son tanto usuarios como proveedores."[42] Sin embargo, aunque esto es cierto, no anula la necesidad de las medidas de usuario – sino más bien aclara que deberían ser adoptadas por todas las Partes, no solamente por las altamente desarrolladas. No obstante, las más complejas y potencialmente más valiosas formas de utilización de los recursos genéticos con frecuencia, tienen lugar en los países desarrollados, mientras que la mayoría de los países en vías de desarrollo, utilizan los recursos genéticos principal o exclusivamente para el desarrollo de variedades agrícolas.[43]

Claramente, el CDB reconoce dos clases de medidas, que en el pasado han sido llamadas medidas de "acceso" y medidas de "distribución de beneficios." Esta terminología no es particularmente útil. Más bien, lo que se necesita son medidas del lado del "proveedor" y medidas del lado del "usuario" (Tabla 1).

Tabla 1

Medidas del lado del proveedor	Medidas del lado del usuario
Generalmente: las medidas en nuestro país que aplican a las transacciones de ABS que involucran los recursos genéticos que tienen procedencia en nuestro país, o donde nuestro país adquirió el derecho para utilizar dichos recursos genéticos de acuerdo con el CDB.	Generalmente: medidas legislativas, administrativas o políticas que aplican a las personas o entidades bajo la jurisdicción de nuestro país, quienes están utilizando los recursos genéticos que se originaron en otro país.
Controles y supervisión del acceso legal a nuestros recursos y coordinación con requisitos sobre el manejo de ecosistemas y protección.	Requisitos e incentivos para asegurar que nuestros usuarios de los recursos genéticos foráneos cumplan con los requisitos de ABS de esos otros países.
Procedimientos para el Consentimiento Informado Previo (CIP), incluyendo cuál funcionario, agencia o grupo brinda ese consentimiento.	Mecanismos para asegurar que los proveedores de los recursos genéticos están concientes de los usos y son capaces de verificar el cumplimiento de los CIP/TMA.

continúa en la página siguiente

[42] Discusiones en las CDP del CDB 5 (Nairobi, 2000), 6 (La Haya, 2002), 7 (Kuala Lumpur, 2004) y 8 (Curitiba, 2006), CDB-AHWG-ABS 1 (Bonn, 2002) y 2 (Montreal, 2003), y en el Segundo Panel de Expertos en ABS-2 del CDB (Montreal, 2001). Basado en los registros y en los datos del Grupo Consultivo para la Investigación Agrícola Internacional (CGIAR), cada país ha estado involucrado en el uso de germoplasma de uno o más de los Centros Internacionales de Recurso Agrícola – un recurso primordial fundamental, proveedor de germoplasma de todos los países para el desarrollo de nuevas variedades vegetales en otros países. Fowler *et al.*, 2001.

[43] Casi todos los países tienen algún tipo de operaciones gubernamentales y/o privadas para el desarrollo de variedades agrícolas mediante los medios convencionales y un número creciente de países en vías de desarrollo tiene al menos alguna capacidad para aplicar técnicas genéticas de laboratorio, utilizadas para modificar variedades de cultivos para abordar condiciones y problemas localizados. *Ver*, generalmente, los informes y los análisis de Proyectos sobre Bioseguridad PNUMA - FMAM en http://www.unep.ch/biosafety/resources.htm. Información en el nivel de desarrollo de capacidad nacional de GMO no se ha comparado de acuerdo con el proyecto; no obstante, otro análisis (Hårstad *et al.*, 2005) basado en 18 evaluaciones llevadas a cabo en países menos desarrollados, notaron la existencia de laboratorios genéticos operacionales que desarrollan variedades agrícolas en Cuba, México, Guatemala, China, India, Indonesia y varios países europeos que desde entonces entraron en la Unión Europea.

Medidas del lado del proveedor	Medidas del lado del usuario
Procedimientos para determinar los Términos Mutuamente Acordados (TMA), incluyendo los requisitos relacionados tanto con el acceso como con la distribución de beneficios.	Remedios y otros procedimientos para permitir a los proveedores (individuos, comunidades y países) proteger sus derechos de ABS y hacer cumplir sus leyes de ABS contra los usuarios en nuestro país, que están trasgrediendo esas leyes.
Etc.	Etc.

Debido a que cada Parte del CDB es potencialmente un país proveedor y un "país con usuarios bajo su jurisdicción," necesitará abordar eventualmente ambas caras del tema ABS, aunque actualmente parezca más urgente que los países con un gran número de usuarios en sus jurisdicciones lo hagan. Hasta ahora, como se describe en el Capítulo 3, casi toda la legislación de ABS que ha sido adoptada consiste solamente en "medidas del lado del proveedor" y la mayoría (aunque no toda), se encuentra en los países en vías de desarrollo. Sin embargo, aun donde los países desarrollados han adoptado alguna legislación sobre el ABS, una abrumadora cantidad de estas medidas se centra en el lado del proveedor (acceso a y uso de los recursos genéticos propios del país). Cuando este libro habla sobre "medidas de usuario" o "del lado del usuario" se refiere únicamente a las medidas descritas como "medidas del lado del usuario" de la Tabla 1. Se enfoca en estas medidas como una obligación de todos los países (no es sólo para los países desarrollados).

2.4 Terminología de usuario y proveedor: aclarando los conceptos

Al igual que virtualmente todos los aspectos sobre el tema de ABS, los problemas de terminología se suman a la controversia en el área de las obligaciones del lado del usuario. La terminología de ABS no es clara, aun en relación con los términos tales como "usuario," "proveedor," "procedencia" y "origen." Sin embargo, en este libro es evidentemente necesario utilizar estos términos en formas muy específicas, reconociendo que muchas de las interrogantes sobre terminología serán resueltas mediante las negociaciones internacionales actuales, de igual forma somos conscientes de que la fecha límite de nuestra publicación nos impide esperar ese resultado. Por ello, las siguientes son las interpretaciones generales de la terminología relacionada con el uso y la provisión de los recursos genéticos que serán utilizadas en este libro.

2.4.1 Partes contratantes: "usuario" y "proveedor" e "intermediario"

En este libro utilizamos los términos "usuario" y "proveedor" sobre un principio individualizado, haciendo referencia a situaciones particulares. Sin embargo, al desarrollar estos términos se nota rápidamente que podría haber otros participantes en el proceso entre el momento de la recolección de los recursos genéticos y el momento en que son utilizados y se obtengan los beneficios. La Tabla 2 muestra cómo empleamos estos términos:

Tabla 2: Categorías/terminología de las *partes para* las transacciones de ABS, como se utiliza en este libro

Término/categoría	Descripción/definición
Usuario	Un *usuario* es un individuo, compañía, universidad, agencia, gobierno u otra entidad que está "utilizando recursos genéticos,"[44] adquiriendo los recursos genéticos con la intención de utilizarlos o producir beneficios a partir de esa utilización.
Proveedor	Un *proveedor* es quien provee esos recursos al usuario *mediante el otorgamiento del derecho legal para utilizarlos*. La naturaleza exacta del proveedor depende de la legislación nacional. En algunos países, el proveedor será cualquier individuo que pueda recolectar/vender/otorgar legalmente cualquier material biológico incluso sus recursos genéticos.[45] En otros países, los derechos sobre el material biológico son independientes de los derechos sobre los recursos genéticos localizados dentro de este material, lo cual sugiere que el gobierno es el proveedor de los recursos genéticos, incluso si un propietario individual provee el material biológico.
Intermediario	El término *intermediario* se refiere a cualquier persona que no es un proveedor, pero que está traspasando los recursos genéticos a un usuario o a otro intermediario. Un usuario que vende o que transfiere de otra forma sus materiales y/o resultados a otro usuario también podría ser un intermediario. No está claro si los intermediarios deben ser considerados como "usuarios" o "proveedores." Algunos intermediarios producen beneficios (monetarios o no monetarios), los cuales no son abarcados actualmente por el sistema de ABS.

2.4.2 Comprendiendo los términos "país usuario," "país proveedor," "país de procedencia," "país de origen"

La terminología acerca de los roles jurisdiccionales nacionales también es poco clara en las discusiones actuales. Los términos como "país proveedor," "país usuario," etc. son utilizados de manera muy diferente por muchas delegaciones y leyes nacionales distintas. El CDB contiene dos términos relacionados con país – "país de origen" y "país proveedor de los recursos genéticos." Sin embargo, parece haber cerca de cinco posibles papeles que un país podría jugar en una situación de ABS (debido a que el término "país proveedor" es utilizado por diferentes leyes y autores para dar a entender cosas diferentes – conflictivas –, este libro no utilizará ese término). En nuestro análisis, utilizamos los siguientes términos:

[44] El significado y la relevancia del concepto de "utilización de los recursos genéticos" es analizado en el Capítulo 4.

[45] *Ver* por ejemplo, AUSTRALIA: Regulaciones de la Conservación de la Biodiversidad y la Protección Ambiental 2000, § 8A.04. Este acercamiento es determinado por el enfoque general de toda la Legislación del Estado Australiano relacionada con el ABS, que no distingue entre acceso a los recursos biológicos (un concepto no tratado en el CDB) y "acceso a los recursos genéticos" bajo el Articulo 15 del CDB. De esta forma, el poseedor de la tierra de la cual es tomado un espécimen individual de un árbol o animal, tiene el derecho de controlar el acceso físico a ese espécimen. Por consiguiente, bajo la legislación australiana, esa persona también tiene el derecho para conceder el acceso (y obtener toda la distribución de beneficios relacionada a) los recursos genéticos de las especies enteras, aun cuando el usuario patenta los genes aislados de esa especie, excluyendo a los demás de la utilización u obtención de un derecho de acceso/distribución de beneficios para esa especie, en relación con los especímenes que poseen.

Tabla 3: Categorías/terminología de *los países involucrados en una transacción de ABS,* utilizadas en este libro

Término/categoría	Descripción/definición
País usuario[46]	El país con jurisdicción sobre un usuario en una transacción de ABS determinada, ya sea que tal jurisdicción se deba a la nacionalidad del usuario o a que las actividades del usuario (utilización de los recursos genéticos), estén ocurriendo dentro de la jurisdicción de ese país. *En una transacción de ABS, podría haber más de un país usuario.*
País de procedencia[47] o país fuente (en algunas legislaciones y discusiones, estos países son llamados "países proveedores")	El país en el cual los recursos genéticos en cuestión fueron tomados originalmente en condiciones *in-situ* (o si los recursos genéticos son variedades agrícolas – donde fueron desarrolladas sus propiedades únicas). En teoría al menos, ésta es una simple cuestión de hecho. Aun cuando los especímenes originales hayan muerto o desaparecido, usualmente su progenie puede ser rastreada hasta la fuente original.
País de origen[48]	Cualquier país en el que los recursos genéticos en cuestión pueden ser encontrados *in-situ*. Con frecuencia se advierte que muchas especies son encontradas *in-situ* en más de un país, dando a entender que cada una tiene, potencialmente, muchos *países de origen*. Sin embargo, si el origen es determinable, solamente uno de esos países será el *país de procedencia*. Este concepto puede también ser importante en caso de que un usuario no sepa o no divulgue el país específico que es la fuente del material genético que está utilizando.
Procedencia secundaria[49]	Un país que ha adquirido los recursos genéticos desde un país de origen "en conformidad con el Convenio," como se discute abajo.
País intermediario (en algunas legislaciones, estos países son llamados los "países proveedores")[50]	El país con jurisdicción sobre un usuario o intermediario, que está transfiriendo los recursos genéticos que fueron previamente extraídos de otro país, que es el "país de procedencia," como se definió anteriormente. Se debe señalar que el ABS exige la distribución de beneficios para un proveedor solamente cuando ese país proveedor es (i) un país de origen, o (ii) una fuente secundaria. Esto sugiere que el papel de un país intermediario podría ser el de garantizar que las responsabilidades de la distribución de beneficios se transfieran al país usuario, junto con el material.

[46] El término "país usuario" no está presente en el CDB. Las Directrices de Bonn llaman a estos "países con usuarios bajo su jurisdicción," lo cual parece ignorar el hecho indicado arriba de que "todos los países son tanto usuarios como proveedores."

[47] El término "país de procedencia" no está presente en el CDB o en las Directrices de Bonn. Sin embargo, en el CDB, el término "país proveedor de recursos genéticos" está presente para describir esta categoría. Art. 2., CDB.

[48] Art. 2., CDB.

[49] Estas dos categorías siguientes adicionales ("procedencia secundaria," y "país intermediario") parecen ser útiles cuando los países involucrados en las discusiones no son países de origen, pero están defendiendo los derechos del proveedor en la transacción.

[50] *Ver* NORUEGA: Anteproyecto de la Ley de Diversidad de la Naturaleza, en § 60.

De acuerdo con el Artículo 15.3, los derechos del "país proveedor de recursos" son aplicables solamente a un país en cada transacción de ABS. Ese país debe ser ya sea (i) el "país de origen" (donde la especie se encontró *in-situ* o donde la variedad agrícola tradicional desarrolló sus propiedades únicas[51]), o (ii) algún otro país que "adquirió los recursos genéticos de conformidad con el Convenio." Esto significa que un país que no es un país de origen pero que adquirió formalmente los recursos genéticos de acuerdo con el CDB, estaría (i) comprometido a proveer el acceso a aquellos recursos, y (ii) facultado para recibir una parte de los beneficios producto de su utilización.

Al menos en teoría, el "país de procedencia" (como se define en la taxonomía citada anteriormente) puede ser identificado realmente mediante la pregunta "¿De dónde fueron extraídos por primera vez los recursos (o sus progenitores) en condiciones *in-situ*?" En cambio, la "procedencia secundaria" (como se indica anteriormente) es una determinación legal. Por lo tanto, la pregunta es "¿El país "*ha adquirido los recursos de conformidad con el CDB*?" El CDB no explica el significado de la frase en letra itálica (la cual ha sido interpretada por algunos como una exoneración completa para cualquier espécimen biológico recolectado antes de 1992). En consecuencia, no está claro si algún país o institución adquirió los "recursos genéticos de acuerdo con el CDB" previo a 1993.

2.5 "Acceso" y "distribución de beneficios" – explorando un enlace entre estas obligaciones

Uno de los problemas conceptuales más difíciles está relacionado con las ambigüedades actuales del ABS y surge al hacer una simple pregunta – ¿Hay un enlace entre el "acceso" y la "distribución de beneficios", y si es así, cuál es ese enlace? Al igual que con prácticamente todos los aspectos del ABS, no es posible obtener una respuesta simple hasta que los conceptos básicos sobre "acceso" y "distribución de beneficios" sean aclarados.

Un problema fundamental es el término "acceso" – el cual está totalmente indefinido en el CDB. Desafortunadamente, esta palabra es utilizada (incluso por los autores de este libro) como si tuviera un significado definitivo; sin embargo, el significado que se le asigna difiere de persona a persona. Para algunos, "acceso" significa solamente el derecho para obtener muestras, lo que se asemeja a las negociaciones del Convenio, bajo las cuales los países en vías de desarrollo acordaron facilitar las aspiraciones de los investigadores para obtener muestras (otorgar acceso a sitios y el derecho para extraer muestras legalmente), y a cambio, los países desarrollados acordaron incluir el concepto de "distribución equitativa de beneficios." Bajo esta definición de "acceso," no hay un vínculo obligatorio entre el "acceso" y la "distribución de beneficios," debido a que miles de personas podrían obtener "acceso" (es decir, contarían con una autorización para recolectar muestras), pero solamente aquellas que "utilizan recursos genéticos" deben comprometerse con la distribución de los beneficios. La intersección de estos conceptos está expresada en el texto del CDB, donde las cláusulas 15.2 - 15.5 tratan el acceso, y en las 15.6 y 15.7 la distribución de beneficios.

Una segunda perspectiva es la de quienes vinculan el "acceso" con la "distribución de beneficios" asumiendo que el ABS aplica solamente a los especímenes que el usuario recolectó en su país de origen y que utilizan ahora sus recursos genéticos, dejando otras cuestiones sin abordar. Por ejemplo, cuando el material se ha adquirido de forma indirecta (a partir de recolectores, investigadores u otros usuarios) después de haber dejado el país de procedencia, esta "segunda perspectiva" reclamaría que no se ha obtenido "acceso" y por eso, no se deben otorgar beneficios a cambio. Como se analiza en el Capítulo 4, este enfoque es el origen de la mayoría de los problemas conceptuales del ABS, debido a que origina vacíos, que pueden hacer desaparecer el proceso completo de ABS.

[51] Artículos 2 (definiciones de "país de origen de los recursos genéticos," "país proveedor de los recursos genéticos" y "condiciones *in-situ*) y 15.3 del CDB, señalando que para el ABS, un país que provee los recursos genéticos debe ser un país de procedencia o uno que adquirió los *recursos genéticos* de acuerdo con el CDB (el cual comenzó a existir en 1992, y entró en vigor en 1993).

2.6 Déficit conceptual de ABS

Como se detalla y analiza en los Capítulos 3 y 4, son muchos los problemas fundamentales relacionados con la conceptualización actual del sistema de ABS. Los conceptos de ABS son nuevos en el derecho internacional, así como en las legislaciones nacionales. La singularidad de ABS, aunado a la falta de experiencia a nivel mundial en la implementación de cualquier sistema similar, ha hecho difícil desarrollar alguna consistencia dentro del "régimen" global de ABS. Por consiguiente, existe una necesidad apremiante de identificar y aclarar los temas centrales de este régimen. Uno de esos conceptos centrales es el tema del contrato o permiso de ABS – la *res* – adicional a la definición de las actividades que deben activar los mecanismos de distribución de beneficios del sistema.

Este tema se encuentra en el centro del debate sobre el vacío conceptual de ABS ya que no ha sido explicado a profundidad en *ningún* documento oficial, ni en ninguna interpretación aceptada o texto acordado, debido a que las fechas de entrega se acercaban,[52] las Partes negociadoras del CDB dejaron ésta así como muchas otras dudas de lado. Los negociadores concluyeron que la mayoría de los temas de ABS serían tratados por la legislación a nivel nacional, donde cada país hace su propio sistema y todos esos sistemas se unen horizontalmente para cubrir el mundo. Si eso hubiera sido posible en verdad, entonces el Artículo 15 habría sido necesario solamente para proporcionar una obligación normativa general.

Con base en esta suposición, entonces la orientación del Convenio es muy limitada.[53] El Artículo 15 está compuesto por siete oraciones, un total de 275 palabras (para propósitos de comparación este párrafo contiene aproximadamente 159 palabras). Si se suman cada una de las provisiones del CDB que tratan directamente sobre la distribución de beneficios o sus partes componentes (como se indica en el objetivo sobre la distribución de beneficios[54]), hay únicamente 18 oraciones en el CDB que tratan sobre el ABS. Como se indicó anteriormente, solamente unos pocos países han adoptado alguna legislación sobre ABS y muchos de ellos han adoptado solamente un único párrafo u oración (exigiendo una regulación posterior). Esta orientación insignificante, comparada con la cantidad de orientaciones e interpretaciones disponibles relacionadas con la regulación gubernamental de otros intereses comerciales valiosos (bienes raíces, propiedad móvil, derechos de propiedad intangible, derechos de propiedad intelectual, permisos otorgados legalmente, etc.), explicaría por qué el ABS todavía no es funcional legalmente.

Muchos comentaristas y negociadores se quejan de que el concepto de ABS es "deficiente" o

---

[52] El CDB fue calendarizado para ser adoptado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNU-MAD) en Río, 1992. Se ha sugerido que esta fecha límite fue una razón para la urgencia que impulsó a los negociadores a encontrar una "solución rápida" al ABS que permitiera a los países adoptar el CDB puntualmente. Como resultado, muchos asuntos se dejaron sin decidir, incluyendo los más prominentes, como las restantes controversias sobre bioseguridad (Artículo 19), ABS (Artículo 15) y el mecanismo financiero (Artículo 21). El tema de la bioseguridad fue dejado para posteriores negociaciones con plena autoridad y poder, al indicar el Convenio específicamente que "Las Partes considerarán la necesidad y las modalidades de un protocolo que establezca los procedimientos apropiados,... en el campo de la transferencia segura, la manipulación y el uso de cualquier organismo vivo modificado que resulte de la biotecnología, que pueda tener un efecto adverso sobre la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica." Artículo 19.3. Con relación al mecanismo financiero, su preocupación política primordial fue decidida mediante la adición del Artículo 39, cuando se acordó generalmente que el FMAM llenaría este papel, pero dejaba el tema todavía abierto, llamando a algunas consideraciones y reestructuraciones. Esta decisión todavía afecta a las operaciones del Convenio, como se demostró por las controversias y las negociaciones políticas subyacentes bajo la adopción, en el 2005, del Marco para la Asignación de Recursos del FMAM, y su relación con la Cuarta Reposición. En el contexto de ABS, la selección realizada por los negociadores fue asumir que el contrato nacional y los derechos de propiedad resolverían las medidas de ABS, como una forma de permitir la consumación del convenio a tiempo para (CNU-MAD). Desafortunadamente, también ignoraron a sabiendas del hecho de que no había, en ese tiempo, ninguna ley nacional que impusiera control alguno sobre la utilización de los recursos genéticos o que los definiera como un derecho o tipo de propiedad o ejerciera algún control soberano sobre ellos.

[53] Por esta razón, aun la negociación directa de acuerdos de ABS (los contratos de ABS con proveedores y países de procedencia y permisos de ABS) fue incompleta. Se reconoció la situación del acuerdo de Costa Rica/Merck, incluso por sus participantes, como una situación muy individualizada, en vez de proporcionar un modelo o estándar de práctica. *Ver*, por ejemplo, Reid, 1993. Además, específicamente dejó el tema de la "distribución de beneficios" para una determinación futura, solamente después de que los beneficios hayan surgido.

[54] Como se indicó en el Artículo 1, el objetivo de "la distribución de beneficios justa y equitativa, producidos a partir de la utilización de los recursos genéticos," incluye el "acceso a los recursos genéticos... transferencia de las tecnologías relevantes ... y el financiamiento apropiado."

"imposible." Una declaración más correcta podría ser que el concepto de ABS todavía no es conocido o no está suficientemente desarrollado como para permitir su implementación.

Durante las discusiones y negociaciones sobre ABS, se originan normalmente aspectos problemáticos, así como a partir de intentos en la implementación legislativa. Para encontrar soluciones a cualquier aspecto del régimen, se debe abordar de manera directa las fuentes principales de los problemas. Para muchos, el problema global es simplemente éste – menos del 10% de las Partes del CDB ha adoptado alguna clase de medida de ABS legislativa, administrativa o de otra clase.[55] Varios comentaristas han citado muchas razones para estas deficiencias, incluyendo las cuatro siguientes:

- *La teoría de la "complejidad"*: Los problemas prácticos y legales encontrados al intentar adoptar la legislación de ABS, han demostrado ser insuperables por los expertos nacionales legislativos/administrativos;[56] y

- *La teoría del "fallo del usuario"*: La implementación unilateral no puede ser efectiva – es decir, la legislación del país de procedencia no puede ser aplicada después de que los recursos genéticos o los usuarios hayan salido del país de procedencia. El país de procedencia no tiene jurisdicción para regular en el país usuario, ni para utilizar sus propios recursos genéticos.[57]

- *La teoría de "la falta de interés"*: Los países de procedencia han concluido que los beneficios de ABS no valen el esfuerzo de adoptar e implementar las leyes de ABS."[58]

- *La teoría del "costo"*: Los sistemas de implementación de ABS tendrán como consecuencia enormes costos y crearán incertidumbre legal principalmente para los usuarios y la industria.[59]

Aunque cada una de estas teorías son fuertemente respaldadas, también poseen una gran oposición. En apoyo a los tres primeros puntos indicados anteriormente, es notable que varios (al menos 50 y posiblemente hasta 90)[60] de los países en vías de desarrollo, hayan intentado desarrollar una legislación de ABS, pero pocos han adoptado medidas importantes del usuario o del proveedor. Sin embargo, ninguno de éstos ha decidido formalmente dejar el ABS o sus derechos de ABS, y ninguno ha anunciado que el ABS no vale la pena. Supuestamente, muchos países han indicado que las inconsistencias legales dentro del marco internacional han sido un obstáculo para desarrollar legislación de ABS funcional.[61] Muchos países parecen estar esperando las negociaciones internacionales para definir el alcance y las prácticas de ABS. Como se ha indicado en este libro, los autores perciben que hay un hecho muy evidente – imponer controles de ABS utilizando *solamente leyes del lado del proveedor* será legalmente imposible o prohibitivamente costoso.

En relación con el cuarto punto señalado, son muchos los reclamos referentes a que la documentación de ABS será prohibitivamente costosa,[62] y también se afirma que bajo las nuevas leyes de "acceso"

---

55 *Ver* pie de página 3 (Capítulo 1) anteriormente. Casi todas estas medidas tratan asuntos del lado del proveedor solamente.

56 Young, 2004, "*Options and Processes*…."; Cabrera y López, 2007; Lettington y Didery, 2007; Wynberg, 2004.

57 Tvedt, 2006; Cabrera y López, 2007.

58 Scott, P., Presentación para el Taller de Expertos Internacionales sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios, Cuernavaca (del 24 al 27 de octubre de 2005.)

59 *Ver*, por ejemplo, Finston, 2005, pp. 141–155; Wolfe y Zycher, 2005. Para algunos, esta aseveración es una indicación más adecuada sobre la posición del sector industrial (opuesta a cualquier ABS) que los enunciados más genéricos de los portavoces industriales que apoyan el ABS, pero que solamente desean verlo aplicado de manera racional. Ciertamente, no hay una única "posición de la industria," aunque la mayoría de los grupos industriales sospechan de cualquier propuesta que aumente los requisitos administrativos y el papeleo (así como una "distribución de beneficios" obligatoria) que les costará dinero.

60 Desde 1999, se ha notado con frecuencia que más de 50 países estaban en su momento produciendo legislación nacional de ABS. Muchos, si no es que todos esos autores, citan el número de 50, presente en Glowka, 1998. Sin embargo, desde esa ocasión, muchos de esos 50 países contados originalmente, han desistido en su intento, mientras que otros han tomado el desafío. Como se indicó en el pie de página 3, solamente alrededor de 32 han adoptado hasta una línea sobre el ABS.

61 Comunicaciones personales Ridwana Jooma (Sur África), Nancy Kgengenyane (Botswana), Leonard Hirsch (Estados Unidos), y otros.

62 *Ver*, por ejemplo, Wolfe y Zycher, 2005.

nacional, la aprobación administrativa y la distribución de beneficios han incrementado el tiempo y el costo de la recolección de especies y otras actividades relacionadas con la bioprospección.[63] Sin embargo, a la fecha, los análisis de "los costos de transacción" no han sido bien documentados. A menudo, se han basado en suposiciones infundadas – razonando por analogía, por ejemplo, empezando por el hecho de que una compañía particular gastó una vez una cantidad específica de dólares estadounidenses en una negociación particular, entonces se multiplica ese número por todas las compañías y productos que utilizan ingredientes naturales para llegar al costo total de ABS para las empresas. Este enfoque simplista no considera el hecho que otras compañías han gastado muy poco, o que, cuando el sistema haya sido desarrollado y unificado, la colaboración con las autoridades nacionales de ABS hará en realidad más fácil adquirir y exportar las muestras. Algunas estimaciones sobre los costos están basadas en suposiciones sobre la necesidad de nuevas formas y requisitos. Otros asumen que los DPIs se asignarán para cada una de las especies estudiadas.[64] Indiscutiblemente, muchos solicitantes han incurrido en desembolsos sustanciales, incluyendo el costo de defensa contra cuestionamientos (demandas y otros reclamos) realizados por comunidades u otros que objetan el acceso.[65] Sin embargo, también es incuestionable que las incertidumbres legales actuales y la atmósfera de desconfianza resultante, son otros factores importantes que si se solucionaran, reducirían indudablemente los costos y problemas.

2.7 Obstáculos específicos para la implementación de ABS

Cuatro categorías básicas de problemas legales/prácticos específicos recaen bajo el usuario del régimen de ABS.

2.7.1 Certeza legal

Los usuarios de los recursos genéticos (investigadores extranjeros, empresas que buscan desarrollar productos y otros) con frecuencia enfocan su posición en el problema de la "certeza legal." A pesar de que la incertidumbre existe en todos los campos de trabajo, las compañías y los individuos de países desarrollados generalmente deben tener ciertos tipos y niveles mínimos de "certeza legal" en cuanto a cualquier acción, derecho o propiedad en que vayan a invertir tiempo, dinero u otro valor. Específicamente, antes de invertir en cualquier clase de actividad de bioprospección o de otro tipo de recolección de especies, una compañía o un investigador querrá tener certeza de que posee un derecho legal claro para extraer los especímenes para estudiarlos/analizarlos y para utilizar los resultados de este análisis (incluso, en algunos casos, el derecho para comercializar un producto). De manera similar, antes de ingresar en un contrato de ABS u otro arreglo de ABS, la empresa usualmente querrá tener certeza, primero, de que el contrato final será válido y vinculante – es decir, que el firmante oficial del arreglo de ABS está autorizado para hacerlo así, y que se han satisfecho todas las leyes y las restricciones relevantes. También querrá alguna certeza de que el contrato no será cambiado, invalidado o anulado en el futuro sin razón. Hasta ahora, la pérdida de certeza legal no ha conducido a un descenso en el interés industrial, comercial y de investigación sobre el material biológico y genético.[66] La alerta de la industria en relación con sus problemas sobre el ABS debe ser vista como un indicador importante de que el sector no ha aceptado todavía el concepto de ABS; sin embargo, sugiere la necesidad de demostrar (crear) el valor de aceptar y participar en el concepto, en lugar de permitir que sea moldeado sin aportes prácticos de los usuarios.

---

63 Esto fue asegurado por un gran número de usuarios (aunque no por todos) en los recientes estudios de usuario en Europa. *Ver*, Latorre, 2005; Holm-Müller *et al.*, 2005.

64 Adicionalmente, para propósitos de discusión se han utilizado conjeturas infundadas sobre varios costos y en un posterior debate, se han citado los números resultantes como si fueran conclusiones de investigaciones. El documento primordial que aduce que el nivel de costos del sistema internacional es de un billón de dólares (Wolfe y Zycher, 2005), ha sido cuestionado ampliamente en estos puntos.

65 Young, 2005.

66 *Ver*, por ejemplo, Latorre, 2005; Holm-Müller *et al.*, 2005; y Oldam, 2005. Hasta la fecha, las aseveraciones sobre la disminución del interés industrial en recursos genéticos con poca frecuencia están respaldados por estadísticas u otra evidencia creíble e imparcial. Sin embargo, se continúan haciendo estas afirmaciones. *Ver* por ejemplo, Finston, 2005, pp. 141–155.

No obstante, la certeza legal es un "camino de dos vías." Los países de procedencia y los proveedores de los recursos genéticos también necesitan certeza – en relación con las acciones y los compromisos hechos por los usuarios. Por esto, necesitan ser capaces de depender con confianza de la "otra mitad" del sistema (leyes efectivas o aplicables que gobiernan las acciones y la distribución de beneficios del usuario, adoptadas en los países usuarios). Mucha de la complejidad y de la demanda de las leyes del lado del proveedor proviene de la percepción de que los derechos del país de procedencia no tendrán el respaldo de los países usuarios. Los elementos más restrictivos de los requisitos de acceso nacionales, pueden ser entendidos a la luz de la incertidumbre del país de procedencia sobre sus derechos sobre el lado del usuario después de que el material haya dejado el país.

Es debatible que estos temas se puedan resolver mejor mediante el desarrollo de un sistema integrado – ya sea mediante la adopción ampliamente difundida de medidas de usuario en el nivel nacional o mediante la creación e implementación de estas medidas en un régimen internacional. De cualquier forma, este sistema debe aclarar los temas clave sobre el ABS, con el fin de permitir que los países proveedores sientan confianza en la funcionalidad total. Con base en esa confianza, los países de procedencia pueden adoptar una legislación más simplificada y reducir de manera efectiva la burocracia. Esto a su vez, incrementará la certeza del usuario y disminuirá los costos relacionados al cumplimiento administrativo.

2.7.2 Provisiones internacionales que abordan acciones privadas de ABS

Bajo los principios generales de la legislación, las personas o las compañías privadas no están reguladas en forma directa por la ley internacional (es decir, por acuerdos entre los gobiernos). Más bien, están circunscritas por las leyes de los (varios) países que tienen jurisdicción sobre ellas y/o sus acciones. Hasta la CDP-7, las discusiones internacionales sobre ABS se enfocaron primordialmente en la legislación de acceso del lado del proveedor en los países en vías de desarrollo. Las Directrices de Bonn ilustran esto al enfocarse intensivamente en las medidas a tomarse en o por el "país proveedor."[67] Desde entonces, la idea generalizada se ha expandido caer en cuenta de que tal vez la legislación de acceso en los países proveedores no sea el único elemento necesario para alcanzar una distribución de beneficios justa y equitativa. El valor en la biotecnología es creado con frecuencia por los usuarios privados (incluyendo las instituciones académicas, otros estados, entidades gubernamentales, entidades paraestatales, sociedades en participación, etc.). En casi todas las transacciones, es probable que la mayor parte del trabajo sea hecho en el país usuario, particularmente en las últimas fases, cuando la actividad esté cerca de producir beneficios. Una decisión o un instrumento internacional no pueden controlar la acción de un usuario privado o una compañía, a menos que el país con jurisdicción sobre ese usuario o actividad, adopte una ley relevante que aplique esa decisión o instrumento, a personas y actividades bajo su jurisdicción.[68] Lo que la ley internacional puede hacer, es desarrollar el concepto a un nivel de claridad y de acuerdo que permitirá a los países adoptar la legislación que es mutuamente interactiva.

2.7.3 Aplicando la ley de contratos convencional a un nuevo concepto de propiedad o derechos sobre recursos

Algunos autores y negociadores han afirmado que el uso de los contratos privados y la ley de contratos es la solución para el asunto de jurisdicción transnacional.[69] Dichas opiniones parecen asumir que el ABS es solamente un tema de aplicación contractual – es decir, que las únicas "medidas de usuario" necesarias son las leyes que permiten a las partes privadas hacer contratos y aplicar derechos contractuales y que estas leyes pueden ser válidas para los arreglos de ABS sin ninguna modificación adicional.

---

67 Directrices de Bonn, Decisión CDP VI-24 del CDB. De 61 secciones, solamente la cláusula 16(d) discute las medidas de usuario.

68 Desde la adopción del Convenio, la implementación de ABS ha sido reconocida como un desafío y un problema serios. *Ver* Hendrickx *et al.*, 1993; Glowka *et al.*, 1997. Comentaristas más recientes no parecen notar la mejora. Por ejemplo, Barber (2005) describe a la implementación como un obstáculo primordial para la distribución de beneficios.

69 *Ver*, por ejemplo, Scott, 2005.

Esta suposición no posee respaldo legal. Aunque el ABS utiliza un mecanismo contractual, está empleando ese mecanismo para facilitar el logro de las obligaciones y de los objetivos de ABS, que no están considerados o respaldados por la ley de contratos. Y está aplicando ese mecanismo a un nuevo orden de derechos legales – los derechos soberanos e individuales sobre los recursos genéticos – los cuales no han sido completamente comprendidos o habilitados en ningún país. Aunque algunos aspectos de la ley de contratos son aplicados fácilmente al ABS, muchísimos conceptos y prácticas contractuales no han sido adaptados aún a esta área, especialmente la interrogante sobre lo que sucede cuando los derechos sobre los recursos genéticos son tomados o utilizados por personas quienes no han obtenido un contrato o permiso de ABS.[70]

2.7.4 Falta de incentivos en la construcción del sistema

Desde una visión práctica, la mayoría de "los recursos genéticos" se encuentran dentro del material biológico, y la mayoría del material biológico podría ser movido a través de las fronteras nacionales legalmente.[71] La falta actual de claridad en el régimen de ABS ha causado que muchas empresas e investigadores asuman que, si la muestra particular de la cual obtuvieron un recurso genético ya ha sido extraída del país de procedencia, entonces ese material podría ser utilizado sin el cumplimiento de ABS.[72]

Esta suposición (correcta o incorrecta) podría crear una situación de autocomplacencia. Una vez que tienen el espécimen o la muestra, su uso sobre esa muestra es por lo general privado y no puede ser percibido por observadores externos o por el gobierno. Como se discute en el Capítulo 3, esta falta de "observabilidad" no exime a las empresas de la necesidad de cumplir con la obligación de la distribución de beneficios, pero podría crearles un incentivo *de facto* para mantenerse en silencio sobre esto. Para tratar las actividades de un usuario privado, las medidas de usuario deben, ya sea, imponer controles (ordenamiento y control), o construir las leyes de ABS que provean un incentivo u otra motivación para el cumplimiento.

Aunque la capacidad práctica para imponer y supervisar los controles obligatorios es limitada, el sistema de ABS no ofrece muchos incentivos en la actualidad. Sin ellos, debido a que la mayor utilización de los recursos genéticos sucede en los países desarrollados, la carga del control podría recaer en los países desarrollados, junto con la culpa, si el sistema no funciona.

---

70 Los "Términos Mutuamente Acordados" en el Artículo 15.4 y 15.7 son paralelos (prácticamente idénticos) al prerequisito esencial de cualquier contrato - es decir, que las partes del contrato lleguen a un "acuerdo mutuo" (algunas veces llamando un "encuentro de mentes") en lo que se refiere exactamente a las acciones, abstenciones, condiciones, restricciones y otros elementos que están incluidos en el contrato y lo que requieren. De forma similar, "el consentimiento informado previo," como se describe en el Artículo 15.5, es comparable exactamente a otro requisito general de la ley de contratos - que indica que un convenio es válido solamente donde las partes están completamente concientes de todos los hechos relevantes y consienten comprometerse al contrato libremente. (Para un argumento general sobre los principios reconocidos internacionalmente de la ley de contratos, *ver* el CNUDMI (sin fecha), que se discute en el Libro 4 de esta Serie.) Los conceptos legales sobre CIP y TMA han sido abordados ampliamente en el contexto del ABS y en forma más general. *Ver* Swiderska, 2001, para un tratamiento excelente de estos temas y su relación con la participación pública.

71 Hay límites, por supuesto. Algunas especies se consideran peligrosas y se prohíbe su movimiento internacional. En cuanto a estos especímenes no se considera con frecuencia ilegal mantenerlos en el país usuario, una vez que han cruzado efectivamente la frontera. Adicionalmente, el movimiento internacional de especímenes de algunas especies podría ser ilegal bajo el Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (Washington DC, 1973) el cual ha sido puesto en práctica ampliamente. Algunos materiales biológicos exóticos también están prohibidos o son controlados en el país usuario (sustancias narcóticas, armas bacteriológicas, etc.). No obstante, estos controles son válidos para una pequeña fracción del número total de especies y variedades en el planeta. La mayoría de los recursos genéticos que ha sido utilizada comercialmente o que ha sido sujeto de investigación, no está listada o controlada en ninguna de estas formas. Sin embargo, en algunos casos se ha afirmado que la investigación orientada a los recursos genéticos ha afectado el estado de conservación de estas especies, sugiriendo la necesidad de una mejor coordinación entre los funcionarios que implementan el ABS y CITES. *Ver*, Mgbeoji, 2006.

72 *Ver*, por ejemplo, Henkel, Thomas, "*A Perspective from Pharmaceutical Industry*," Presentación en la Reunión de Expertos de alto nivel - Enfrentando los Desafíos del Acceso y la Distribución de Beneficios (ABS) en el Contexto del Convenio sobre la Diversidad Biológica (Tokio, del 8 al 9 de febrero de 2007) y otros comentarios en esa reunión.

2.8 Importancia legal y política del tema de ABS

El CDB fue creado como una plataforma a partir de la cual la legislación y las prácticas nacionales para la conservación y el uso sostenible podrían ser integradas para asegurar la protección de la red mundial de la vida sobre la Tierra. Reconoce que este objetivo deposita una imposición reguladora y crítica sobre los países en desarrollo, cuyo nivel de diversidad ("megadiversidad") es el más grande, *per capita* y por hectárea.[73] Para balancear esa carga, la obligación de todos los países es compartir las responsabilidades de conservación, con particular atención a la responsabilidad financiera, la cual es respaldada en forma repetida mediante provisiones vinculantes a través del CDB. La distribución de beneficios es considerada como una forma de imponer una parte de la responsabilidad del uso sostenible/conservación sobre aquellas partes privadas que obtienen beneficios de la utilización de los recursos genéticos.

Más allá de los costos de conservación y sostenibilidad, los países en vías de desarrollo llevan a cuestas una carga adicional, que puede solamente ser aliviada mediante el concepto de equidad (discutido en el Capítulo 5). Aunque las presiones para el desarrollo (incluyendo la necesidad del alivio de la pobreza, la seguridad de la subsistencia y el bienestar social) se han incrementado continuamente, las restricciones ambientales para el desarrollo se han intensificado. Esas presiones en general no estuvieron presentes durante las fases de desarrollo de Norte América y Europa, quienes se beneficiaron de sus bondades naturales en una forma que los países en vías de desarrollo modernos no lo pueden hacer.

El objetivo de equidad del Convenio surgió a partir de la inquietud de que las limitaciones ambientales posteriores, constituirían una inhibición socioeconómica para el mejoramiento de los indicadores críticos (subsistencia y bienestar) en los países cuyo desarrollo ya era una prioridad mundial crítica.[74] Esta prioridad fue destacada recientemente, mediante la adopción de los Objetivos de Desarrollo del Milenio de las Naciones Unidas.[75] Políticamente hablando, estas negociaciones demuestran un cambio de paradigma contundentemente. La agenda ambiental internacional está cada vez más controlada y dirigida por los países cuyo desarrollo y futuro socioeconómicos se ven más directamente afectados por las obligaciones ambientales. Sus decisiones podrían tener el impacto más grande sobre la conservación de la biodiversidad, dada su soberanía nacional sobre los puntos calientes de biodiversidad, especies raras y ecosistemas críticos. En términos generales, la importancia crucial del sistema de ABS podría ser una demostración de que el proceso legal internacional, es un intercambio justo por medio del cual se reconocen, negocian e implementan los temas y las inquietudes de todos los participantes, como instrumentos obligatorios.

Sin embargo, a la larga cada país debe adoptar aún la legislación necesaria. Los procesos legislativos nacionales deben concentrarse en los intereses nacionales ya que una asamblea legislativa nacional está, por definición, enfocada en las perspectivas y los deseos del electorado al que los legisladores deben rendir cuentas. Con frecuencia, para los ciudadanos nacionales y los parlamentos, el valor de la gobernanza es menos reconocido que el bienestar nacional y el costo industrial, particularmente en los países que incluyen un gran número de usuarios de los recursos genéticos. Desde el punto de vista político, podría ser difícil para los gobiernos adoptar medidas que, en esencia,

---

[73] Vale la pena recordar que el CDB aborda la conservación y la sostenibilidad de la red integrada de la vida que sustenta la tierra, en lugar de enfocarse en especies particulares que son raras, en peligro o endémicas en un territorio reducido. (Discutido en detalle en las reuniones subsecuentes de la CDP-5 del CDB y SBSTTA, relevantes para la adopción y la implementación del "Enfoque de ecosistema" (PNUMA/CDB/5/6)). Uno de sus grandes desafíos está incorporado en la necesidad de asegurar que las medidas de conservación no se centren únicamente en lo especial, debido a que este enfoque con frecuencia facilita la destrucción de especies que son compartidas por muchos países, de las que ningún país asumiría voluntariamente la responsabilidad completa de la conservación.

[74] No es una coincidencia que el CDB fuera adoptado en la segunda mayor conferencia internacional plenipotenciaria sobre el ambiente, ni que el título de esa conferencia fuera la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente y el Desarrollo.

[75] Declaración del Milenio 75, UNGA, 2000, Doc. A/55/L.2.

solicitan a sus empresas pagar dinero a otros países. Es probable que estas provisiones estén opuestas en el mismo sentido en que lo están los incrementos de los impuestos – como limitaciones a la rentabilidad y al desarrollo comercial. Éstos pueden estar más fuertemente opuestos que otros impuestos porque la cantidad valorada no es previsible o está basada en algún estándar calculable. A pesar de estas dificultades, todos los países de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) firmaron voluntariamente el CDB y todos excepto uno, lo ha ratificado desde ese entonces.[76]

Para construir el apoyo político nacional necesario para la implementación de la distribución de beneficios, se debe iniciar con una pregunta simple – *¿Qué intereses de los países usuarios son promovidos por las obligaciones de la distribución de beneficios?* A la fecha, las respuestas son limitadas:

- *General*: satisfacer los compromisos nacionales del país (operando de "buena fe");

- *Ambiental*: promover la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica, mediante un incentivo financiero ligado a los recursos genéticos.

- *Socio-ético*: promover el bienestar de los países más pobres, minimizar la pobreza y disminuir la disparidad entre los países desarrollados y aquellos en vías de desarrollo;

- *Funcional*: proteger el interés del país sobre el acceso a los recursos genéticos encontrados en otros países (el *quid pro quo*); y

- *Comercial*: posibilitar la participación completa de los sectores de investigación e industriales del país en el desarrollo de productos basados en recursos genéticos.

Mientras los primeros tres intereses son de importancia a más largo plazo, el cuarto y el quinto suministran, tal vez, los incentivos más fuertes basados en los intereses comerciales, financieros e intereses relacionados, dentro de las comunidades de usuarios nacionales.

[76] Los 29 integrantes de la OCDE que son Partes del CDB son Australia, Austria, Bélgica, Canadá, La República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Portugal, República Eslovaca, Corea del Sur, España, Suecia, Suiza, Turquía y el Reino Unido. La Comisión de la Comunidad Europea también toma parte en la agenda de la OCDE. El único integrante de la OCDE que no es una parte del CDB es los Estados Unidos de América.

3 Cumplimiento de las Directrices de Bonn por parte del país usuario

La interrogante sobre la que se orienta el resto de este libro es *¿Cuáles son las medidas necesarias para satisfacer las obligaciones del Artículo 15.7?* Estas disposiciones deben abordar más allá que la sola naturaleza de la distribución de beneficios, pues también tiene que tratar el ámbito completo de las responsabilidades del usuario necesarias para hacer el sistema funcional. Estas medidas deben ser adoptadas por todos los países que tienen o que podrían tener usuarios de los recursos genéticos bajo su jurisdicción – es decir, probablemente todos los países.[77] Este capítulo identifica la legislación y las prácticas que parecen ser necesarias para satisfacer el Artículo 15.7 mediante un sistema obligatorio. Este debate se ilustra mediante ejemplos de varios países que poseen usuarios bajo su jurisdicción.

3.1 Un acercamiento funcional

La legislación debe partir de una comprensión funcional de las actividades comerciales y físicas que serán reguladas. El flujo básico del concepto distribución de beneficios es el siguiente:

- El usuario gana o ha ganado acceso (ya sea mediante la recolección directa en un país de procedencia o en forma indirecta) a los recursos genéticos que tienen su origen en el país de procedencia. El acceso debe ocurrir solamente con el permiso ganado mediante los procesos del país de procedencia para el consentimiento informado previo (CIP) y basado en los términos mutuamente acordados (TMA) para el acceso;

- El usuario utiliza estos recursos en una forma que produce beneficios de alguna clase;

- El usuario comparte estos "beneficios que surgen de la utilización de los recursos genéticos" con el país de procedencia. Este proceso de distribución de beneficios posee dos pasos prácticos: Primero, el usuario y el país de procedencia llegan a términos mutuamente acordados (TMA) relacionados con la distribución de beneficios; y segundo, el usuario obedece estos términos.

Ninguno de estos pasos está por completo bajo la supervisión por parte del país de procedencia ni del país usuario. De esta forma, los tres pasos deben ser abordados o considerados tanto por las medidas del proveedor como por las del usuario. En muchos casos, por ejemplo, el usuario obtiene el acceso a los recursos genéticos del material que ya se encuentra afuera del país de procedencia. Puede ser obtenido a partir de una colección *ex-situ*, por ejemplo, o en la forma de los resultados de investigación genética transferidos por un intermediario (investigador u otra empresa). La aplicación del ABS a estas situaciones no ha sido aclarada aún.

De forma similar, la legislación sobre distribución de beneficios puede funcionar únicamente cuando el significado de la legislación y/o el contrato de ABS, es claro, tanto en el país de procedencia como en el país usuario. Lo anterior enfatiza nuestra afirmación previa de que bajo el Artículo 15 todos los países deben considerarse a ellos mismos tanto proveedores como

[77] Dependiendo de cómo se defina en última instancia el término "utilización de los recursos genéticos", podría incluir prácticamente a todos los países. Por ejemplo, si la "utilización de los recursos genéticos" incluye las actividades convencionales de cultivo vegetal, prácticamente todos los países serán "países usuarios" ya que la mayoría de los cultivadores de plantas utilizan variedades provenientes de todo el mundo. Esta es la fuente del desarrollo independiente del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (TIRFAA), el cual dependiendo de la forma en que se adopte, puede ser más específico que este objetivo original. Esto no suprime la necesidad de aplicar la legislación nacional de ABS al desarrollo de variedades agrícolas. *Ver* Moore y Tymowsky, 2003.

usuarios de los recursos genéticos y deben legislar de conformidad con esto.

En el lado del proveedor, como se ha descrito anteriormente,[78] se espera que los países de procedencia adopten la legislación en cinco áreas:

- medidas administrativas (puntos focales nacionales y autoridades competentes);
- los procesos de negociación mediante los cuales los contratos de ABS son aprobados, aplicando los procesos del consentimiento informado previo (CIP) y de acuerdo con los términos mutuamente acordados (TMA);
- los requisitos aplicados donde un usuario obtiene el acceso a los recursos genéticos
  - mediante la recolecta directa en ese país,
  - por medio de una colección u otra institución, o
  - a partir de otra fuente;
- la naturaleza y el alcance de los derechos otorgados al usuario – incluyendo las actividades requeridas o permitidas, comunicaciones/acontecimientos, transferencia del recurso genético, etc.; y
- de qué forma los beneficios que van a ser recibidos serán utilizados o distribuidos.

El último elemento no está mencionado en el CDB, pero con frecuencia se indica en muchos artículos y documentos no vinculantes como una obligación, incluyendo las Directrices de Bonn.[79] El Convenio reconoce el albedrío soberano de cada país con respecto a la forma en que utilizará y distribuirá los beneficios,[80] pero muchos expertos sugieren que la unión entre el ABS y conservación significa que el país usuario tiene un interés en la forma en que son distribuidos los beneficios. En legislaciones de ABS de ciertos países, algunos o todos los beneficios deben ser utilizados para la conservación; en otros, deben ser distribuidos a actores privados.[81] Las Directrices de Bonn proveen orientación adicional a la implementación de estos conceptos.

Los requisitos del Artículo 15 para las medidas del proveedor incluyen una descripción específica de las medidas particulares. En contraste, en el caso del usuario, el CDB no identifica ningún tipo específico de medidas que deberían utilizarse para implementar el lado del usuario de ABS, sino que más bien se enfoca en los resultados a ser buscados, solicitando a los países adoptar medidas

> *con la meta de distribuir en una forma justa y equitativa los resultados de la investigación y el desarrollo y los beneficios que surgen de la utilización comercial o de otro tipo de los recursos genéticos con la Parte Contratante, proveedora de tales recursos.*[82]

Las Directrices de Bonn recomiendan seis "medidas de usuario," y cuatro requisitos administrativos primordiales aplicables al usuario.[83] También incluyen unas cuantas provisiones relacionadas con otros enfoques potenciales. Esas medidas son las siguientes:

---

78 Incluyendo especialmente a Cabrera y López, 2007, Libro 1 de esta Serie.

79 *Ver* Swiderska, 2001. Directrices de Bonn, Artículo 48. El último específicamente se enfoca en cómo los beneficios deben ser distribuidos – un tema relacionado exclusivamente con el albedrío del país de procedencia: *"los beneficios deben ser distribuidos justamente y equitativamente con todos aquellos quienes han sido identificados como contribuyentes al manejo del recurso, proceso científico y/o comercial, incluyendo instituciones gubernamentales, no gubernamentales o académicas y comunidades locales e indígenas. Los beneficios se deben encausar para promover la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica."*

80 *Ver* por ejemplo, Comunidad Europea, 2003.

81 *Compare* COSTA RICA, en que un porcentaje de los beneficios se distribuye a la entidad de las áreas protegidas (por Reid *et al.*, 1993) y las provisiones similares en la propuesta de Estados Unidos, por una parte, *con* AUSTRALIA: Regulaciones sobre Protección Ambiental y Conservación de la Biodiversidad 2000,§ 8A.04, cuyo enfoque podría ser propuesto para proporcionar un incentivo para la conservación privada. La ley costarricense considera que otra distribución es parte del contrato de ABS. *Normas Generales para el Acceso a los Elementos y Recursos Genéticos y Bioquímicos de la Biodiversidad*, Artículo 7.

82 Artículo 15.7 del CDB.

83 Directrices de Bonn, en *paras* 16(d), y 13. Aunque constituyen menos de la mitad de una página de las 19 páginas de las Directrices de Bonn, estas pocas líneas podrían ser las más importantes para los países con gran número de usuarios y con el Artículo 15.7, son efectivamente la columna vertebral del marco completo de ABS.

- *Opciones para implementar las obligaciones legislativas del usuario (discutidas en 3.3)*
  - "Medidas dirigidas a prevenir el uso de los recursos genéticos obtenidos sin el consentimiento informado previo de la Parte Contratante que provee tales recursos;"
  - "Otras medidas que motivan a los usuarios a cumplir con [los términos mutuamente acordados];"[84]
  - "Cooperación entre las Partes Contratantes para abordar las infracciones alegadas a los acuerdos sobre el acceso y distribución de beneficios;"
  - "Medidas que desincentivan las prácticas de comercio injustas;"
  - "Medidas para incentivar la divulgación del país de origen de los recursos genéticos y el origen del conocimiento tradicional, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales en las solicitudes de los derechos de propiedad intelectual."[85]
- *Medidas administrativas para permitir la integración con el sistema internacional (discutido en el 3.4)*
  - "Designación de "un punto focal nacional para el acceso y la distribución de beneficios;"
  - "Mecanismos para proporcionar información a los usuarios potenciales sobre sus obligaciones relacionadas con el acceso a los recursos genéticos;"
  - "Responsabilidad de monitorear y evaluar los acuerdos sobre el acceso y distribución de los beneficios;"
  - "Responsabilidad para implementar/hacer cumplir los acuerdos sobre el acceso y distribución de beneficios."[86]
- *Un enfoque voluntario, obligatorio y permisivo (discutido en 3.5)*
  - "Certificación voluntaria para las instituciones permanentes por las reglas sobre el acceso y distribución de los beneficios" y otros requisitos legales generales (monitoreo, disputa sobre acuerdos, recursos, etc.).[87]

Antes de ir directamente a estos argumentos, la sección 3.2 describe la legislación nacional examinada para proporcionar un fundamento práctico para este análisis.

3.2 "Medidas de usuario" nacionales examinadas en este Capítulo

En un principio se tenía la expectativa de que los estudios de caso o investigaciones de análisis en este libro consideraran muchos tipos de medidas del usuario en diferentes países. Sin embargo, al final, este análisis encontró muy pocas "medidas de usuario" en la forma en que ese término es comprendido y explicado en la sección 2.3. En el estudio se propuso aprender de la experiencia actual de usuario con la legislación, pero la lección que aprendimos fue la ausencia general de tal experiencia. Debido a este resultado, la información relacionada con las medidas de usuario existentes ha abarcado a fin de cuentas solo una pequeña parte de la investigación y del análisis hechos para este libro. En lugar de casos de estudio detallados, el análisis incluye solamente los detalles y las provisiones particulares que son útiles para ilustrar los puntos clave.

84 Este párrafo se refiere en realidad, a la observancia de las Directrices de Bonn 16(b), que a su vez abordan el cumplimiento de los TMA.

85 Directrices de Bonn en 16(d)(iii), (vii), (iv), (vi) y (ii), en el orden aquí presentado.

86 Directrices de Bonn en 13, 16(d)(i), 14(c) y 14(d), en el orden aquí presentado.

87 Directrices de Bonn en 16(d)(v). Párrafos del 51 hasta el 61 también hacen declaraciones generales relacionadas con los incentivos, la rendición de cuentas, el monitoreo/elaboración de informes, la verificación, los litigios y los recursos, que son redactados en términos muy generales. Éstos son discutidos en las siguientes secciones, cuando es relevante.

A continuación se presenta una descripción breve de la legislación sobre ABS así como otros instrumentos revisados para este libro.

Nuestro exhaustivo análisis estuvo limitado a Noruega y Estados Unidos.[88] En ambos países, se intentó incluir todas las leyes relevantes sin detenerse en aquellas que fueran específicamente identificadas como "leyes de ABS."[89] En muchos otros países consideramos únicamente la legislación y los instrumentos sobre ABS. Por ejemplo, para Japón, advertimos desarrollos legales flexibles importantes. En Canadá, Australia, los Países Bajos y Estados Unidos (así como los países mencionados anteriormente), examinamos la legislación sobre ABS y otros instrumentos, que auque no cumplían con la definición de "medidas de usuario," proporcionaban comprensión sobre lo que esos países esperarían de los usuarios extranjeros, de acuerdo con sus regulaciones sobre usuarios nacionales de sus recursos genéticos.[90] También hemos identificado que un número en aumento de países desarrollados están adoptando "medidas de proveedor" relacionadas con el uso de sus propios recursos, y han intentado bosquejar algunas lecciones del usuario a partir de esto.[91]

3.2.1 Países cuyas leyes han sido examinadas con mayor detalle

Al revisar el conjunto completo de leyes nacionales en Noruega y en Estados Unidos, se evidenció que ninguno de los dos ofrece ejemplos importantes ni diferentes, por lo que analizamos la legislación nacional en estos países con mayor detalle. Adicionalmente, examinamos la legislación disponible de Brasil y Costa Rica, países que han adoptado leyes detalladas sobre el ABS. No obstante, en estos dos últimos, nuestra investigación estuvo limitada a leyes específicas que fueron presentadas mediante el CHM como "medidas de ABS." Ninguno de estos países ha adoptado en realidad "medidas del usuario" dentro del entendimiento de este libro.

3.2.1.1 Noruega

Noruega se convirtió en una Parte Contratante para el CDB en 1993 y ha sido un defensor primordial del Convenio. No es sorprendente que sea uno de los pocos países que han hecho un intento concertado para adoptar las medidas del usuario en adición a las medidas que controlan el uso de los recursos genéticos noruegos (medidas del proveedor), y ha trabajado en reducir el vacío entre los países en vías de desarrollo y los países desarrollados en el CDB, la FAO, el Consejo OMC/ADPIC y la OMPI. Noruega tiene experiencia tanto como país proveedor como de país usuario, y se ha comprometido en debates gubernamentales actuales, sobre la necesidad de una legislación específica de ABS. Estos debates han evolucionado con el tiempo, desde 1993 se percibía que la legislación noruega cumplía con las obligaciones del CDB y que no eran necesarias medidas legislativas adicionales.[92] En los 14 años subsiguientes, cinco debates legales mayores se han originado en Noruega relacionados con el CDB, dando como resultado cinco medidas específicas de las cuales dos son analizadas en forma directa en este libro:

- La implementación de la Directiva de la Unión Europea sobre Patentes en Biotecnología (CE/98/44),[93] que implementa los requisitos de divulgación de ABS en aplicaciones de patentes;[94]

---

88 Desafortunadamente, las restricciones presupuestarias crearon barreras lingüísticas, por lo que nos tuvimos que limitar a países que nos proporcionaron sus leyes (o un análisis detallado de sus leyes) en inglés, noruego, español o portugués.

89 Los casos de estudio de los autores podrían constituir un análisis incompleto, debido al gran número de leyes relevantes potenciales y al hecho de que algunos documentos e informes no se pudieron encontrar u obtener. No fue posible dentro del presupuesto de este proyecto, abordar una evaluación completa de la legislación de los 50 estados de Estados Unidos.

90 Sin embargo, el cotejo podría no ser completo y no ha sido reconocido como tal por ninguno de estos gobiernos.

91 *Ver por ejemplo* los ejemplos estadounidenses, noruegos, australianos y canadienses, discutidos a continuación.

92 St. prp. Nr. 56 1992-93.

93 Noruega es formalmente un "país asociado" a la Unión Europea (UE) y comprometido a implementar nuevas Directivas de la Unión Europea en numerosos de campos legislativos. Es integrante del Acuerdo de Libre Comercio Europeo (Islandia, Liechtenstein y Noruega).

94 *Ver* Tvedt, 2007 (próximamente).

- El primer borrador de la Ley de Diversidad de la Naturaleza,[95] que regula prácticamente todos los aspectos de la diversidad natural, incluyendo tratar con los derechos a los recursos genéticos en Noruega, y una provisión corta para una medida de usuario (un requisito general de divulgación);

- El borrador de la Ley sobre los Recursos Marinos,[96] que sugiere que los recursos genéticos marinos deben ser propiedad del Estado;

- La eliminación de una ley de protección de una variedad vegetal que fue más rigurosa de lo requerido por la UPOV-91;

- La Decisión de convertirse en un integrante formal de la Organización de Patentes Europeas,[97] que podría potencialmente crear una laguna jurídica en los requisitos de divulgación descritos anteriormente.

Las provisiones del primer anteproyecto de la Ley Noruega sobre Diversidad Natural y la Ley de Patente están referenciadas en los próximos capítulos. Aunque todavía no está en vigor, el borrador de la Ley evidencia un esfuerzo significativo por cumplir con la obligación del lado del usuario (uno de los únicos esfuerzos en el mundo), y ejemplifica los desafíos encarados por los expertos en el desarrollo de "medidas del usuario."

3.2.1.2 Estados Unidos

Los Estados Unidos firmaron el CDB en junio de 1993, pero nunca lo han ratificado. Aunque no es Parte, es un participante activo en los foros sobre políticas del CDB (CDP, SBSTTA y otras reuniones). Numerosos autores han mantenido que los Estados Unidos poseen dentro de su jurisdicción más usuarios de los recursos genéticos que ningún otro país.[98] Como tal, tienen un fuerte interés en la estructura del ABS.

Adicionalmente, Estados Unidos es un país de origen de un gran número de especies, y de esta forma, un proveedor potencial de recursos genéticos. Un análisis reciente del gobierno de Estados Unidos sobre ABS citó el descubrimiento de 1969 sobre la especie utilizada para crear la polimerasa Taq (patentada por una compañía Suiza en 1985) como una justificación para las propuestas legislativas actuales, como se mencionará a continuación. Aunque no es Parte del CDB, los Estados Unidos han designado un punto focal nacional de ABS, y ha abordado algunos análisis sobre asuntos de ABS.[99]

Los delegados de Estados Unidos en los procesos de CDB han indicado que el gobierno cree que no será necesaria una nueva legislación para satisfacer el Artículo 15.7, si Estados Unidos fuera una Parte. No se ha hecho disponible ningún informe basado en estas conclusiones. Aunque no tiene planes para adoptar medidas del usuario, Estados Unidos ha iniciado recientemente un proceso para desarrollar un programa regulador[100] que dirija los procesos para otorgar los derechos para utilizar especímenes de los parques nacionales de Estados Unidos.[101] Se ha indicado que este país considera estas medidas como principios de ABS. Esta propuesta proporciona un conocimiento útil sobre la perspectiva que tiene Estados Unidos acerca del proceso de ABS.[102] En adición a los documentos

---

95 NORUEGA: NOU 2004:28 encontrado en http://www.regjeringen.no/nb/dep/md/NOU-2004-28.html?id=388846.

96 NORUEGA: NOU 2005:10 encontrado en http://www.regjeringen.no/Rpub/NOU/20052005/010/PDFS/NOU200520050010000DDDPDFS.pdf.

97 Junio de 2007.

98 *Ver*, por ejemplo, Vogel, J., "*Reflecting Financial and other Incentives of the TMOIFGR: The Biodiversity Cartel*," Capítulo 3, en Ruiz y Lapeña, 2007, Libro 3 de esta Serie.

99 Estados Unidos no está obligado específicamente por los compromisos hechos por todas las Partes Contratantes del CDB ya que no es una Parte; no obstante, ha hecho algunos esfuerzos serios para cumplir con ellos, incluyendo la identificación y el monitoreo según el Artículo 7, y ha presentado un informe temático nacional (Un Informe Voluntario sobre Implementación del Programa Extendido de Trabajo sobre Bosques, fechado Feb. 2004 en http://www.biodiv.org/doc/world/us/us-nr-vfe-en.pdf).

100 Esta propuesta se encuentra aún en un estado preliminar (revisión del impacto ambiental). *Ver*, Servicio de Parques Nacionales de ESTADOS UNIDOS, setiembre de 2006, *Servicewide Benefits-Sharing – Draft Environmental Impact Statement*, Departamento del Interior, en http://parkplanning.nps.gov/document.cfm?parkId=442&projectId=12515&documentID=16763.

101 Este término incluye todas las unidades bajo el Servicio de Parques Nacionales, si son llamados "parque nacional" u otra designación dada.

102 Los autores están agradecidos por la información proporcionada por el Sr. Sezannah M. Seymour, el Punto Focal de ABS de Estados Unidos, quien brindó este material sobre los desarrollos e informes actuales, incluyendo el informe sobre el SPN.

relacionados con este proceso, el estudio actual revisó los siguientes instrumentos que se han reportado como las bases principales de las medidas de usuario en Estados Unidos en la actualidad: La Ley Lacey,[103] la Ley Nacional de Propiedad Robada (NSPA, por sus siglas en inglés),[104] Acta de Transferencia Tecnológica Nacional de 1986 (FTTA, por sus siglas en inglés).[105] Estos instrumentos han sido identificados por algunos comentaristas oficiales como medidas que son suficientes para abordar el Artículo 15.7.[106]

Dos programas en Estados Unidos que abordan de manera más directa los materiales relacionados a ABS, se enfocan únicamente en los grupos o los sectores particulares más pequeños. De estos, la relevancia legislativa más directa es el trabajo de los Institutos Nacionales de Salud, que han impuesto prácticas y requisitos específicos para la distribución de beneficios, a socios y proyectos financiados, como una condición de financiamiento.[107] El otro programa con un enfoque similar (pero que no se refiere al ABS) son los procesos de investigación del Instituto Nacional del Cáncer.[108]

3.2.1.3 Costa Rica

Costa Rica es percibida fundamentalmente como "un país proveedor." Es decir, el país asume que sus recursos genéticos son utilizados tanto por usuarios nacionales como extranjeros, pero que los usuarios nacionales de Costa Rica no utilizan los recursos genéticos de ningún otro país.[109] Destaca como uno de los primeros países en adoptar un sistema institucional y legislativo para el acceso y la distribución de beneficios, y en la aplicación del "lado del proveedor" de este sistema – también ha adoptado formalmente algunas medidas de usuario que son aplicables solamente a usuarios nacionales (costarricenses) de los recursos de Costa Rica. El gobierno de Costa Rica ha reconocido formalmente que el sistema de ABS no es funcional aún, debido a problemas relacionados con la aplicación de ABS "más allá del acceso."[110] Este libro considera los tres instrumentos costarricenses principales: su legislación sobre biodiversidad nacional, sus regulaciones de ABS (*Normas Generales para el Acceso a los Elementos y Recursos Genéticos y Bioquímicas de la Biodiversidad*);[111] y su estrategia de biodiversidad nacional (Estrategia Nacional de Biodiversidad).[112]

3.2.1.4 Brasil

Brasil ha sido típicamente considerado como un país proveedor, pero está desarrollando activamente industrias y compañías nacionales basadas en la utilización de los recursos genéticos y biológicos nacionales. Su legislación de ABS es muy exhaustiva y aborda un

---

[103] Oficialmente conocido como "La Enmienda a la Ley Lacey de 1981" (reemplazando la Ley Lacey original), promulgada como Pub. L. 97-79, Sec. 3, Nov. 16, 1981 (última enmienda 2003), codificada en el Código de Estados Unidos en 16 USC §§ 3371-3378.

[104] Incluido en el Código de los Estados Unidos (legislación federal) como 18 U.S. Código §§ 2314 y 2315. La Ley Nacional de Propiedad Robada fue promulgada en 1949 y ha sido corregida siete veces desde su adopción original.

[105] Acta de Transferencia Tecnológica Nacional de 1986, promulgada el 20 octubre de 1986 como Ley Pública Nº 99-502, codificada en el Código vigente de Estados Unidos como 15 Código EU 2781, 3701 y 3710 y en otro sitio.

[106] Estos documentos fueron identificados de esta forma en las presentaciones y en las comunicaciones personales de Leonard Hirsch, (Instituto Smithsoniano), delegado de los Estados Unidos para el CDB, quien afirmó que Estados Unidos ha determinado que son suficientes para satisfacer el Artículo 15.7. Los autores no han sido capaces de encontrar algún documento público de Estados Unidos que confirme esta conclusión. Sus comunicaciones también identificaron la "Ley de Secreto Comercial," sin embargo, esta relevancia de la ley de ABS no fue clara en esta revisión.

[107] El programa de los Institutos Nacionales de la Salud se describe en numerosas publicaciones, incluyendo Rosenthal *et al.*, 1999; Rosenthal, 1996.

[108] Discutido en detalle en Bhatti *et al.*, 2007, el cuarto libro de esta Serie.

[109] Esta información fue proporcionada por INBio, en octubre de 2006, pero únicamente se refiere a usos no convencionales de las especies naturales. Los investigadores costarricenses en agricultura también están comprometidos en el desarrollo de variedades vegetales utilizando variedades provenientes de colecciones internacionales. *Ver*, por ejemplo, Moore y Tymowsky, 2005. Un análisis más profundo del estado actual del marco legal e institucional costarricense está disponible en el Libro 1 de esta Serie. Cabrera y López, 2007.

[110] COSTA RICA: *Estrategia*…, en 2.4: "El conocimiento en estas áreas temáticas es escaso y la capacidad para rastrear los permisos de ABS es limitada. La aplicación práctica de ABS bajo la legislación que ha creado el marco institucional, todavía está en desarrollo." Traducción informal para propósitos de este libro solamente, por T. Young.

[111] COSTA RICA: Decreto No. 31 514, 2003, promulgado en aplicación de lo dispuesto para la Ley Orgánica del Ambiente (N° 7554 de 4 de octubre de 1995) §§ 46-47; y la Ley de Biodiversidad (N° 7788 del 30 de abril de 1998), § 62.

[112] COSTA RICA: Estrategia…, 1999. Accesada vía la base de datos de las medidas de ABS del ACH.

amplio rango de actividades, aplicable a usuarios nacionales de la diversidad biológica brasileña. Hemos examinado solamente la Ley Provisional de Brasil que pone en práctica el CDB.[113]

3.2.2 Otros países con medidas específicas y procesos de interés

Además de estos países, que han sido investigados a profundidad, este estudio ha examinado la información disponible sobre ABS en otros países, e identificado muchos otros instrumentos de las provisiones de interés, incluyendo las siguientes:

- *Japón*: El Ministerio de Economía, Comercio e Industria de Japón en conjunto con la Asociación de Bioindustria Japonesa, ha desarrollado las *Directrices para el Acceso a los Recursos Genéticos para Usuarios en Japón*,[114] las cuales son de interés como uno de los pocos esfuerzos formales de cualquier país para abordar las obligaciones de los usuarios bajo su jurisdicción. Asimismo, como se discutió anteriormente, contiene uno de los únicos ejemplos existentes de una medida de usuario orientada hacia incentivos;

- *Australia*: Legislación australiana, incluyendo la ley de la Mancomunidad (federal) sobre ABS,[115] el Acta de Biodescubrimiento de Queensland.[116] Ambos se enfocan en el "lado del proveedor," y no abordan las responsabilidades de los usuarios australianos para distribuir beneficios cuando utilizan los recursos genéticos provenientes de otros países, ni estipulan los derechos de los países de procedencia en los tribunales y agencias australianas. No obstante, estas medidas del proveedor brindan una indicación clara sobre la perspectiva legal de Australia relacionada con las responsabilidades y los derechos de los usuarios nacionales de los propios recursos genéticos de Australia y esta percepción podría ser aplicada a los usuarios australianos de los recursos genéticos extranjeros. En lo que respecta a esto, estas provisiones son relevantes a este estudio.[117]

- *Los Países Bajos*: El documento normativo de los Países Bajos sobre recursos genéticos denominado *Fuentes de Existencia: Conservación y el Uso Sostenible de la Diversidad Genética,*[118] también proporcionó algunos conocimientos útiles sobre la perspectiva de un país que tiene jurisdicción sobre un gran número de usuarios de los recursos genéticos (especialmente en el sector de las semillas).

- *Canadá*: Canadá está actualmente comprometido con el desarrollo de medidas del proveedor de ABS. Ha publicado (incluyendo a través del CHM), una descripción de política nacional sobre ABS.[119] A pesar de que no abordan la mayoría de los aspectos del "usuario," estas provisiones podrían brindar una comprensión de la forma en que el usuario se percibe legalmente.

---

[113] BRAZIL: Ley Provisional Nº 2, 186-16, que pone en práctica los Artículos del CDB 1, 8j, 10c, 15 y 16, Ley No 2,186-16, (23 de agosto de 2001). Muchos otros instrumentos estuvieron disponibles en la base de datos del CDB, pero solamente en portugués, de forma que los autores se sintieron incómodos utilizándolos para análisis específicos.

[114] JAPÓN: METI/JBA, 2006, Directrices para el Acceso a los Recursos Genéticos para Usuarios en Japón, Ministerio de Economía, Comercio e Industria de Japón y la Asociación de Bioindustria Japonesa (adoptada en marzo de 2005, publicada en inglés en 2006) disponible en línea en inglés en http://www.mabs.jp/information/oshirase/pdf/iden_tebiki_e.pdf.

[115] AUSTRALIA: Regulaciones sobre la Protección Ambiental y Conservación, 2000. Reglas estatutarias 2000 Nº 181, como fueron modificadas (tomando en cuenta correcciones hasta SLI 2006 Nº 131). Los temas de ABS son tratados principalmente en las Partes 8A y 17, pero también son afectadas críticamente por las Partes 9 y 10, que abordan las áreas protegidas y las especies y la forma en que los recursos dentro de ellas pueden ser utilizados.

[116] AUSTRALIA: Acta de Biodescubrimiento de Queensland, Ley Nº 19, 24 de agosto de 2004; y otros documentos disponibles en la base de datos sobre medidas de ABS del CDB hasta marzo de 2007.

[117] También fueron analizados una diversidad de documentos no legislativos obtenidos a través del CDB, pero no contenían información sobre "medidas del usuario" de la forma en que se utiliza ese término en este libro.

[118] PAÍSES BAJOS: La Secretaría del Estado de Agricultura, (sin fecha), Manejo de la Naturaleza y Pesca, Fuentes de Existencia: Conservación y Uso Sostenible de la Diversidad Genética, disponible en línea en el sitio en Internet del punto focal de ABS de los Países Bajos en http://www.absfocalpoint.nl/documents/note_on_biodiversity_Complete.pdf.

[119] Principios Orientadores y Características de las Políticas de ABS en Canadá (sin fecha) obtenido del CHM.

- *Comisión Europea*: Para lograr integralidad, también revisamos los documentos elementales de la UE, los cuales asumen implícitamente que el ABS es un asunto sobre la ley y contratos del país de procedencia, que requiere menos de los países usuarios. Adicionalmente, para considerar los temas del proveedor dentro de la UE (acceso de los recursos genéticos europeos), se enfoca en ayudar a los países en desarrollo a elaborar sus marcos de ABS.[120] Su argumento sobre el "usuario" se concentra básicamente en la divulgación del origen en las solicitudes de patentes.[121] Aunque el ABS no se menciona, los documentos y las estrategias sobre la Transferencia de Tecnología de la UE[122] han sido identificados como mecanismos potenciales para la distribución de beneficios. La CE también ha sugerido la posible aplicabilidad de un sistema de certificación de ABS.[123]

Los autores han revisado toda la legislación sobre ABS proveniente de todo el mundo, que ha sido incluida en "la base de datos de medidas ABS" en el CDB en línea. Aunque muchos de estos son esfuerzos legislativos detallados, ninguno aborda directa o indirectamente la obligación del Artículo 15.7 de los usuarios bajo la jurisdicción del país en cuanto a la distribución de beneficios con países de procedencia o proveedores extranjeros. Por consiguiente, no se discuten en este capítulo con detalle.

3.2.3 Otros estudios y análisis

Este estudio se complementa con datos obtenidos de países que han cumplido con el requisito para las Partes del CDB y el Secretariato para "obtener información... y emprender análisis posteriores relacionados con... las prácticas y las tendencias existentes relacionadas con usos comerciales u otros de los recursos genéticos y la generación de beneficios."[124] A partir de este proceso, identificamos cuatro estudios clave que abordan ese requisito – un estudio excelente desarrollado por el gobierno de Alemania, relacionado con el uso de los recursos genéticos por parte de las empresas alemanas,[125] y estudios posteriores emprendidos por el Reino Unido[126] y Bélgica.[127] A pesar de estar basados en pocas muestras y respuestas relativamente,[128] sus resultados brindaron una clase de información enormentente necesitada dentro de las discusiones sobre el ABS – información del usuario. No obstante, por definición, estos estudios están limitados a aquellas empresas dispuestas a responder, lo que restringe el potencial para extraer conclusiones generales a partir de estas.

---

120 *Ver* generalmente, COMISIÓN EUROPEA: Unión Europea, 2002, así como los informes nacionales sobre ABS proporcionados por los otros Estados Integrantes de la Unión Europea: AUSTRIA, ESTONIA y POLONIA.

121 COMISIÓN EUROPEA: Directiva de la Unión Europea sobre Patentes en Biotecnología (CE/98/44); "Comunicación de la Comisión para el Parlamento Europeo y el Consejo, la implementación por la CE de las "Directrices de Bonn" sobre el acceso a los recursos genéticos y la distribución de beneficios de acuerdo al Convenio sobre la Diversidad Biológica," COM(2003) 821 final, Bruselas, 23.12.2003; y la Regulación CE (CE) No 761/2001 que posibilita la participación voluntaria por parte de las organizaciones en un esquema de Comunidad Eco-Manejada y de Auditoría (EMAS).

122 Estos incluyen el "Programa de Innovación y PYMES (pequeñas y medianas empresas)," el "Acuerdo de Asociación entre los Estados de África, el Caribe y el Pacífico (ACP), y la Comunidad Europea y sus Estados miembros (Acuerdo de Cotonou) y su Compendio sobre Estrategias de Cooperación," indicado en la CE, 2002. Ninguno de estos documentos menciona de forma específica el ABS o es aplicable al ABS en su formato actual.

123 Aunque ninguna legislación ha abordado estos temas, han sido discutidos prominentemente en el informe principal de la CE sobre ABS. CE, 2003, en 9 y 22.

124 Decisión del CDB CDP VII-19.

125 Holm-Müller *et al.*, 2005.

126 Latorre, 2005.

127 Dedeurwaerdare, 2006.

128 La encuesta del estudio alemán fue distribuida a una lista de 597 usuarios, recibiendo 136 respuestas (23%); el estudio británico fue distribuido a 600 usuarios, recibiendo 127 respuestas (21%); el estudio belga fue distribuido a 400 organizaciones (ponderadas a favor del sector público), recibiendo solamente 57 respuestas (14%). Los tres estudios registraron diferencias significativas entre los 10 sectores muestreados, pero tuvieron que basar estas conclusiones en un número tan bajo como cuatro entrevistados para un sector específico (posiblemente menos en Bélgica, donde los gráficos no aclaraban los números ni otros factores). Con frecuencia, todas las respuestas para un sector en particular no tenían respuestas a una interrogante específica. Otra limitación en las conclusiones se puede extraer del hecho que todos los estudios eran anónimos, y esto podría haber facilitado múltiples respuestas para el mismo usuario.

Otra fuente importante de datos es el estudio CESAGEN sobre la frecuencia y el número de solicitudes de patentes que utilizan ciertas categorías de material biológico.[129] La metodología de este estudio enumeró todas las patentes que utilizan términos bioquímicos y genéticos clave en sus solicitudes de patentes. Así pues, no se logró llegar a conclusiones definitivas relacionadas con el número y la naturaleza de las patentes según los "recursos genéticos" o subordinadas a los requisitos de ABS. Sin embargo, dentro de sus límites, también es un estudio innovador.

También hemos considerado las nuevas "Directrices relacionadas con la Distribución de beneficios para los 'Productos Naturales'," que actualmente está bajo preparación por la Iniciativa de Biocomercio de UNCTAD.[130] Estas directrices son un trabajo en progreso que brindan conocimientos sobre los problemas derivados del clima actual de la incertidumbre legal.[131]

3.3 Mandatos legislativos del usuario

En este apartado, nos proponemos considerar la primera categoría de las Directrices de Bonn sobre las medidas del lado del usuario descritas en la parte 3.1.2, indicada anteriormente[132] – la creación de leyes dentro de los países usuarios para obligar a los usuarios a obedecer los requisitos del ABS. En este contexto, las Directrices requieren tres categorías de acción.

Primero, una ley debe especificar las obligaciones del usuario y solicitar a los usuarios que las cumplan. Esta provisión es necesaria bajo el requisito de las Directrices de Bonn de que los países eviten el uso de los recursos genéticos sin CIP y sin el permiso del país de procedencia. Este punto se trata en el 3.3.1, que se indica más adelante. Segundo, deben desarrollar estándares para poner en práctica ese cumplimiento. Estas medidas (descritas en las Directrices de Bonn como "cumplimiento con TMA") serán difíciles de elaborar, ya que parecen exigir al país usuario adoptar y aplicar leyes y definiciones de otro país. Estas se discuten en el 3.3.2, más adelante. Tercero, la ley debe producir un sistema de ejecución y cumplimiento que, como se indicó en las Directrices de Bonn, necesita de coordinación entre los países de procedencia y proveedores. Este requisito es considerado en el 3.3.3.

Estas tres obligaciones representan el mandato más importante que no se ha cumplido en el régimen de ABS, pero su importancia es con frecuencia pasada por alto en favor de discutir otros temas. Toma solamente unos pocos minutos de análisis legal el comprender su importancia. Cuando una persona o empresa está utilizando los recursos de un país (el país proveedor), pero opera en un país diferente (el país usuario), esas actividades de la persona están fuera del alcance del sistema de ABS, a menos que la ley del país usuario solicite el cumplimiento del ABS. La legislación del país de procedencia aplica solamente si el país de procedencia tiene jurisdicción – en otras palabras, mientras el usuario y/o los recursos genéticos se encuentren dentro del país proveedor.[133] Después de ese momento, el ABS se aplicará solamente mediante la legislación de un país usuario.

---

[129] Oldam, 2005.

[130] *Ver* UNCTAD, Referencia del concepto borrador: Directrices Prácticas para la Distribución Equitativa de Beneficios que surgen de los Recursos Biológicos en las Actividades de Biocomercio, 3 de marzo de 2007. La discusión de este libro se basa en el borrador del 31 de enero (no disponible aún para citación). Aquí se discute con el permiso de la Iniciativa de Biocomercio.

[131] Este borrador no está disponible para citación y no está citado en este libro.

[132] Directrices de Bonn en 16(d)(iii), (vii), (iv), (vi) y (ii), en el orden presentadas aquí.

[133] Este punto se ilustra señalando lo deseable que sería para un gobierno si pudiera imponer impuestos solamente a personas de otros países, por consiguiente protegería a sus ciudadanos y votantes de un incremento en los impuestos. Obviamente, tal situación no sería deseable para las personas a quienes se imponen impuestos en esta forma. La soberanía nacional es un concepto que asegura que solamente el gobierno soberano puede legislar sobre asuntos y personas dentro de sus fronteras y su jurisdicción – esta es, en síntesis, una protección a sus ciudadanos.

En el análisis de estos tres componentes de legislación, con frecuencia es necesario considerar en forma separada dos situaciones que se reconocen generalmente[134] como muy diferentes legalmente:

- *Usuario que cumple*: El usuario tiene una relación directa con el país de procedencia (ha cumplido con el CIP y obtenido un permiso de ABS u otro instrumento que especifica el TMA);

- *Usuario que no cumple*: el usuario no tiene relación directa con el país de procedencia, habiendo adquirido los recursos sin contactar al país de procedencia, ya sea

  (i) al recolectar recursos "de manera informal" sin el CIP, los TMA u otros permisos; o

  (ii) al recibir los recursos de un intermediario (un recolector que extrae los recursos del país para dar/venderlos a los usuarios, un investigador que ha identificado un uso comercial de los recursos genéticos, otros usuarios, etc.).

En este contexto, es importante recordar que los usuarios que incumplen, con frecuencia no se consideran a sí mismos como trasgresores de alguna ley. Aunque sean o no conscientes de los requisitos de ABS o puedan creer que esos requisitos no son aplicables a ellos.

3.3.1 Solicitando cumplimiento con la legislación de ABS del país de procedencia

Como se indicó en 3.2, siguiendo el pronunciamiento del CDB, muchos países desarrollados infirieron inicialmente que su legislación actual (ley de contratos, ley criminal, etc.) sería suficiente para ejecutar el ABS, por lo consideraron que ninguna ley nueva o interpretación sería necesaria. No obstante, después reflexionar sobre el asunto, dicho análisis inicial se evidenció como erróneo en algunos aspectos, debido a ciertas omisiones y a las características únicas de los temas de ABS.

3.3.1.1 Cómo se aplica el requisito a los usuarios que cumplen con la legislación de ABS

Actualmente, la mayoría de las discusiones sobre la ejecución de ABS se ha enfocado en las empresas, instituciones e individuos que han cumplido con los requisitos de ABS del país de procedencia total o parcialmente – es decir, los usuarios que han solicitado contratos de ABS o permisos. De acuerdo con este enfoque, algunos comentaristas argumentan que la ejecución de ABS será abordada bajo la ley de contratos – mediante acciones para hacer cumplir el "contrato de ABS." Esta perspectiva fue expresada en las negociaciones del CDB y posteriormente, en las publicaciones y los debates realizados por los expertos ambientales,[135] persistiendo hoy día en las publicaciones y en las comunicaciones que proponen formatos de contratos estándar como soluciones simplistas a las dificultades del ABS.[136]

[a] Aplicación de la ley de contratos a las situaciones de ABS

El principal defecto en el enfoque de la ley de contratos es la suposición de que todos los usuarios obtendrán acuerdos de ABS (contratos, permisos u otros acuerdos) antes de obtener o utilizar los recursos genéticos. No obstante, aun si esta suposición fuera correcta, la disponibilidad de la ley de contratos para resolver los problemas de ABS sería incierta, en el mejor de los casos. La ley de contratos es, por definición, un proceso que depende de la concreción – teniendo un instrumento o un acuerdo, según los conceptos y las definiciones bien comprendidas que las Partes acuerdan y que un tribunal puede interpretar y hacer cumplir. La ejecución funcional de la ley de contratos también debe estar basada en un sistema legalmente acordado, coherente, consistente internamente y lógico, que puede ser aplicado al contrato en cuestión. Los tribunales normalmente declinarán el

[134] La CE y muchos otros comentarios sobre "las medidas del usuario" no reconocen esta distinción, y se quedan con la perspectiva de que la aplicación de ABS se puede satisfacer mediante la legislación del país proveedor, complementada por la adopción de los requisitos para la divulgación de patentes del país usuario. CE, 2002 en 7.3); *ver* también UNU-IAS, 2005 (orientando casi toda la atención hacia este asunto.)

[135] *Ver*, por ejemplo, Glowka *et al.*, 1998, en 4.

[136] *Ver*, Scott, 2005.

hacer cumplir un contrato cuyos hechos primordiales son ambiguos.[137]

Sin medios claros para comprender e interpretar los contratos de ABS y aplicar principios legales a ellos, será imposible para los tribunales llegar a decisiones replicables y consistentes o ejecutar esos contratos. Esto se evidencia en la situación actual, en la que muchos usuarios sacan como conclusión que el ABS no aplica si los recursos fueron obtenidos a partir de recolectores, intermediarios y otros que se encuentren fuera del país de procedencia. Esta deliberación básica sobre las acciones que "disparan" la responsabilidad del ABS, sugieren que los contratos de ABS podrían no ser aplicables, hasta que esos temas conceptuales sean resueltos. Aun si este tema está resuelto completamente mediante las negociaciones internacionales,[138] todavía será necesario integrarlos en la ley nacional mediante la legislación.[139] Hasta que (i) estos asuntos sean resueltos (legislativamente y/o judicialmente) en cada país y (ii) aquellas soluciones sean reconocidas por los tribunales del país usuario, no podrá ser posible obtener (o predecir) la interpretación que hace el tribunal sobre aquellos instrumentos, especialmente cuando los tribunales que interpretan están en un país diferente (el país usuario) en lugar del país que emitió el instrumento.

Dudosamente, los contratos de ABS actuales en los países (y las leyes que controlan su negociación) son muy puntuales y rigurosos, precisamente *debido a que* las partes de un contrato de ABS no pueden depender de los procesos judiciales o pronosticarlos – el país de procedencia debe encontrar una forma para funcionar cuando no hayan conceptos legales preexistentes bien explicados para abordar sus necesidades particulares. La cantidad resultante de detalles en los contratos de ABS es una de las inconformidades más comunes de los usuarios.[140] Sin embargo, a la fecha, no existen principios comunes entre los países usuarios y los países proveedores, en los que puedan basarse las autoridades judiciales[141] de un país para interpretar y ejecutar los contratos. La legislación del país de procedencia puede ser percibida como un intento para minimizar la necesidad de "interpretación" posterior o invalidación de un contrato o acuerdo de ABS. Todos los países pueden simplificar los sistemas contractuales y legales relevantes solamente mediante una actuación cooperativa para construir confianza en que la ley nacional de cada país y las decisiones del tribunal, serán consistentes y generalmente predecibles cuando se apliquen en otros países.

Hasta ahora, los países estudiados parecen no haber adoptado o considerado medidas que permitan un mejor uso de la ley nacional de contratos para abordar los asuntos sobre ABS. Tales medidas deben considerar las necesidades de los países de procedencia extranjeros, una vez que los usuarios hayan dejado el país de procedencia. Incluso la legislación del lado del proveedor en el país usuario no crea tales bases. Por ejemplo, la propuesta actual que es considerada por el gobierno de Estados Unidos aplica únicamente a "*proyectos de investigación que involucran especímenes de investigación* recolectados en unidades del SPN de Estados Unidos, que posteriormente dieron como

---

137 Los temas difíciles que rodean la ejecución de la ley de contratos para el ABS son examinados en la Parte II de Bhatti et al., 2007, Libro 4 de esta Serie.

138 Es poco probable que todos los temas sobre interpretación contractual sean abordados completamente en las negociaciones; no obstante, se espera que se proporcione suficiente claridad para permitir a los países adoptar sistemas consistentes internamente y encontrar formas de interrelacionar estos sistemas para formar el "régimen internacional."

139 En muchos países, la interpretación de los contratos es respaldada por la legislación que provee estándares para el análisis del contrato. Por ejemplo, una sección del Código Civil de California identifica muchas provisiones que se asumen como parte de cualquier contrato, a menos que el contrato indique específicamente lo opuesto. ESTADOS UNIDOS: CALIFORNIA: Código Civil División III (Obligaciones) §§ 1427-1725. (Ley general de contratos solamente; aproximadamente diez veces esa cantidad aborda temas más específicos, tales como las transacciones de crédito y los derechos del consumidor). Tal tema es orden de pago y servicios (*Ver*, por ejemplo, Replanteamiento (2do) Ley de Contratos, vol. II "cumplimiento y no-cumplimiento."). A menos que el contrato especifique de modo diferente, en un contrato de servicios las cantidades por pagar serán canceladas solamente después que los servicios sean proporcionados. Actualmente, no hay provisiones en la ley de los Estados Unidos que definan a los "recursos genéticos" o que brinden alguna orientación o indicación sobre la manera en que los elementos únicos de los acuerdos de ABS serán abordados por los tribunales de Estados Unidos.

140 *Ver*, Latorre, 2005; Holm-Müller *et al.*, 2005.

141 Los tribunales y otros procesos judiciales y quasi-judiciales e instituciones.

resultado descubrimientos o invenciones útiles con alguna aplicación de valor comercial."[142] Presumiblemente, la necesidad para "refinar" la terminología y el enfoque proviene de las ambigüedades actuales, relacionadas con la naturaleza y el significado de los recursos genéticos y la función del sistema de ABS. Pero ya que esta terminología es completamente diferente de todos los intentos de los otros países en términos legislativos de ABS, no puede brindar una solución a las interrogantes transnacionales sobre implementación de ABS y "recursos genéticos." La ley internacional no brinda indicadores sobre la forma en que se podrían resolver estos temas.

[b] Medidas para ayudar a que los países de procedencia supervisen los contratos de ABS y a los usuarios

La ley de contratos no es el único concepto legal necesario para hacer cumplir los contratos y los acuerdos de ABS en los países usuarios. Hay muchos otros factores que deben satisfacerse para que el país de procedencia u otro proveedor tengan la capacidad realista para exigir el cumplimiento, o buscar y obtener compensación legal si se ignora esa petición. Uno de tales factores es la información (evidencia). Debido a que muchas de las acciones de los usuarios tienen lugar fuera del país de procedencia, el proveedor encarará muchos obstáculos legales y prácticos que podrían evitar el cumplimiento del contrato (por ejemplo, comprobar que hubo una trasgresión o evidenciar que se debe el pago). Incluso quien no haya sido obstaculizado por la larga distancia, el lenguaje y otros obstáculos, encontraría difícil obtener muchas de estas pruebas. Generalmente, para obtener información de una entidad privada, se debe poseer una orden de un Tribunal que permita la inspección de las operaciones y los registros de esa entidad. Aun cuando se otorgue la orden, será necesario contratar expertos para realizar la inspección y para documentar cuidadosamente la evidencia obtenida.

Debido a los conceptos de equidad que subyacen bajo el ABS y su enfoque en los países en desarrollo, es necesario considerar las cuestiones prácticas provenientes de la necesidad de inspeccionar cada contrato y usuario de ABS. Todos estos procesos y expertos son costosos y consumen tiempo. Además, las tarifas gubernamentales pueden ser cuantiosas, así como pueden serlo los costos de los funcionarios locales que monitorean la inspección (asegurándose que el acceso sea concedido, y que los derechos de admisión no sean abusados). Con frecuencia, los costos de los procesos legales son más elevados en los países desarrollados que en los países en desarrollo. Muchos países en desarrollo no tendrían el dinero, el tiempo o el conocimiento para utilizar los procesos legales existentes del país usuario para supervisar los contratos de ABS. Su única opción práctica es confiar en los informes de progreso del usuario (si es que alguno es presentado) para conocer cómo va su contrato. La orientación equitativa del ABS sugiere la necesidad de algunas medidas para ayudar a los países de procedencia a supervisar y hacer valer sus derechos relacionados al ABS.

3.3.1.2 Usuarios que no han cumplido con los requisitos de ABS del país de procedencia

Actualmente, en Europa (y presumiblemente en otros lugares), muchos usuarios comerciales de los recursos genéticos asumen que el ABS no es aplicable a ellos.[143] En cierta medida, los costos en tiempo, dinero y riesgos involucrados en el cumplimiento del ABS, constituyen un incentivo perverso, alentando a una compañía a evitar el ABS, generalmente al encontrar un argumento legal verosímil para que el ABS no aplique.[144] Tales argumentos son fáciles de encontrar a la luz de las ambigüedades legales actuales del ABS,

[142] Servicio de Parques Nacionales de Estados Unidos, 2006, Borrador Declaración de Impacto Ambiental, presentado como Alternativa B. En esta regulación, no hay necesidad de distinguir entre recursos genéticos o biológicos provenientes de los parques nacionales, debido a que ambos están restringidos. En los Estados Unidos, es prohibido específicamente tomar cualquier material, vivo o no vivo, de un Parque Nacional, sin la autorización del Servicio de Parques Nacionales. Fuera de los parques nacionales, este enfoque no ayudaría, ya que ninguna ley de Estados Unidos ha aclarado la propiedad de los recursos genéticos.

[143] Holm-Müller *et al.*, 2005, en 37; Latorre, 2005, en 28-30; Frison Dedeurwaerdare, 2006, en 34-38. En gran medida, las últimas dos encuestas dan por un hecho que los recursos genéticos provenientes de los proveedores nacionales no necesitan cumplir con el ABS (sin consideración del origen de las especies).

a menos que los países adopten una legislación para solicitar a los usuarios que se encuentran bajo su jurisdicción cumplir con las leyes de ABS del país de procedencia, esto creará una brecha jurídica insuperable en ABS. Esencialmente, se permitirá a los usuarios decidir ellos mismos si aplican las leyes del país de procedencia.

Hasta ahora, muy poca legislación de parte del usuario se ha adoptado o propuesto para afrontar la posibilidad de que un usuario en el país legislante pueda estar utilizando los recursos genéticos de origen foráneo sin autorización del país de procedencia. Siguiendo la adopción del CDB, muchos países, entre ellos los Estados Unidos y Noruega, llegaron a la conclusión inicial de que el Artículo 15.7 podría ser ejecutado adecuadamente en sus países sin legislación adicional. Sin embargo, Noruega ha reconocido que el Artículo 15.7 requiere medidas de usuario que aborden la posibilidad de que un usuario podría fallar en el cumplimiento de los requisitos de ABS del país que es la fuente del material genético que se está utilizando. Esta ley indica que

> *[i]mportar para el propósito de utilizar el material genético de un país que requiere consentimiento informado previo ya sea para la utilización o para la exportación, puede suceder solamente al cumplir tal consentimiento informado previo.*[145]

No impone específicamente ninguna obligación sobre el gobierno para hacer cumplir esta provisión, ni especifica mecanismos para esta ejecución; no obstante, es probable que estos mecanismos serían desarrollados después de que se adopte la ley principal.

En Canadá, aunque no se han desarrollado medidas de usuario directas,[146] las políticas de ABS nacionales incluyen el principio que Canadá debe ser

> *[r]espetuoso de los mandatos jurisdiccionales y conciente de la conveniencia de la cooperación interjurisdiccional en el desarrollo de las políticas de ABS.*[147]

Aunque esta provisión podría referirse solamente a asuntos jurisdiccionales subnacionales (en las 12 provincias canadienses), todavía podría brindar una base sobre la que se pueden considerar los derechos de los otros países y la obligación bajo el Artículo 15.7 para implementar el Convenio en una forma que produzca la distribución de beneficios.

En los Países Bajos, aunque la política nacional asume que los intereses del país de procedencia u otro proveedor pueden ser ejecutados mediante contratos, también se recomienda el desarrollo de los códigos de conducta (discutidos en 3.9).[148] Ubica específicamente esta responsabilidad de cumplimiento en el usuario y desaprueba cualquier obligación nacional:

> *La aplicación de la política... es principalmente la responsabilidad del sector de negocios, las instituciones, los investigadores y los individuos.*[149]

---

144 Dentro del país proveedor, el interés y los planes del solicitante con frecuencia son asunto del conocimiento público, particularmente donde el país ha delegado sus responsabilidades de CIP a las comunidades locales, combinándolas con las provisiones generales relacionadas con la participación pública. El resultado de esto es que con frecuencia la aplicación esté sujeta a cuestionamientos legales provenientes de una diversidad de fuentes. Más allá de la fase de acceso, el usuario es identificado con frecuencia en la prensa y en los medios electrónicos como un "biopirata," a pesar del hecho de que su uso genético y objetivos se conocen debido a que actuó en una forma no pirata - solicitó la aprobación del gobierno. Young, 2006a.

145 NORUEGA: un Anteproyecto de la Ley sobre Diversidad Natural, § 60 y lenguaje similar en las provisiones que rigen el uso de material genético de estas fuentes. Todas las transacciones de Noruega son transacciones informales para los propósitos de este libro solamente, por M. W. Tvedt.

146 Los procesos nacionales están en marcha, pero según se dice, se enfocarán en las medidas del proveedor. Basado en deliberaciones informales, parece que la legislación será igualmente aplicable a usuarios nacionales y extranjeros.

147 CANADÁ: Principios Orientadores, *supra*, último punto. Otro principio requiere que la norma sea "...construida en y respetuosa de los compromisos internacionales de Canadá."

148 PAÍSES BAJOS: "Fuentes de Existencia" en 2.1-2.4.

149 PAÍSES BAJOS: "Fuentes de Existencia..." en 3.2.

Una provisión similar se encuentra en la legislación propuesta de Estados Unidos:

> *La imposición de hacerse presente para iniciar las negociaciones de distribución de beneficios con el SPN podría descansar en los investigadores individuales y podría adaptarse a las provisiones del permiso de investigación o TMA que el investigador había acordado al aceptar el permiso o TMA.*[150]

Estados Unidos no ha adoptado o propuesto ninguna legislación de ABS del lado del usuario.[151] Sin embargo, supuestamente se han identificado dos leyes existentes que satisfacen esta necesidad:[152] La Ley Lacey y la Ley de Propiedad Robada Nacional (NSPA). Ambas son estatutos criminales, que facilitan a los funcionarios estadounidenses tomar acciones en contra las personas que han ya sea (i) "transportado, transmitido o transferido bienes;" o (ii) "importado, exportado, transportado, vendido, recibido, adquirido o comprado peces o vida silvestre[153] en trasgresión de la ley extranjera." Estas leyes aplican al transporte, la posesión, etc. de "propiedad," "peces" o "animales."

Estas leyes ejemplifican el problema que enfrentan todos los países al intentar aplicar la ley general al ABS. Por ejemplo, ya que ninguna ley en Estados Unidos reconoce "los recursos genéticos" como una propiedad, estas dos leyes serán activadas solamente si los especímenes *biológicos* son obtenidos de manera ilegal. Sin embargo, en la mayoría de los países que han adoptado la legislación de ABS, los derechos de los recursos genéticos están separados del derecho que permite extraer o utilizar los "recursos biológicos." Esta separación es necesaria de manera que el ABS no interferirá con las transacciones normales que involucran los productos biológicos (comida, ropa, madera, vegetales, etc.). Los especímenes biológicos podrían ser recolectados legalmente, aun si no ha sido otorgado ningún derecho de acceso o utilización de los recursos genéticos. Aunque la posesión de un material biológico puede ser completamente legal, eso no significa necesariamente que es legal utilizar sus recursos genéticos.

Además, como otras leyes en contra del fraude y del *comercio* ilegal, la ejecución podrían depender del *valor* de mercado de los artículos extraídos, más que su *valor de uso*. Por ejemplo, bajo la NSPA, la acción puede ser tomada solamente donde el valor del mercado de los materiales "robados" es de al menos US$5000. Supuestamente, por ejemplo, los usuarios están recolectando muestras de excremento (de poco o ningún valor en dinero efectivo) en África, para investigar y utilizar las enzimas contenidas en ellos.[154]

Otro problema identificado en la aplicación de derecho criminal es la forma en que estas leyes son ejecutadas. Normalmente, las decisiones de aplicación deben ser realizadas por el gobierno. La víctima podría informar el crimen, pero podría no tomar acción. Es el deber del gobierno establecer si dedica sus limitados recursos humanos (tiempo y experiencia) e incurrir en otros costos necesarios para tener un caso contra el trasgresor y además determinar si ese caso tiene una alta

---

[150] ESTADOS UNIDOS: Servicio de Parques Nacionales, septiembre de 2006, *Servicewide Benefits-Sharing – Draft Environmental Impact Statement*, Departamento del Interior en 2.4.1, página 41. Al una cesión menos completa de responsabilidad primaria se encuentra en el borrador noruego que dice, "La entidad que posea el material genético en mano, está circunscrita por las condiciones impuestas al uso del material," NORUEGA: Anteproyecto de la Ley Noruega sobre Diversidad Natural, en § 60. De forma similar, BRASIL, Ley Provisional, Título IX, Art. 34, indica que "la persona que utilice o haga uso económico de [los recursos genéticos y TK] debe procurar que sus actividades sean compatibles con las provisiones de esta Ley."

[151] Como se indicó anteriormente, la propuesta reguladora existente que se está divulgando públicamente por el Servicio de Parques Nacionales (SPN) de Estados Unidos, se centra solamente en el lado del proveedor – es decir, en la capacidad del SPN para ingresar en los acuerdos de distribución de beneficios para la recolecta de especímenes para la investigación.

[152] La presentación por Leonard Hirsch, *ver* pie de página 105, *supra*. Él notó otra ley, una "Ley de Secreto Comercial," pero los autores de la investigación encontraron solamente leyes (con este nombre o este tópico) que no son relevantes al ABS. Una investigación posterior no produjo otras citas. El Sr. Hirsch también indicó que el gobierno de Estados Unidos se suscribió a las directrices desarrolladas por los Consejeros de Propiedad Intelectual de Interés Público (PIIPA), una ONG de Estados Unidos de abogados que trabajan en DPI; sin embargo, esas directrices no estuvieron disponibles en línea hasta la fecha de finalización de este libro.

[153] El antiguo requisito proviene del NSPA, el último de la Ley Lacey. Esa segunda provisión probablemente no aplica a las plantas (otras provisiones de la Ley Lacey hacen ilegal apropiarse de "peces, vida silvestre o vegetales," sugiriendo que los vegetales son omitidos intencionalmente de las provisiones internacionales). No mencionan microorganismos.

[154] Comunicación personal Robert Lettington, Mayo, 2005.

probabilidad de éxito para que valga la pena el esfuerzo. Esta decisión es hecha usualmente por los funcionarios fiscales que con frecuencia no asignan prioridad alta a los crímenes relacionados con la conservación.[155] Este principio evidencia una brecha legal en el anteproyecto de la Ley noruega en el que el fallo del solicitante al brindar información sobre el origen o el proveedor, y sus requisitos de CIP (si existen), es considerado ilegal y puede ser penalizado.

Finalmente, la confianza en la acción gubernamental del país usuario (leyes criminales) ignora un elemento mayor de ABS – el objetivo de equidad que subyace el concepto completo. El ABS puede satisfacer solamente el objetivo de equidad cuando los beneficios son compartidos realmente con el país de procedencia. Aun si son ejecutados con respecto a las trasgresiones de ABS, las leyes criminales contra el robo, el contrabando, la recepción de bienes robados o la posesión de bienes robados, solamente pueden ser ejecutadas por el gobierno del país en cual se registra la acción. Los resultados de aquellas acciones de ejecución son generalmente disciplinarias – es decir, el gobierno podría citar o arrestar a la persona que roba, contrabandea, transporta o mantiene tales bienes. Si el inculpado es convicto, entonces el gobierno usuario podría imponerle una penalidad (multa), que es pagada en las cuentas del *gobierno usuario* o podría encarcelar al trasgresor. El gobierno podría confiscar los bienes robados como evidencia, y en algunos casos los bienes confiscados podrían regresar a la víctima después del juicio. En casi cualquier situación, un caso criminal no terminará en compensación o pago para la parte dañada (es decir, el país de procedencia). En consecuencia, por sí solas las penalidades criminales contra un trasgresor no cumplirán con el objetivo de ABS del CDB.[156]

3.3.1.3 El papel del gobierno, como usuario y consejero de usuarios

Otro elemento que forma parte de la aplicación directa del requisito principal tiene que ver con las situaciones en que el gobierno está "utilizando" directamente los recursos genéticos, mediante las agencias e instituciones de investigación gubernamentales, así como mediante los programas y los proyectos patrocinados por el gobierno. En este contexto, las reglas nacionales para el cumplimiento de los requisitos de ABS del país de procedencia son comparables con el concepto de las "políticas de obtención nacional" que se han sugerido como un medio elemental para fomentar los objetivos ambientales internacionales.[157] En la investigación de este libro, los autores advirtieron un programa gubernamental, los Grupos Internacionales de Cooperación para la Biodiversidad (ICBG, por sus siglas en inglés), bajo los Institutos de la Salud de Estados Unidos, que han adoptado supuestamente reglas específicas para la distribución de beneficios en conexión con sus proyectos internacionales de bioprospección y la identificación y el análisis de los recursos genéticos.[158]

"Los Principios de Acceso a los Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios para las Instituciones Participantes"[159] son otro instrumento (con menos fuerza vinculante) planteado por los Jardines Kew como los principios a los que se deben adherir los jardines botánicos individuales y que son avalados por otras 21 instituciones.[160] Relevantes como medidas de usuario, los siguientes extractos provenientes de los principios aunque poco específicos, indican las bases para la orientación del usuario:

---

155 *Ver* Anton *et al.*, 2002.

156 Tvedt, 2007.

157 *Ver*, Young, 2004 (inédito).

158 Discutido en Rosenthal, Joshua, "*Measure to Ensure Compliance with CBD and Access Legislation*," Presentación en el Taller de Expertos Internacionales sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios, Cuernavaca, del 24 al 27 de octubre de 2004. La norma no está disponible en el sitio en Internet del ICBG y no se pudo obtener a partir del director del programa así que no se pueden discutir sus contenidos específicos. *Ver* también Rosenthal, 1999, que describe el sistema en función de un grupo de metas que incluyen las equidades de conservación, pero sin extraer específicamente los elementos de ABS. (Experiencias con los proyectos del ICBG se detallan en el Capítulo 9 de Bhatti *et al.*, 2007).

159 El texto completo de los principios se encuentra en línea en http://www.rbgkew.org.uk/conservation/principles.html.

160 http://www.rbgkew.org.uk/conservation/endorsements.html.

- *Honrar la letra y el espíritu de... la legislación relacionada con el acceso y la distribución de beneficios.*

- *Distribuir los beneficios derivados del uso de los recursos genéticos y sus derivados, de manera justa y equitativa con el país de procedencia y otros Actores clave, incluyendo los beneficios no monetarios y en el caso de la comercialización, también los beneficios monetarios.*

- *Cuando se adquieren los recursos genéticos a partir de fuentes ex-situ, ya sea de colecciones ex-situ, procedencias comerciales o individuales, evaluar la documentación disponible y cuando sea necesario, tomar los pasos apropiados para asegurar que los recursos genéticos sean adquiridos de acuerdo con la ley aplicable y la mejor práctica.*

- *Distribuir los beneficios provenientes del uso de los recursos genéticos adquiridos antes de la entrada en vigor del CDB, en la medida de lo posible, en la misma forma que aquellos adquiridos posteriormente.*

- *Utilizar y proporcionar los recursos genéticos y sus derivados en los términos y las condiciones consistentes con aquellas bajo las que fueron adquiridos.*

- *Preparar una norma transparente sobre la comercialización (que incluya los comercios vegetales) de los recursos genéticos adquiridos antes y desde que el CDB entró en vigor y sus derivados, ya sea mediante la Institución Participante o una tercera parte receptora.*

Este documento no es avalado o adoptado por ningún gobierno. Como tal, sus principios son expresados en un lenguaje no vinculante que podría ser insuficiente si se adoptará en la ley de una Parte del CDB. Por ejemplo, algunos de los principios recomiendan "acciones" que se requieren desde el punto de vista legal en las leyes de ABS del país de procedencia y/o que son compromisos obligatorios del CDB. Aunque son apropiadas aquí, cuando estos principios son incluidos en un instrumento legal más formal, se considera esencial "requerir" tal cumplimiento. Aunque no es un sustituto para una legislación del usuario más específica, los Principios proporcionan una orientación útil y sirven como un fuerte indicador de la necesidad de abordar los asuntos de las colecciones *ex.situ*, las transferencias de los recursos genéticos y el material biológico que ha sido adicionado a tales colecciones antes de 1993.

3.3.1.4 Divulgación de información en solicitudes de patentes

Uno de los pocos instrumentos específicos que han sido discutidos para promover la implementación de los contratos de ABS, es el planteamiento para exigir o impulsar la divulgación del origen en las solicitudes de las patentes – un concepto que ha sido adoptado en las Directrices de Bonn en el párrafo 16.d(ii).3. Distintas versiones de este mecanismo han sido adoptadas en Noruega, Dinamarca y la India, así como en Perú, Venezuela y la Comunidad del Pacto Andino (CPA).

En relación con el impacto, existen muchas variantes entre las medidas de divulgación de las patentes vigentes actualmente. La Directiva de Patentes de Estados Unidos, a la vez que permite a los países adoptar estas medidas, indica que las disposiciones no tendrán ningún impacto en la concesión o la validación de la patente.[161] Esta provisión no impidió que a Noruega y Dinamarca se les impusieran penas criminales por no revelar la información o por realizar declaraciones incorrectas sobre los descubrimientos, aunque el fracaso para hacer la divulgación no constituye una base legal adecuada para invalidar una patente.[162] La legislación de la India, de la CPA y de Venezuela está escrita de manera que plantea la reelaboración o la anulación de la patente, en el caso de trasgresiones a la divulgación. Sin embargo, estas provisiones son válidas solamente para patentes relacionadas con los recursos genéticos *del país/región que aprobó la ley*.

---

[161] UNIÓN EUROPEA: Directiva de Estados Unidos para la Protección de Invenciones Biotecnológicas, CE/98/44.

[162] *Ver* Nota realizada por la Secretaría Ejecutiva, 2004, "*Analysis of Measures to Ensure Compliance with Prior Informed Consent of the Contracting Party Providing Genetic Resources and Mutually Agreed Terms on which Access Was Granted, and of Other Approaches, Including an International Certificate Of Origin/Source/Legal Provenance*," PNUMA/CDB/GT-ABS/3/5, sección II, D. Presentaciones de Dinamarca, Suecia y Noruega.

Desafortunadamente, existen muchas limitaciones en este concepto que podrían no constituir una solución útil para promover la distribución de los beneficios en la práctica.

Primero, los problemas de la ambigüedad general descritos anteriormente también constituyen un obstáculo para la divulgación obligatoria o voluntaria. Por ejemplo, Noruega exige la divulgación del origen de cualquier "material biológico" en que se base la innovación. Es de suponer que esta terminología fue seleccionada, debido a la incertidumbre sobre cuáles materiales o información constituyen "recursos genéticos."[163] Un estudio reciente ha mostrado que una gran cantidad de solicitudes de patentes mencionan fuentes biológicas descritas genéticamente.[164] Un número aún mayor podría describir el uso de "material biológico." En teoría, cada país tendrá que considerar miles de solicitudes de patentes cada año, para descubrir si alguna de ellas involucra el "uso de recursos genéticos" o el "uso de material biológico" que tenga origen en su país.

Segundo, los requisitos de divulgación actuales no obligan al gobierno a verificar las declaraciones contenidas en la divulgación de origen que hace el solicitante de la patente. El gobierno ni siquiera se compromete a informar al país de procedencia que se indica en la divulgación. Donde no tienen lugar las revelaciones voluntarias, no hay fundamentos para establecer el país de procedencia específico del material biológico utilizado en la innovación. Como un asunto práctico, estos factores reducen la probabilidad de una divulgación completa.

Tercero, la divulgación de la patente no formula ningún *derecho* para el país de procedencia, sino que constituye solamente un mecanismo que dará a los funcionarios de ese país algún indicio de que los recursos de su país están (o podrían estar siendo) utilizados. Según esta percepción, todavía tendrán que realizar una demanda al usuario, quien está localizado fuera de su jurisdicción.[165]

Cuarto, la divulgación de la patente no confiere ninguna obligación para la distribución de beneficios al usuario. Este requisito podría no producir alguna distribución de beneficios real, a menos que los usuarios ofrezcan beneficios de manera voluntaria o como respuesta a "recomendaciones" no vinculantes.

Por último, por supuesto, el sistema asume que los usuarios estarán de acuerdo en que están "utilizando recursos genéticos" de un país extranjero, y revelarán el origen de esos recursos. Esto significa que, como máximo, las mismas partes que han obtenido los permisos de ABS, también cumplirán los requisitos de divulgación. En consecuencia, el valor agregado por tal requisito de divulgación, probablemente será menor que el costo de éste, aun si este costo es mínimo.[166]

3.3.2 Estándares para determinar el rendimiento

En la mayoría de las obligaciones legislativas, el estándar es tan importante como los contenidos de los requisitos obligatorios mismos. En la situación de ABS, el estándar es la medida legislativa y los factores objetivos que permiten al país o entidad usuaria, confirmar que el usuario ha cumplido con los requisitos descritos en 3.3.1. Con frecuencia se asume que el estándar de ABS para el cumplimiento del usuario es el "cumplimiento de la legislación del país de procedencia." Como una forma práctica, este puede ser un estándar difícil de ejecutar, por muchas razones.

---

163 *Ver*, NORUEGA: Anteproyecto de la Ley Noruega sobre Diversidad Natural en § 60.

164 Oldam, 2004, indica que casi 500000 de las solicitudes de patentes que fueron llenadas entre 1990 y 2003, que están enlistadas en la Base de Datos Mundial, incluyen palabras clave relacionadas a genética en sus resúmenes de publicación (proteína, gen, ADN, aminoácido, ácido nucleico, enzima, polipéptido, péptido, nucleótido, ARN, microorganismo, gen humano, genoma, gen vegetal, gen animal, microbio, desoxirribonucleico, ribonucleico, proteoma).

165 Como se discute en el Capítulo 4, ésta es una de las principales falacias en la idea de la divulgación de las patentes – el hecho de que el sistema de DPI funcione mediante la acción legal iniciada por la parte protegida.

166 Tobin, 2004.

Legalmente, la característica más importante de tal estándar es la "verificabilidad externa" – la legislación no debería depender de la capacidad de la agencia o del funcionario para saber lo que hay en las mentes de los individuos ni de las intenciones colectivas de las entidades, para conocer si se ha alcanzado el estándar. En este punto, podría surgir un problema a partir de la necesidad de aplicar la legislación del país proveedor – la ley que no ha sido adoptada por la legislación del país usuario y que podría no adaptarse a los requisitos de la ley del país usuario. Para ejecutar de forma completa la legislación del país de procedencia, un tribunal o agencia en el país usuario debe, no solamente encontrar la ley relevante, sino también aprender sobre la forma en que ésta se aplica. Por ejemplo, indagar la forma en que el país de procedencia verifica el cumplimiento por parte del país usuario y la manera en que se puede establecer la satisfacción del país de procedencia.[167]

Las leyes del lado del usuario de un país deben regir a los usuarios en ese país que estén utilizando los recursos genéticos de origen extranjero. Para hacer esto, el elemento más importante es el requisito de que cada usuario se comprometa con las leyes de ABS de los países particulares que son la fuente de sus recursos particulares. A no ser que todos los países adopten leyes básicamente similares, esto significará que cada país usuario debe ser capaz de conocer e implementar las leyes de los demás países. No existe una experiencia directa de que este requisito pueda funcionar legalmente. Un esfuerzo para abordar este vacío se encuentra en el primer anteproyecto de la Ley Noruega sobre Diversidad Natural, que, como se citó anteriormente, estipula que la utilización o la importación de los recursos genéticos de origen extranjero, puede suceder solamente de acuerdo con el cumplimiento de algún consentimiento informado previo solicitado por ese país extranjero.

El CIP es, por definición, una "medida del lado del proveedor" ya que los requisitos y las autoridades para el CIP están determinados por completo por la ley del país de procedencia. Al tratar de cumplir el CIP, el anteproyecto de la Ley incorpora no solamente el proceso de CIP, sino también la legislación y los requisitos del país de procedencia bajo el que fue autorizado y negociado el CIP, así como los términos mutuamente acordados (TMA) que fueron producidos.[168]

El anteproyecto de la Ley noruega aborda algunas de las interrogantes más importantes relacionadas con la legislación del usuario, sin resolver estos temas:

- Cómo encontrar y establecer las leyes y los requisitos de ABS del país de procedencia;
- Qué hacer cuando el país usuario no conoce o no revela el país de procedencia;
- De qué forma los tribunales de un país usuario pueden establecer y aplicar la legislación del país de procedencia.

Estos tres temas primordiales se discuten más adelante, así como otros asuntos básicos, como la equidad, el debido proceso y la posible necesidad de definir de manera clara, los puntos de finalización para la relación de distribución de beneficios.

3.3.2.1 Identificación y aplicación de la ley del país de procedencia

Determinar la legislación aplicable al país de procedencia es difícil, principalmente debido a que muchos países prefieren controlar el proceso mediante el uso de un fundamento diferente. Como se indicó anteriormente, en lugar del término ambiguo de "recursos genéticos," regulan con base en el "material biológico" o los "proyectos de investigación que involucran especí-

[167] Con frecuencia esto requerirá de contacto formal (diplomático, en algunos casos) con otro país. En muchos países, el contacto directo entre cualquier agencia gubernamental y su agencia contraparte en otro país no es simple, sino que requiere que se involucren los oficiales diplomáticos. *Ver*, por ejemplo, Anton *et al.*, 2002, en 82-92. Este contacto podría no siempre proporcionar la información necesaria, la cual podría ser imposible de conseguir, en algunos casos.

[168] Artículos del CDB 15.4 y 15.7. En relación con esto, es importante reconocer que el CDB precisa de dos requisitos de TMA independientes – uno para el acceso (similar a los requisitos del CIP), y otro para la distribución de beneficios. En tanto los dos podrían ser negociados juntos en algunos casos, en otras situaciones esto no podría ser posible y es factible que la tarea de asegurar que esta segunda negociación tenga lugar, se asigne al país usuario. La inclusión de un segundo proceso de TMA en el Artículo 15.7, parece indicar que se espera que los países usuarios garanticen que el usuario negocie el TMA con el país proveedor, en relación con los beneficios a ser distribuidos y la forma de esa distribución.

menes de investigación recolectados" procedentes de los parques nacionales o con base en otros planteamientos desligados completamente. Incluso los requisitos del CIP y del TMA pueden variar de país en país; adicionalmente muchos países proveedores fusionan sus provisiones de CIP y TMA con el concepto de participación pública, esto hace que estas responsabilidades sean delegadas a las comunidades locales involucradas, sugiriendo que muchos requisitos de CIP e instrumentos de TMA independientes, puedan ser válidos para un único proyecto de bioprospección.[169]

Actualmente, ninguna de las Partes Contratantes ha adoptado algún sistema para identificar y verificar exactamente cuáles de los requisitos del país de procedencia debe ser cumplido por un usuario particular bajo su jurisdicción. El anteproyecto de la Ley noruega brinda el único ejemplo de un intento para regular esto.

Ese anteproyecto requeriría cumplimiento solamente en caso de que los recursos genéticos provengan de un país de procedencia que haya adoptado requisitos de CIP *específicos* en la legislación. Esta cláusula sugeriría, por ejemplo, que un país sin requisito de CIP específico en la ley, no "requiere CIP," y de esta forma, cae fuera de la regla de cumplimiento de CIP.

Asimismo, esta suposición es ilegítima, ya que no se puede afirmar que los países que no han adoptado una legislación de ABS específica hayan renunciado a sus derechos de ABS. Por ejemplo, los legisladores de muchos países han sido obstaculizados por las incertidumbres relacionadas con el concepto de ABS, por lo que han sido incapaces de encontrar una forma para adoptar leyes de ABS que alcancen los estándares legislativos nacionales. Algunos deben haber decidido simplemente evitar que sus recursos genéticos sean utilizados por *ningún* usuario extranjero. En otros, pueden haber principios generales de la ley de este país que, aunque no se mencionen en el ABS, de por sí son suficientes para controlar las situaciones en que una entidad extranjera busca derechos sobre la propiedad soberana del país el patrimonio o incluso en la propiedad privada del país. Por lo tanto, no se debería asumir que la carencia de una ley de ABS escrita, permite la utilización irrestricta de los recursos genéticos del país. Esto complica la situación de la distribución de beneficios.

3.3.2.2 Medidas de usuario donde no se revela el nombre del país de procedencia

La funcionalidad de las medidas de usuario podría depender de la eliminación de algunos incentivos perversos comunes creados actualmente por el sistema de ABS. Por supuesto, el incentivo perverso más significativo es el descrito al inicio de la parte 3.3.1 – el usuario está más allá de la jurisdicción de las leyes de ABS aplicables durante la mayoría o toda su utilización de los recursos genéticos. Si puede extraer u obtener los recursos fuera del país de procedencia sin los costos y las dificultades del cumplimiento del ABS, estará "libre para irse."

Al adoptar las medidas de usuario, existe una fuerte necesidad de encontrar soluciones que eviten la creación de incentivos perversos adicionales de este tipo. Por ejemplo, el anteproyecto de la Ley noruega permite al usuario (únicamente) establecer si el país de procedencia requiere CIP y cumplirlo si así fuere. Además, si el país de procedencia no es conocido, entonces el usuario no está obligado a tomar ninguna acción ulterior. Todos los requisitos para seguir la pista al material genético, están basados en la identificación que hace el usuario del país de procedencia y su determinación de cuáles son las obligaciones que aplican de la ley del país de procedencia.

Sobre esta provisión hay un claro pero silencioso mensaje – que es mejor para el usuario si "olvida" dónde obtuvo los recursos genéticos –. De forma similar, esta provisión silenciosa anima al usuario a interpretar la ley del país de procedencia tan permisivamente como sea posible. Al adoptar las medidas de usuario, los países podrían necesitar imponer algunos requisitos de

[169] *Ver* Cabrera y López, 2007, en el Capítulo 2. En particular, por ejemplo, el requisito de Filipinas, que demanda un proceso independiente de CIP/TMA para cada área en la que opera un recolector. Esto significará que el mismo recolector estará delimitado por muchos grupos diferentes de TMA, si sus actividades de recolecta incluyen más de una comunidad.

CIP y TMA alternativos, para evitar este problema. Al ligar tan de cerca las provisiones del usuario al CIP y a los TMA, el país usuario podría inclinarse a olvidar su obligación reglamentaria para asegurar una distribución de beneficios equitativa y justa, de acuerdo con las metas y las obligaciones del CDB.

3.3.2.3 Problemas prácticos: aplicando la ley del país de procedencia

Como se indicó en la sección 3.3.1 citada anteriormente, las medidas del lado del usuario deben requerir el cumplimiento de la legislación del país de procedencia o llevarlo a cabo de otra forma. No obstante, la aplicación de la ley del país de procedencia por parte de un país usuario podría ser muy difícil, pues presenta muchos desafíos clave, particularmente porque la meta para un país usuario será normalmente aclarar el proceso de ABS para sus usuarios, agencias y tribunales. En cualquier otra situación, no se requiere que las agencias, investiguen la ley extranjera o se comprometan a procesos diplomáticos o legales para ejecutar la legislación nacional.

[a] Descripción de los problemas básicos

Los cuestionamientos de utilizar otra legislación del país, varían desde problemas administrativos sencillos hasta problemas importantes de soberanía. Por ejemplo, la legislación del país de procedencia podría estar en otro idioma – un problema simple que requiere solamente de un traductor calificado técnicamente. Pero también el sistema y la metodología legal de cada país son únicos de alguna manera – lo que produce un problema más complejo al que puede ser difícil dar respuesta, requiriendo de investigación legal profunda para determinar, de qué manera el país de procedencia interpreta y aplica su legislación.

En general, parece haber dos opciones: El país usuario puede interpretar y aplicar directamente la legislación del país proveedor; o solicitará al país proveedor hacerlo y proporcionarle información al proceso del tribunal del país usuario. Bajo este enfoque, los tribunales del país usuario podrían posiblemente llegar a una interpretación muy diferente que la pretendida por el país de procedencia. El segundo enfoque requerirá la intervención directa de un funcionario del país proveedor, para establecer si la legislación ha sido obedecida. Sin embargo, en la práctica, el resultado será probablemente una combinación de ambos. Algunas inquietudes que se producen en este punto incluyen:

- *¿Qué sucede si una legislación o una provisión de un país de procedencia es "inaplicable" en el país usuario?* Este asunto puede surgir, por ejemplo, cuando el país usuario tiene protecciones constitucionales muy fuertes para la "propiedad privada," pero la legislación o el contrato del país de procedencia brinda al país de procedencia un derecho para interferir con los derechos de la propiedad privada en beneficio del interés nacional. Los tribunales y las agencias del país usuario podrían ser incapaces constitucionalmente de aplicar la legislación del país proveedor, o aplicar la provisión contractual relevante.

- *¿Cuáles son las reglas que aplican cuando no hay autorización o arreglos de ABS, especialmente donde el usuario no conoce o no da a conocer el país de procedencia de los recursos genéticos? Si no es posible aplicar una única ley del "país de procedencia," algún otro estándar se debe designar, para evitar el incentivo perverso descrito anteriormente.*

Tal vez, en última instancia la mejor solución a estas interrogantes se dará a través de las negociaciones del régimen internacional, si es que puede desarrollar respuestas acordadas internacionalmente.

[b] Propuestas actuales para una solución parcial – certificado de origen/fuente/procedencia legal

En casi todos los países usuarios, es probable que el usuario conlleve algo o toda la responsabilidad para identificar y documentar el cumplimiento con el CIP y los TMA. Para lograr credibilidad y efectividad internacional, el análisis del usuario sobre los requisitos del país de procedencia debe ser validado por el país de procedencia. Esta necesidad ha llevado en algunas negociaciones a sugerir la creación de un "certificado de origen, fuente o procedencia legal (en este caso, mejor descrito como un certificado de "procedencia legal") en los debates internacionales actuales, aparentemente visualizando esto como la "medida de usuario" principal

que precisa el CDB.[170] Aunque un sistema basado en un certificado podría tratar solamente un aspecto del asunto, podría ser potencialmente útil en la creación de medidas funcionales del lado del usuario. Para lograr este objetivo, el certificado debe ser diseñado para abordar esta necesidad en particular.[171] A la fecha, las "discusiones sobre el certificado" han intentado desarrollar un certificado genérico sin llegar primero a una comprensión clara de su función, como parte del sistema de ABS o medidas del lado del usuario.[172]

El uso de un certificado como una forma de interconectar a los países usuarios y a los países de procedencia, tiene algunas limitaciones en la legislación nacional existente. Costa Rica es el único país estudiado cuya legislación nacional incluye un "certificado de origen o de procedencia legal."[173] Describe el certificado como sigue: "[el certificado] certifica la legalidad del acceso a los recursos genéticos o bioquímicos de la biodiversidad, y el cumplimiento de los términos por parte del detentor del permiso de la parte interesada." La legislación ofrece el certificado como una opción que CONAGEBIO (la entidad competente designada de Costa Rica) puede emitir, si es requerido por un usuario. Esta cláusula nunca ha sido utilizada a la fecha.[174]

Las leyes del lado del usuario, aparte del primer anteproyecto de la Ley Noruega sobre Diversidad Natural, no requieren que el usuario proporcione la información que podría contener este certificado, como un instrumento de supervisión para el país usuario. No obstante, muchos de los planteamientos actuales que involucran el concepto del certificado, se centran en la información brindada al país de procedencia (discutido en 3.3.1, anteriormente), más que en la supervisión del usuario.

3.3.2.4 "Distribución equitativa"

El ABS demanda una "distribución equitativa" de los beneficios provenientes de la utilización de los recursos genéticos. Es importante crear un estándar que oriente a los tribunales a establecer si una distribución es "justa y equitativa." Este tema podría surgir especialmente si no hay un contrato de ABS que apoye al tribunal para ordenar el pago de una "parte equitativa" y también para decidir cómo y a quién le será entregada. En algunos países, especialmente aquellos basados en la tradición del "Derecho anglosajón," existe un grupo grande de leyes que ayudan a los tribunales a decidir lo que es equitativo. No obstante, en otros países, el término "equidad" no es bien entendido.[175]

En los contratos de ABS, la interrogante de equidad aplicaría en caso de que alguien cuestione si el acuerdo fue equitativamente negociado. En algunos países estos estándares legales de imparcialidad en la ley de contratos pueden reemplazar las provisiones del contrato mismo. Incluso cuando el contrato es "negociado de manera justa," un tribunal puede revisarlo, si encuentra que la cantidad pagada o dada es injusta en términos absolutos.[176]

3.3.2.5 Debido proceso de ley

El debido proceso de ley en este contexto no es un cuestionamiento a la aplicación, sino más bien sobre

---

170 *Ver*, por ejemplo, Barber *et al*., Medidas del Usuario, 2003, las cuales se enfocan en los temas de la divulgación y el seguimiento, incluyendo la distribución de datos electrónica y de otro tipo, control de frontera, certificados y divulgación del origen, como tres de los cuatro tópicos (el otro es "acceso a la justicia") que abarca a las "medidas de usuario."

171 Normalmente, el elemento del certificado o la documentación de un sistema legal es creado después que el resto del sistema. En esta forma, los contenidos del certificado y los procedimientos para publicar el certificado serán apropiados a la necesidad. El ejemplo más simple en muchos países, es el "certificado de nacimiento," que asegura que cada persona tiene acceso a un documento oficial, para probar el país de su nacimiento, su edad, su origen, etc. Aunque los certificados de nacimiento varían de país a país, y en algunas ocasiones también podrían incluir otros hechos, estos documentos son relativamente uniformes al proporcionar estos tres elementos. No está claro cuán exitosas serán las discusiones sobre el certificado bajo las negociaciones actuales, dado que dan marcha atrás a este proceso, al especificar la información que podría ser incluida en el certificado, antes de saber para qué se utilizará el certificado.

172 Tobin, 2004.

173 "*…se certifica la legalidad del acceso a elementos o recursos genéticos o bioquímicos de la biodiversidad y el cumplimiento de los términos en los que fue autorizado al interesado el permiso de acceso correspondiente*." COSTA RICA, *Normas…* en Arts. 6(f) y 19. Una cláusula similar se encuentra en AFGANISTÁN: Ley Ambiental (traducción no oficial del CHM) en Art. 66

174 Comunicación personal de Jorge Cabrera. (Reconfirmada, 23 de marzo de 2007.)

175 *Ver*, Capítulo 5.

176 NORUEGA: Avtaleloven 31 Mai 1918 No. 4 § 36.

un estándar para establecer si el usuario conoce y si ha obedecido la legislación del proveedor. Esencialmente, el debido proceso de ley aborda los derechos del proveedor y del usuario cuando trata con las instituciones del usuario. En el contexto de las relaciones contractuales, el debido proceso abarca dos elementos – un elemento procesal y la protección de los derechos provenientes del cumplimiento.

Cualquier relación contractual debe en algún punto, proporcionar "certeza al usuario." En el ABS, la esencia de esa certeza es abordada principalmente mediante los derechos otorgados bajo la legislación del lado del proveedor.[177] No obstante, la protección a esa certeza depende en gran medida de las leyes básicas del país usuario – algunas veces llamada "debido proceso de ley." El debido proceso requiere, *inter alia*, que el usuario tenga un derecho para saber con claridad lo que se requiere de él – exactamente cuáles cláusulas aplican y qué se le solicita hacer–. Por ejemplo, considera una ley que "los recursos genéticos de origen extranjero podrían ser utilizados solamente si el usuario cumple con la legislación de ABS del país de procedencia." El debido proceso existe solamente, si los usuarios (y las entidades y los tribunales del gobierno, etc.) saben cuándo/si "los recursos genéticos" están siendo "utilizados." También deben ser capaces de establecer si un recurso genético en particular proviene de otro país y, si este no es conocido, cuáles requisitos especiales aplicarán. Actualmente, el marco de ABS no es claro sobre ninguno de estos asuntos.

3.3.3 Implementando los derechos de proveedores extranjeros bajo la legislación del país usuario

El siguiente elemento práctico que debe ser considerado bajo este encabezado es la forma en que los países de procedencia pueden obtener compensación de las demandas basadas en los asuntos de acceso o distribución de beneficios en los países usuarios. Los problemas de cumplimiento han sido reconocidos generalmente:

> *Aunque numerosos regímenes legislativos de [país de procedencia] han establecido mecanismos para el monitoreo, las inspecciones y verificaciones, la experiencia ha demostrado una capacidad de recurso limitada de los gobiernos para monitorear todas las actividades de brioprospección dentro de la jurisdicción nacional.... También surgen dificultades en relación con la ejecución, en casos de no cumplimiento de los requisitos legislativos en los países proveedores o con obligaciones contractuales. La información proporcionada por las Partes indica hasta el momento experiencia limitada en este sentido, con las disputas relacionadas al ABS.*[178]

Sin embargo, hasta el momento estos problemas no han sido abordados. Las siguientes secciones consideran tres temas – acceso a la información, requisitos de divulgación y la ejecución.

3.3.3.1 Acceso del país de procedencia a información acerca de la utilización de recursos genéticos en el país usuario

En forma práctica, el cumplimiento de ABS únicamente es obligatorio si el país de procedencia puede descubrir que sus recursos están siendo utilizados y/o que han surgido beneficios que deberían ser distribuidos. Aun entonces, se debe encontrar un sistema que posibilite a los países de procedencia hacer cumplir sus derechos en los países usuarios. Si el cumplimiento de ABS no puede ser obligado y no se encuentra ningún otro incentivo para la conformidad, entonces se debería concluir que las Partes Contratantes del CDB han fallado en cumplir una responsabilidad clave en las Directrices de Bonn – desarrollar una cooperación que aborde las contravenciones aducidas de los acuerdos sobre acceso y distribución de beneficios.[179]

El acceso a la justicia bajo la legislación del país usuario y las instituciones, comienza a partir de la comprensión de que el sistema de justicia de un país

---

[177] *Ver* Young, 2005.

[178] Jalbert, 2005.

[179] Directrices de Bonn, Artículo 16(d)(iv). Esta obligación también está implícita en la petición del Artículo 15.7 del CDB de medidas "con la meta de distribuir... beneficios." *Ver* también las Directrices de Bonn Artículos 55-57, que llaman a los procesos de monitoreo y verificación, y los artículos 58-60, que señalan la necesidad de considerar varios medios para establecer disputas, sanciones y remedios...

está abierto a aquellos que son agraviados bajo las leyes de ese país, independientemente de la nacionalidad. Sin embargo, el derecho esencial para llevar a cabo una acción en los tribunales o agencias nacionales, no puede brindar por sí mismo certeza y funcionalidad a un régimen legal que opera mediante los instrumentos comerciales (contractuales).

Aquí también, es significativa la distinción entre los usuarios con contratos de ABS, y aquellos sin contrato. Donde el usuario ha obtenido un contrato de ABS, las interrogantes legales se enfocarán en los poderes del país de procedencia para inspeccionar otros aspectos descritos anteriormente en 3.3.1.1. Sin embargo, cuando ningún país de procedencia se conoce o se nombra, el asunto es aún más difícil. ¿Cómo puede un país de procedencia supervisar al usuario y asegurar/proteger sus derechos, si no sabe quién es el país usuario? Esta falta de conciencia es otra de las razones por las que son necesarias las medidas de ABS del lado del usuario. El país usuario es el único que tiene oportunidad de identificar quiénes son esos usuarios y qué recursos están utilizando.

3.3.3.2 Divulgación de información como paso para la implementación

Un primer paso para los países de procedencia que buscan la ejecución de los requisitos de ABS, es contar con el conocimiento sobre la utilización de los recursos genéticos. El concepto de las provisiones sobre "divulgación del origen" (ver 6.5.2) generalmente funcionan como un medio para trasladar la responsabilidad fundamental de supervisión desde el país usuario de vuelta al país de origen. Por ejemplo, bajo el primer anteproyecto de la Ley Noruega sobre Diversidad Natural, la información que es divulgada no es remitida al país de procedencia. El país de procedencia debe acudir y encontrar la información por sí mismo. La divulgación coloca la carga de la información brindada sobre quien posee la información – el usuario. En la mayoría de las deliberaciones sobre el "certificado de origen, fuente o procedencia legal," por ejemplo, el objetivo del certificado es primordialmente, brindar a cada país un instrumento mediante el que pueda darse cuenta del uso que se da a los recursos genéticos que tienen origen en ese país de procedencia.[180] Muchos países desarrollados y otros comentaristas mencionan que la única medida del lado del usuario que intentan adoptar es un requisito de divulgación del origen.[181] No obstante, en este contexto debemos reiterar las dos limitaciones principales del enfoque de "divulgación":

- A no ser que los requisitos de divulgación del origen sean obligatorios y verificables (actualmente ninguno lo es), probablemente serán cumplidos solamente por los usuarios que ya han cumplido la legislación de ABS del país de procedencia. La provisión de divulgación proporcionará poca o ninguna motivación para la divulgación por parte de los usuarios que no cumplen.[182]

- La divulgación no es un remedio, sino sólo un instrumento para mostrar al país de procedencia que podría tener un reclamo – un fundamento para buscar un remedio. A pesar de la divulgación, el país de procedencia todavía tendrá que lidiar con la carga de inspeccionar y ejecutar el cumplimiento de los requisitos de ABS, aún después de que el usuario haya dejado la jurisdicción del país de procedencia y se encuentre en el país usuario.

Como se indicó anteriormente, se han adoptado unas pocas leyes, pero virtualmente no ha habido experiencia con ellas.

3.3.3.3 Remedios y penalidades en países usuarios

Una vez que el país de procedencia (o la fuente) es conciente de que un usuario está utilizando sus recursos genéticos, ese país de procedencia debe activar los procesos para supervisar o verificar el cumplimiento. Si el usuario no cumple con la legislación del país de procedencia, entonces el país debe ser capaz de buscar

---

[180] El alcance al que esta información será transmitida en realidad depende de muchos factores, como se discute en *paras* 3.3.2.3, 3.3.3.1 y 6.5.2 de este libro, en particular donde la divulgación no es obligatoria y donde no se abordan las vulnerabilidades.

[181] *Ver*, por ejemplo, CE, 2002, PAÍSES BAJOS: "*Sources of Existence*…"

[182] Como se indica en el pie de página 284 y el texto acompañante, muchos de esos usuarios concluirán que no se les solicita la divulgación. Algunos rehusarán la divulgación, o identificarán la fuente de manera errónea, reconociendo que el único riesgo actual de tal escogencia es una pequeña multa.

una compensación legal en contra de los usuarios que incumplen, quienes no responden a procesos menos imperativos.[183]

[a] Derechos y remedios legales

En relación con los remedios disponibles para los países de procedencia, la interrogante es si la legislación del país usuario permite los remedios, o solamente impone sanciones. Para este propósito, la diferencia entre "remedio" y "penalidad" es la siguiente:

- La "penalidad" describe cualquier acción que pretende castigar al ofensor y/o evitar futuras ofensas.[184] Las penalidades incluyen multas, prisión, confiscación de la propiedad, revocación/suspensión de la licencia y la restricción o el racionamiento de las actividades desarrolladas bajo la ley o el permiso.

- Los "remedios" son medidas designadas para compensar a la parte perjudicada en una demanda. Los remedios podrían incluir una diversidad de formas de compensación, ordenadas por un tribunal o entidad, que incluyen
  - el pago de fondos (ya sea los fondos merecidos según un contrato o el valor saldado de un daño sufrido por la parte perjudicada);
  - el cumplimiento de los requisitos contractuales (incluyendo la interpretación de un árbitro de las acciones específicas requeridas);
  - mandato o prohibición (órdenes para tomar acción o abstenerse de actuar);
  - rescisión o cancelación de un contrato u otro documento.

Las diferencias principales entre estos dos son (i) quien podría interponer la acción, y (ii) quién recibe el dinero u otro valor pagado si el inculpado pierde. En la mayoría de los países, las leyes penales son iniciadas por el gobierno, y todas las multas y otros dineros recolectados, son retenidos por el gobierno que interpuso la acción.[185] La propiedad confiscada es retenida, destruida o vendida por el Estado, o podría ser impugnada como evidencia, para ser regresada al dueño legal al final del juicio. En contraste, las acciones para remedios son iniciadas por la parte perjudicada y las cantidades adjudicadas son pagadas a la parte perjudicada. En la legislación orgánica de la mayoría de los países, no se permite al Estado interponer acciones privadas en beneficio de los individuos – se debe enfocar en las penalidades más que en los remedios.[186] Es poco frecuente (casi sin precedentes) para ninguna una ley, obligar a la ejecución específica de un contrato u otra legislación del país. De esta forma, una acción de ABS para exigir una distribución de beneficios debe ser aportada por el país de procedencia (u otra fuente) como un querellante privado, o por alguna entidad especial que actúe en nombre del país de procedencia.

La implementación de un país de sus medidas de usuario, normalmente se centrarán en la penalización, más que en garantizar o prestar ayuda al país de procedencia para obtener el cumplimiento de sus requisitos de ABS. Los tribunales nacionales normalmente interpretarán sus derechos de manera específica. Si la ley del país usuario no autoriza puntualmente a sus tribunales

---

[183] Estos temas también son abordados con detalle en el Libro 5 de esta Serie, Young *et al.*, 2007. Como se indica ahí, el mejor acercamiento para el país de procedencia en la mayoría de los casos será informal y no público, debido a que muchos usuarios estarán felices de evitar los procesos legales o la publicidad negativa. El resultado neto es ventajoso para todos, ya que se obtiene sin el costo ni la dificultad de un caso legal. No obstante, una vez que el litigio o las alegaciones en los medios sobre la biopiratería han empezado a hacerse públicos, esta oportunidad se habrá ido (la publicidad negativa es casi imposible de revertir).

[184] Algunas clases de penalidades pueden ser acentuadas mediante la creación de un registro público permanente de la ofensa. Por ejemplo, la cancelación de una autorización o licencia del gobierno, podría intensificarse mediante la creación de una lista de infractores. Formar parte de esta lista podría afectar la oportunidad de que el trasgresor sea capaz de obtener una autorización similar en el futuro. *Ver* por ejemplo, BRASIL: Ley Provisional, Título VIII, Artículo 30, *par*. 1.XIII, que permite que las trasgresiones administrativas sean castigadas por *inter alia*, "prohibición de ingresar a los contratos de la Administración Pública hasta por cinco años.

[185] La disposición de las aranceles difiere de país a país. En algunos casos, las multas administrativas son retenidas por la entidad administrativa que las valoró y las recolectó, en otros son depositados en el fondo general del país.

[186] Generalmente, las únicas acciones civiles que un gobierno puede hacer serán aquellas que aleguen trasgresión de un contrato con el gobierno o un delito contra el gobierno. *Ver*, por ejemplo, BRASIL: Ley Provisional, Título VII, Artículo 28, *par*. VIII "Cuando el Gobierno Federal es una parte [del contrato], el contrato de ABS deberá ser pautado por la ley pública."

a emitir una orden que solicite el cumplimiento, la probabilidad de esta repercusión es muy baja.

Pocas de las leyes nacionales y otros documentos estudiados consideran los derechos y los remedios del proveedor en el país usuario. El primer anteproyecto de la Ley Noruega sobre Diversidad Natural señala que solamente el derecho de ejecución está limitado al gobierno noruego, que "mediante un caso de tribunal, puede ejecutar las condiciones expresadas."[187]

Sin embargo, en las interrogantes de compensación legal, también es interesante considerar las medidas y la legislación adoptada por los países que regulan a los usuarios nacionales de los recursos genéticos nacionales. En muchas de estas leyes, podría discutirse que los mismos derechos que el país proporciona para sí mismo al tratar con los usuarios de sus propios recursos, podrían aplicarse también cuando usuarios en ese país estén utilizando los recursos genéticos de otros países. Por ejemplo, la legislación brasileña supone que los derechos privados según el contrato de ABS son resueltos en acciones civiles, pero brindan un derecho estatutario específico adicional al proveedor (país, comunidad o individuo) para recibir compensación si el usuario ha causado algún perjuicio o daño en el transcurso de la extracción de especímenes.[188] También concede autorización al gobierno para imponer sanciones administrativas[189] (como suspensión de permisos e invalidación de otras aprobaciones administrativas), estableciendo que estas sanciones serán "sin prejuicio de las sanciones civiles o criminales aplicables." Es posible que Brasil pueda tomar las mismas acciones administrativas, cuando logre obtener la notificación de otro país, sobre la utilización de los recursos genéticos en trasgresión de la legislación de ABS de Brasil. La legislación brasileña también faculta y solicita que las "entidades federales competentes" supervisen, intercepten e incauten muestras que han sido "accesadas en una forma contraria a esta Ley." Posteriormente, provee que aquellos poderes y deberes, puedan ser diseminados a otras entidades.[190]

En Costa Rica, las clases particulares de medidas remediales que aplican para supervisión de los usuarios de los recursos genéticos costarricenses, han sido especificadas en forma clara. Estas incluyen provisiones para la supervisión de usuarios, entre ellas las siguientes:

- verificación y control de los propietarios de permisos de ABS,[191] incluyendo poderes de inspección;
- investigación de posibles trasgresiones al consentimiento informado previo;[192]
- suspensión o cancelación de un permiso de ABS, debido a las condiciones cambiantes cuando (legal o ilegalmente), las actividades de ABS son o podrían ser perjudiciales para la biodiversidad o para los recursos genéticos;[193]
- sanciones donde el usuario ha obtenido el acceso a los recursos genéticos sin cumplir con las regulaciones de ABS, de acuerdo con la legislación costarricense.[194]

Esto debe abordarse en "coordinación con las partes interesadas y con los proveedores de los recursos." Una vez que el usuario esté fuera de Costa Rica, también será necesario cumplir con las leyes del país usuario para tomar estas acciones de supervisión. Aquí también, sin embrago, si los funcionarios costarricenses fueran notificados de que un usuario costarricense utiliza los recursos genéticos de otro país sin cumplir con el ABS, éstos podrían requerir que el usuario cumpla las mismas provisiones indicadas anteriormente e incluso aplicarían las mismas sanciones.

---

187 NORUEGA: Anteproyecto de la Ley Noruega sobre Diversidad Natural, § 60, y todas las cláusulas similares.

188 BRASIL: Ley Provisional, Título V, Artículo 16, *par*. 10.

189 BRASIL: Ley Provisional, Título VIII, Artículo. 30, *par*. 1.

190 BRASIL: Ley Provisional, Título IX, Artículo. 32.

191 COSTA RICA: *Normas*… en Artículo 20.

192 *Ibid*.

193 COSTA RICA: *Normas*… en Artículo 27.

194 COSTA RICA: *Normas*… en Artículo 2.

[b] Uso inadaptado de leyes penales existentes

Un enfoque que es citado con frecuencia como una forma de implementar las obligaciones de ABS sobre el lado del usuario, es aplicar la legislación penal existente en el país usuario en contra de un usuario que ha trasgredido la legislación de ABS del país de procedencia. Este enfoque tiene dos defectos cuando se utiliza como el medio principal (prácticamente el único) para aplicar en forma directa las obligaciones de ABS del lado del usuario:

- No proporciona un medio a través del que, el derecho a una distribución equitativa de los beneficios del país de procedencia, pueda ser puesto en ejecución; y

- Las trasgresiones al ABS son diferentes. Las legislaciones penales actuales abordan la toma o el uso ilegal de propiedad convencional. No proveen un fundamento para establecer si el uso del material genético extranjero constituye un "robo" o una "toma ilegal" de tal material, cuándo ha ocurrido esta "toma" o cómo se prueba. Es casi imposible responder a estas interrogantes en una forma que facilite a estas leyes servir como medidas de usuario para la ejecución del ABS.

Por ejemplo, como se discutió en 3.3. y 3.4, Estados Unidos ha identificado dos leyes criminales - La Ley Lacey y La Ley de Propiedad Robada[195] – como sus medidas del lado del usuario primordiales. Ambas son leyes penales, que deben imponerse por el gobierno de Estados Unidos mediante una acción criminal contra el trasgresor. Otra provisión es encontrada en Australia, donde la ley estipula que

> *[una] persona no debe importar intencionalmente un espécimen si sabe que: (a) el espécimen fue exportado desde un país extranjero; y (b) en el momento en que el espécimen fue exportado, la exportación del espécimen fue prohibida por una ley del país extranjero que corresponde a esta Parte.*[196]

Todas estas leyes poseen los dos problemas indicados anteriormente. El único resultado de una acción bajo cualquiera de las dos legislaciones sería penalización (multa o prisión).[197] No hay forma de que estas leyes puedan facilitar un remedio o una acción privados por parte del país de procedencia u otro proveedor. Más importante; sin embargo, es el hecho de que estas leyes solamente aplican si el gobierno puede probar que el espécimen o ítem fue "robado" o "exportado ilegalmente" desde un país extranjero. Debido al extenso terreno poco definido asociado al hacer la distinción entre los "recursos biológicos" y los "recursos genéticos," es claro que un "espécimen" (muestra física) puede ser exportado en forma completamente legal en términos objetivos, en la medida en que el exportador no manifieste explícitamente que el material será utilizado para investigación genética.

En forma práctica, hay otro problema – la discreción de la entidad. Ninguna de estas leyes en forma alguna requiere que el gobierno adopte una acción punitiva. Ninguna persona privada podría hacer una solicitud para su aplicación. Una acción puede ser realizada bajo estas provisiones solamente si el gobierno tiene evidencia clara y confiable, de que su interpretación de la legislación es correcta, y la voluntad de dedicar personal, tiempo y dinero limitados para llevar a cabo esta acción.

[c] Arbitraje

Otro argumento directo de la compensación se encuentra en la comunicación de la Comisión Europea y en las Directrices de Bonn sobre el ABS, que indica específicamente "el posible papel del arbitraje para abordar las infracciones a los acuerdos del ABS," en respuesta a las dificultades asociadas a la jurisdicción sobre el usuario y la aplicación de la legislación extranjera en el país usuario.[198] Esto no se discute ni elabora posteriormente en las Directrices de Bonn.

En la práctica, el arbitraje es una medida del lado del usuario – las partes de cualquier contrato no tienen

[195] Descrito en 3.2.1.2.

[196] AUSTRALIA: Regulaciones de Protección Ambiental y Conservación, 2000, § 303GQ (1).

[197] La cláusula australiana especifica un periodo de cinco años de prisión por trasgresión; sin embargo, es posible que los conceptos de arbitraje judicial (encontrados en alguna parte de la legislación australiana), consideraría esto como un "indicador" del rango de penalización posible o una penalidad máxima, dándole al juez el poder de establecer una penalidad menor o suspender la penalidad sin tiempo servido.

[198] COMISIÓN EUROPEA: Unión Europea 2003, en 7.4.

el derecho de demandar arbitraje a menos de que el contrato lo indique específicamente. Esto significa que el arbitraje es posible solamente si (i) hay un contrato de ABS (un usuario que acata las normas) que requiere de arbitraje, o (ii) las partes lo acuerdan posteriormente. De esta forma, el comentario de la Comunidad Europea implica que las provisiones del arbitraje serán respaldadas más fácilmente que otras provisiones del contrato del ABS, por los tribunales.[199]

3.3.3.4 Complicaciones adicionales – procedencia no revelada

El cuestionamiento más difícil al hacer cumplir las medidas del usuario surge cuando no hay un contrato de ABS o cuando se desconoce o no es divulgado el país de procedencia. Como se indicó anteriormente, la legislación crearía un incentivo perverso si permitiera el uso de los recursos genéticos extranjeros sin el cumplimiento del ABS, en cualquier caso donde el usuario desconozca la fuente del material. Al mismo tiempo, la legislación necesita proporcionar una ruta apropiada para los usuarios que legítimamente desconocen la procedencia específica de los materiales que están utilizando.

La capacidad científica actual, aunada al costo de los procesos de identificación genéticos, indica que la ciencia no ofrece al usuario o al gobierno un medio de identificación fácil de las especies que proporcionan el recurso genético. Sin embargo, incluso si la especie pudiera ser determinada, el país de procedencia podría todavía ser incierto, a menos que la especie sea endémica a un rango muy limitado que esté por completo dentro de un único país. El endemismo de rango limitado, integra solamente a un porcentaje muy pequeño de las especies.[200] Así, la mayoría de las especies y las subespecies tienen más de un país de origen. El problema de "la fuente desconocida es por consiguiente, una dificultad medular para las negociaciones de distribución de beneficios.

3.4 Responsabilidades administrativas del usuario

Las Directrices de Bonn también sugieren medidas administrativas que son relevantes para el usuario del concepto de ABS, de las cuales la más frecuentemente mencionada es la obligatoriedad de cada país para "designar un punto focal nacional (PFN) para el acceso y la distribución de beneficios."[201] Los deberes primordiales del PFN, como se especifica en las Directrices de Bonn, están centrados en el proveedor.[202] Hay muchos asuntos del lado del usuario significativos que deben ser abordados por los PFNs. Uno de estos se encuentra contenido en la tarea del desarrollo de "mecanismos para proveer información a los usuarios potenciales sobre sus obligaciones relacionadas con el acceso a los recursos genéticos." Las Directrices también identifican un papel para "las autoridades nacionales competentes" para "ser responsables de

[199] Los autores no han revisado este tema de manera completa, pero perciben que en Estados Unidos, los árbitros se mantienen circunscritos a la misma ley de contratos que aplicarían los tribunales, de manera que un contrato ambiguo o uno cuyos términos estuvieran sujetos a interpretaciones inconsistentes no sería probablemente aplicable. Algunos aspectos de arbitraje son discutidos en el Libro 5 de esta Serie – Young *et al.*, 2007, en el Capítulo 5.

[200] *Ver* generalmente UICN SSC Lista Roja de las Especies Amenazadas disponible en línea en http://www.iucnredlist.org. Joseph Vogel registra que las especies más raras con frecuencia son poco interesantes para la investigación genética y el desarrollo, debido a la incertidumbre de una fuente permanente para la investigación (o si el material biológico relevante no es replicado con facilidad). Comunicación personal, febrero de 2004. Adicionalmente, Dietrich Jelden (Director de la Autoridad de Manejo de CITES alemana) percibe que el análisis científico de las especies más raras del mundo ha estado en marcha por largo tiempo, de manera que estos especímenes con frecuencia son los más conocidos, en lugar de los menos conocidos. Comunicación personal, marzo de 2003.

[201] Directrices de Bonn, Artículo 13.

[202] Específicamente, para "informar a los solicitantes del acceso a los recursos genéticos sobre los procedimientos para adquirir un consentimiento informado previo y los términos mutuamente acordados, incluyendo la distribución de beneficios, y sobre las autoridades nacionales competentes, las comunidades indígenas y locales relevantes, y los actores pertinentes, mediante el mecanismo de centro de referencia." [N. del T.: Este mecanismo se conoce como CHM, por sus siglas en inglés].

monitorear y evaluar los acuerdos sobre el acceso y la distribución de beneficios;" y para "ser responsables de la implementación/ejecución de los acuerdos de acceso y distribución de beneficios."[203]

La tarea de nombrar un punto focal es sencilla y 81 países lo han hecho, como se muestra en la base de datos del CDB.[204] Estas autoridades, incluso en países que tienen muchos usuarios bajo su jurisdicción, se enfocan de manera significativa en los asuntos relacionados con el acceso a los recursos genéticos propios de ese país. En general, los países asignan estas tareas a las agencias con obligaciones de conservación y científicas, en reconocimiento de los elementos taxonómicos y biológicos del lado del proveedor de ABS. Sin embargo, en el lado del usuario, estos elementos no son tan esenciales, y otros temas clave (asuntos comerciales y legales) podrían ser más esenciales.[205] Por consiguiente, podría ser necesario que los países consideren identificar dos puntos focales nacionales o autoridades competentes independientes – uno para los asuntos del lado del usuario (monitoreando a los usuarios y haciendo cumplir los contratos de ABS),[206] y el otro para los asuntos del lado del proveedor, que son abordados con frecuencia por los puntos focales, en la actualidad. Esta necesidad podría concebirse más obvia y común, una vez que las medidas del usuario sean ubicadas, y los países reconozcan la necesidad de la supervisión de los usuarios bajo su jurisdicción y apoyen las recolectas, las investigaciones y a las entidades comerciales e industriales.

Es importante que todos los países realicen la faena de proporcionar información a los usuarios en relación con el acceso a los recursos genéticos. Para el ABS valdrá la pena el esfuerzo solamente si los usuarios continúan necesitando los recursos genéticos y comprendiendo los procesos administrativos para obtenerlos. Al menos, tres países desarrollados han creado o autorizado programas para apoyar a los usuarios mediante la recolección de información sobre el proceso de obtención de acceso a los recursos genéticos en varios países. Japón, a través de la Asociación de Bioindustria Japonesa está emprendiendo activamente un programa exhaustivo para predesarrollar relaciones con los países de procedencia para facilitar el desarrollo de los arreglos de ABS entre sus usuarios y una diversidad de países proveedores en Asia y otros lugares. De manera similar, Estados Unidos y los Países Bajos, informan que están desarrollando sistemas de información para compilar documentación que apoyará a los usuarios que buscan el acceso a los recursos genéticos foráneos. Este trabajo es complicado debido a que en muchos países, las responsabilidades del CIP y los TMA, están descentralizadas y fusionadas con los procesos de participación pública. En estos países, los requisitos de ABS se negocian de manera individual, y podrían ser diferentes para cada usuario.[207]

---

[203] Directrices de Bonn en 14(c) y (d).

[204] 204 http://www.biodiv.org/doc/lists/nfp-abs.pdf, a partir del 15 mayo de 2007.

[205] Se ignora con frecuencia esta cara de la responsabilidad del PFN. Por ejemplo, el estudio británico sobre el usuario, asume que el punto focal de ABS se centrará en las prácticas de recolecta del manejo de ecosistemas y posiblemente, en la recolección de las ganancias sobre los recursos genéticos británicos, más que en los asuntos comerciales y contractuales: "En el Reino Unido, donde hay un acervo de experiencia profesional sobre la conservación y el manejo de las reservas, las autoridades de las reservas naturales están bien posicionadas para negociar cualquier ganancia posible de la distribución de beneficios (que en general, es módica) y para controlar cualquier abuso en la recolección (es decir, sobreexplotación)." Latorre, 2005, en 5.3.1.

[206] Los autores no han realizado un censo sobre las autoridades nacionales competentes de ABS (ANCs) para establecer cuáles tienen responsabilidades del lado del usuario, si es que aplica a alguna. Notamos que, en el primer anteproyecto noruego de la Ley de Diversidad Natural, la entidad responsable de las medidas de proveedor también está intervenida para supervisar a los usuarios. Probablemente, los expertos de Estados Unidos utilizan la supervisión llevada a cabo por las entidades de aplicación criminal. *Ver* pie de página 105.

[207] Un ejemplo destacado es Filipinas, donde todos los aspectos sobre CIP y TMA están desarrollados al nivel de comunidad local. En consecuencia, cada arreglo de ABS es diferente en cada localidad, y pueden ser particularmente complicados en donde numerosas localidades están siendo estudiadas en el mismo proyecto. Benavidez, 2003.

3.5 Disposiciones prácticas para motivar el cumplimiento de las medidas de usuario

Como un elemento final de la investigación sobre las necesidades prácticas relacionadas con las medidas del usuario de este capítulo, consideramos el valor de otros planteamientos legislativos de uso, en adición a las cláusulas obligatorias, cláusulas voluntarias y medidas de motivación/incentivos. El CDB y las Directrices de Bonn llaman a estas tres clases de medidas, y varios países examinados en este estudio han utilizado o sugerido todos los tres.

3.5.1 Obligatorias

El uso de las cláusulas obligatorias en el país de procedencia ofrece los beneficios de claridad para el país proveedor, y al menos en teoría, promovería el 100% de cumplimiento, simplemente al solicitar cumplimiento a todos los usuarios. Como se indicó, hay numerosos obstáculos actualmente para la creación de un sistema de ABS completamente obligatorio, sobre todo en la actualidad (debido a que no existe ninguna legislación del lado del usuario) los usuarios que no están circunscritos a la legislación de ABS del país de procedencia una vez que ellos y los recursos genéticos han dejado el país, están completamente libres de los requisitos de ABS. Un esfuerzo legislativo mayor sería necesario para crear una red completa de medidas del lado del usuario.

En términos de la creación de un anteproyecto legislativo nacional, el enfoque obligatorio es generalmente más bien fácil de crear. Los cuestionamientos de la legislación obligatoria no están en el texto de los requisitos obligatorios claros, sino más bien en la implementación práctica. Esto es particularmente cierto en el contexto transfronterizo. En un sistema obligatorio, la implementación se debe basar en la supervisión. Debe ser posible confirmar el cumplimiento de los requisitos de ABS y la carencia de cumplimiento, según un criterio confirmable externamente. Esto no es un requisito para la puesta en práctica, sino también para la aplicación básica. La aplicación del sistema solamente puede ser consistente y justa, si todos los usuarios están aplicando los mismos estándares en la misma forma. Las provisiones obligatorias deben estar respaldadas por una supervisión específica y mecanismos de ejecución. Una provisión obligatoria que carece de estos mecanismos de ejecución, no es diferente en impacto de una provisión voluntaria o una provisión no vinculante.

Generalmente, las medidas obligatorias operan en dos formas posibles: (i) la legislación es ejecutada mediante la supervisión gubernamental directa, o (ii) el gobierno crea las leyes (y controla ciertos aspectos), pero la persona o el sector beneficiado o protegido por la legislación, es responsable de inspeccionar su implementación. Se piensa habitualmente que el ABS prefiere el segundo tipo de medida. Desafortunadamente, como se discute en el Capítulo 6, tales medidas son efectivas generalmente solo cuando el sector beneficiado es capaz financieramente y está motivado para incurrir en los costos y en los esfuerzos significativos, para hacer cumplir la legislación. En muchos casos, los proveedores de los recursos genéticos no tienen los fondos o la capacidad para asumir estas tareas – de manera que la ejecución básica es un desafío y un obstáculo potencial para el ABS.

3.5.2 Provisiones no obligatorias (medidas voluntarias y recomendaciones)

Otra clase de medida que ha sido discutida con detalle en el contexto de ABS, es la idea de medidas "voluntarias," incluyendo los documentos como la "divulgación voluntaria del origen en las solicitudes de patentes." Aunque criticadas por algunos, las medidas voluntarias pueden cumplir un papel definitivo y útil en cualquier sistema legislativo. La adopción de medidas puramente voluntarias es muy efectiva cuando éstas son deseadas por la industria regulada, lo que podría suceder cuando la industria reconoce la necesidad de actuar en una forma más coherente, pero requiere de la ayuda y la guía del Estado para hacerlo. Un factor que en algunas ocasiones motiva a un sector industrial a buscar las medidas voluntarias es su deseo de evitar una legislación más restrictiva. Encarando esta perspectiva, los grupos industriales

desarrollarán y adoptarán estándares voluntarios en algunas ocasiones.[208]

Muchas medidas de ABS, aunque obligatorias en la forma en como están expresadas, tendrán un impacto voluntario porque no permiten la supervisión o cualquier otro medio de confirmación de parte del gobierno u otra acción que asegure o promueva el cumplimiento o la ejecución. Recientemente, muchos países han sugerido desarrollar información concreta sobre intereses industriales, como un medio para crear medidas de usuario funcionales. Los Países Bajos, así como la Comunidad Europea y Suiza, han sugerido la creación de medidas voluntarias, en la forma de "desarrollo de Códigos de Conducta que contengan los principios básicos"[209] para promover el cumplimiento voluntario de ABS.

A la fecha, el desarrollo más activo de medidas voluntarias ha sido el grupo de procedimientos que rigen la recolección y la transferencia/seguimiento, mediante colecciones *ex-situ* de especímenes biológicos (que son primordialmente "intermediarios," aunque también están involucrados en investigación taxonómica y otras investigaciones). Estos procedimientos han sido desarrollados por los jardines botánicos[210] y colecciones de microorganismos.[211] Otro esfuerzo en curso es el trabajo bajo la Iniciativa del BioComercio (mencionado en 3.2.3) para desarrollar un código de conducta para el uso de extractos biológicos, centrado en las actividades y las responsabilidades del usuario. Mientras que el alcance del código es mucho más amplio que el ABS, la iniciativa ha recibido fuertes indicios de que algunos usuarios están interesados en aplicar las directrices a los materiales tanto genéticos como biológicos, con la condición de que sus provisiones sean comercialmente razonables.

Aparte de estos ejemplos, la mayoría de las propuestas para medidas de ABS voluntarias no están basadas en un análisis acerca de su funcionalidad o utilidad, sino más bien como respuesta al cuestionamiento de que las medidas obligatorias no son posibles o prácticas. En general, este razonamiento resultará en medidas voluntarias que no son tan efectivas, a menos que puedan ser ligadas a algún factor motivador ampliamente reconocido, o modificadas para convertirse en "medidas de motivación o de incentivo."

Sin embargo, recientemente se han abordado muchos estudios iniciales sobre las prácticas y las actitudes del usuario.[212] Estos estudios evidencian que algunas entidades de investigación, comerciales e industriales que participan en los procesos y los debates sobre ABS, anhelan claramente directrices y ayuda de este tipo. No obstante, más claramente demuestran que un porcentaje mucho más alto de entidades de investigación, comerciales e industriales, todavía no apoyan esta perspectiva.

La OCDE en una evaluación reciente sobre los mecanismos voluntarios, demuestra que tales mecanismos tienen un impacto limitado, a menos que sean utilizados de forma selectiva, como parte de una "mezcla de normas" que les permita abordar asuntos en los que no se necesitan otros mecanismos (porque hay un fuerte deseo de cooperar) o cuando no sea posible (debido a que todavía no se han desarrollado ni el sistema básico ni la comprensión relevantes).[213] En el ABS, ha habido poco análisis de la interrogante clave – el deseo de la industria de estas medidas – excepto en Japón, cuya comunidad usuaria incluye muchas compañías que han afirmado un fuerte deseo por cumplir con los requisitos de ABS.

---

[208] Muchos ejemplos históricos sobre este proceso son discutidos en Young, 2006b, en 50. En algunos casos, el gobierno adopta formalmente los estándares voluntarios para asegurar que el sistema sea reconocido de manera uniforme.

[209] PAÍSES BAJOS: "*Sources of Existence*" en 2.4, 3.2.

[210] Ver los principios de la Corporación Internacional de Jardines Botánicos – "Principios sobre el acceso a los recursos genéticos y distribución de beneficios para las instituciones participantes" (disponible en www.rbgkew.org.uk/conservación) y el Código de Conducta de la Red de Intercambio Vegetal Internacional (www.biologi.uni-ulm.de).

[211] Código de Conducta Internacional sobre el Uso Sostenible y Acceso de Microorganismos (MOSAICC) disponible en www.belspo.be/bccm/mosaicc.

[212] Holm-Müller *et al.*, 2005; Latorre, 2005; Frison Dedeurwaerdare, 2006.

[213] Börkey *et al.*, 1999, en 42 y 129.

3.5.3 Incentivo y motivación

Cuando los mecanismos obligatorios (la dominación y el control) no son prácticos – es decir, que no pueden funcionar en una forma que garantice el cumplimiento consistente – y hay suficiente deseo por parte de las industrias reguladas para que las medidas voluntarias tengan el impacto deseado, el uso de medidas de incentivos económicos y/o legales podría todavía proporcionar una solución. Conceptualmente, los incentivos económicos legales y otras medidas de motivaciones creadas por el sistema, son muy simples – más que requerir de una acción específica (que precisa de supervisión y ejecución), el gobierno adopta un enfoque opuesto, ofreciendo algunos beneficios positivos para aquellos que realizan la acción. Este enfoque ubica la parte pesada de la responsabilidad sobre el usuario, no por obligación, sino por interés propio. El usuario obedecerá si desea recibir el beneficio. Las medidas de incentivo pueden cubrir la mayoría de las actividades que serían impuestas normalmente mediante las medidas obligatorias. Solamente la razón para el cumplimiento cambiaría – en lugar de actuar motivado por una inclinación legal (tomando la mínima acción requerida por la ley), el usuario actuaría según la inclinación de sus propios intereses, posiblemente llevando a cabo una acción más intensa, si se dispone de un beneficio mayor.

El desafío en el desarrollo de medidas de motivación/incentivos es una cuestión operativa. Es imperativo que el beneficio proporcionado por la medida para el usuario sea deseable. Su valor subjetivo para otros usuarios debe ser lo suficientemente grande para contrarrestar los costos y los otros impactos del cumplimiento. Adicionalmente, ese beneficio no debería estar disponible a los usuarios que no realicen la acción deseada. Esto significa que deberán de haber métodos claros para comprobar o documentar que se califica para el incentivo. Finalmente, al utilizar los incentivos no se deben desestimar sus costos. Las medidas de incentivo no están libres de costos para el gobierno, ya que será esencial contar con mecanismos para confirmar el cumplimiento, para evitar los intentos por obtener el incentivo sin que haya cumplimiento y para mantener los registros.[214]

Hasta ahora, se ha dado relativamente poca atención al concepto de incentivo en las medidas del usuario de ABS con excepciones importantes.

En el 2005, el Ministerio de Economía, Comercio e Industria de Japón, junto con la Asociación de Bioindustria Japonesa, concluyeron un proceso de múltiples años mediante el que desarrollaron un grupo de directrices para los usuarios de los recursos genéticos (las "Directrices Japonesas").[215] Basadas en las Directrices de Bonn, las Directrices Japonesas proporcionan un grupo de principios básicos y sugerencias para los usuarios que buscan actuar con las mejores prácticas en el cumplimiento de ABS. Dos son los factores que destacan en las Directrices Japonesas cuando se les compara con otras directrices. Primero, están centradas directamente en la aclaración de las obligaciones de los usuarios como se conciben según las Directrices de Bonn; y segundo, incluyen un incentivo directo para los usuarios que cumplen con las directrices. En la Parte IV, analizan la capacidad del Ministerio para proporcionar ayuda y consejo así como otras clases de apoyo para los comercios que "hacen negocios en una forma que se adapta a las Directrices [Japonesas]." En esencia, esta provisión es una medida de incentivo – que ofrece apoyo gubernamental a cualquier empresa que cumple con las directrices, y que aún confronta impedimentos para obtener la aprobación del proveedor y otras actividades. El deseo de evitar ser etiquetado o mal interpretado como "biopiratas," aunado al incentivo, podrían ser un factor primordial para motivar a las compañías japonesas a cumplir con las Directrices Japonesas.

[214] *Ver*, Smith y Young, 2006.

[215] JAPÓN: METI/KBA, 2006, Directrices para el Acceso a los Recursos Genéticos para los Usuarios en Japón, Ministerio de Economía, Comercio e Industria (adoptado en marzo de 2005, publicado en inglés en 2006).

Asimismo, bajo la investigación técnica de los ministerios, muchos países han identificado a la distribución de los beneficios y/o al cumplimiento del ABS, como un factor determinante en la autorización de proyectos o la emisión de concesiones.[216] Estos programas están dirigidos generalmente a proveedores, organizaciones y entidades tales como empresas consultoras y agencias de cooperación, que probablemente quisieran distribuir los beneficios (o poseen una obligación de hacerlo). También podrían alentar a los solicitantes que no están tan inclinados a considerar la distribución de los beneficios.

Por otro lado, el reconocimiento legal del enfoque de incentivos existe, pero no ha sido ampliamente aplicado. La legislación sobre la biodiversidad general de Costa Rica, reconoce la utilidad de los incentivos, y solicita el desarrollo de una variedad de sistemas de incentivos, aplicables a aquellos usuarios que están utilizando los recursos costarricenses. Entre estos se encuentran los créditos fiscales y las exoneraciones, prioridad administrativa en algunas solicitudes relevantes y concesión de licencias y el acceso a incentivos especiales para el desarrollo de negocios.[217]

Se han hecho otras sugerencias para el desarrollo global de un sistema de "certificación voluntaria," como otro tipo de incentivo.[218] Aunque podría sonar simple, la idea de crear un sistema de certificación de ABS resulta compleja y costosa, tanto en su creación como en su mantenimiento.[219] Para una certificación voluntaria que proporcione un incentivo para cumplir con el ABS, por ejemplo, se debe ofrecer un beneficio a los usuarios que cumplen y ese beneficio no debe estar disponible para los usuarios que no cumplan los requisitos de ABS. Lo más importante es que el beneficio debe poseer suficiente valor para compensar los costos de cumplimiento. Otro punto crítico sobre la certificación es que no aspira al 100% de participación, pero asume que algún porcentaje del sector escogerá no buscar la certificación. La idea de la certificación continúa siendo tentadora para algunos participantes de las negociaciones. Sin embargo, por sí misma, evidentemente no es una herramienta para

---

[216] De acuerdo con el Secretariato del CDB, "Dinamarca y Suecia brindan ejemplos de las situaciones donde los requisitos del acceso y la distribución de beneficios deben ser reunidos como un prerequisito para financiamiento. En Dinamarca, como se dispone en la propuesta, los proveedores del financiamiento para la investigación y los proyectos de desarrollo, deben, por contrato, incluir la aplicación de las Directrices de Bonn como parte de las condiciones para el financiamiento. En Suecia, una política adoptada por la Agencia Sueca de Cooperación para el Desarrollo Internacional, solicita el establecimiento de un acuerdo de transferencia de material entre el proveedor y el receptor de los recursos genéticos en las actividades de cooperación de investigación, financiadas por la Agencia, cuando aquellas actividades involucren material genético. De la Nota hecha por la Secretaría Ejecutiva, "Análisis de las Medidas para Garantizar el Cumplimiento con Consentimiento Informado Previo de la Parte Contratante Proveedora de los Recursos Genéticos y los Términos Mutuamente Acordados sobre los que se Otorgó el Acceso, y Otros Enfoques, Incluyendo un Certificado Internacional de origen/fuente/procedencia legal," PNUMA/CBD/GT-ABS/3/5, en *para* 29, "Medidas de Incentivo," citado textualmente "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo," "La Implementación por parte de la Comunidad Europea de las ´Directrices de Bonn´ sobre el Acceso a los Recursos Genéticos y la Distribución de Beneficios según el Convenio sobre la Diversidad Biológica," Bruselas, 23.12.2003, COM(2003) 821 final, p. 22." Los ICBG de Estados Unidos bajo los Institutos Nacionales de la Salud supuestamente también utilizan la distribución de beneficios como un factor en el proceso de aprobación de financiamiento. Rosenthal, 1996; Rosenthal, 2006; y Rosenthal *et al*., 1999.

[217] COSTA RICA: Ley de biodiversidad, No 7788, Artículo 100 (Incentivos). Atención similar a los incentivos, que podrían ser aplicados al ABS, se encuentran en El Salvador, Ley del Medio Ambiente, Decreto Nº 233, 1998, en Capítulo VI, Artículo 32 (los objetivos de incentivo incluyen incentivos para promover el uso sostenible).

[218] El proponente principal ha sido el gobierno suizo, que ha emprendido algún trabajo intensivo, originalmente centrado en la "certificación de ABS." En último término, ese trabajo inicial se ha convertido en el desarrollo de una directriz para negociar los Acuerdos de ABS. *Ver* IISD, Stratos y Cabrera, 2005. El gobierno suizo continúa promoviendo la idea de un sistema de certificación de ABS. Siguiendo a su líder, la Comunidad Europea y otros han sugerido una consideración posterior de este concepto. *Ver*, EC, 2003; y Holm-Müller *et al.,* 2005, en *para* 2.4.1. La legislación costarricense citada en el pie de nota previo, sugiere la creación de una "etiqueta ecológica" como una posible medida de incentivo.

[219] *Ver* Young, 2004. En Holm-Müller *et al*., 2005, en *para* 5.2.4, este resultado es observado en el ABS, donde el sistema MOSAICC fue citado como un sistema voluntario útil que "puede ser diseminado en todo el sector interesado a bajos costos de transacción." Los autores notaron que MOSAICC está enfrentando ahora dificultades temporales, provenientes del hecho de que, aunque hasta ahora contaban con el financiamiento del gobierno, el financiamiento de MOSAICC es ahora cada vez menor y necesita una base de financiamiento permanente.

la motivación/incentivo a fin de garantizar el cumplimiento de la distribución de beneficios.[220]

Sin embargo, la cuestión crítica latente tanto para las medidas voluntarias como para los incentivos, es la actitud y el conocimiento de la industria. En los estudios sobre usuarios nacionales británicos y alemanes, fue claro que incluso aquellos usuarios que habían sido motivados lo suficiente para responder a los cuestionarios escritos sobre el tema, estaban desinformados en gran medida sobre el concepto y las responsabilidades del CDB y del ABS.[221] La Unión Europea ha sugerido la posibilidad de incluir los asuntos de ABS (cumplimiento con las Directrices de Bonn) en su Proyecto Eco-Manejo y Auditoría (EMAS), indicando que podrían desarrollarse estándares de cumplimiento de ABS – para ser incluidos en los estándares *existentes* mediante los que las empresas certificadas EMAS, pueden "evaluar y mejorar su desempeño ambiental." A la fecha, la Unión Europea visualiza al EMAS como una medida voluntaria, más que como un incentivo, indicando que este proyecto "serviría al propósito de ayudar a los usuarios a mejorar su desempeño ambiental general, incluso en relación con el acceso y la distribución de beneficios, pero no alteraría sus obligaciones legales."[222]

3.6 Resumen – adopción a nivel nacional de medidas de usuario bajo las Directrices de Bonn

La situación actual del cumplimiento nacional de los elementos del país usuario de las Directrices de Bonn es relativamente sombrío. Una vez que un usuario está operando fuera del país de procedencia – se ha ido "más allá del acceso" – el usuario también está básicamente lejos del alcance de la legislación del país de procedencia y de los procesos legales. Esto deja a toda la legislación del país proveedor o de procedencia vulnerable, debido a la casi total imposibilidad de ejecución.

Como mínimo, parece que los objetivos de la funcionabilidad de ABS, si se abordan mediante mecanismos obligatorios, deben alcanzarse mediante las siguientes medidas del lado del usuario:

- Solicitar a los usuarios de los recursos genéticos extranjeros cumplir con las medidas de ABS del país de procedencia;
- Establecer estándares para la ejecución de estos requisitos; y
- Proveer los fundamentos para la ejecución en contra de los usuarios que no tienen permisos de ABS, para evitar un incentivo perverso que favorezca el no cumplimiento o la no divulgación (y promover la equidad).

---

[220] El hecho de que los asuntos de ABS son relativamente desconocidos y complejos, hace poco probable que los consumidores u otros estén interesados y suficientemente informados para seleccionar o dar a conocer otros beneficios basados en la presencia de una "etiqueta de ABS." Esto sugiere que probablemente será más efectivo para los proponentes de ABS acercarse a las entidades de certificación social y ambiental existentes para solicitarles adicionar puntos de ABS a sus estándares de certificación. Para que la certificación tenga un impacto positivo en el área ambiental o social que se está abordando, es necesario que se deba certificar algún comportamiento que sea activamente beneficioso y que puede ser objetivamente verificado. Estos elementos pueden no ser fáciles de encontrar en el contexto de ABS. Una discusión general acerca del uso de la certificación para alcanzar objetivos ambientales se encuentra en Young, 2004. Un ensayo inicial sobre la idea de la certificación en ABS, pero que no trata ninguno de los temas indicados anteriormente, se puede encontrar en Glowka, 2001, "*Towards a Certification System for Bioprospecting Activities*" (Secretariato del Estado Suizo para Asuntos Económicos).

[221] Holm-Müller *et al.*, 2005; Latorre, 2005. Por ejemplo, en el estudio alemán, de 150 encuestados, solamente 30 indicaron que tenían suficiente conocimiento sobre el CDB y el ABS para responder las preguntas relacionadas a su cumplimiento de las responsabilidades de ABS y una cantidad mucho menor indicó menos que conocía realmente lo que era el ABS. El estudio británico (en 3.1.1) indicó que más del 80% de los entrevistados estaban concientes del CDB, pero que esta "conciencia general del CDB no implicaba necesariamente la comprensión de sus provisiones" y encontró que "una gran proporción de [entrevistados] tenía solamente un entendimiento básico sobre la relevancia y las implicaciones del CDB para su trabajo." Resultados similares parecen haber sido encontrados en el estudio belga (Frison Dedeurwaerdare, 2006), si bien estos no siguieron el patrón de los dos estudios iniciales y de esta forma, no son comparables en forma directa y no proporcionan el mismo nivel de especificidad en los resultados reportados.

[222] "*Analysis of Measures to Ensure Compliance with Prior Informed Consent of the Contracting Party Providing Genetic Resources and Mutually Agreed Terms on which Access Was Granted, and of Other Approaches, Including an International Certificate Of Origin/Source/Legal Provenance*," PNUMA/CDB/GT-ABS/3/5.

Se han identificado muchas dificultades y desafíos en esta tarea, lo que sugiere que las medidas obligatorias tal vez no son la opción más efectiva, señalando la necesidad de cambiar el paradigma general, de forma tal que se enfoque en motivación/incentivos solamente, o en una combinación de medidas permisivas y medidas obligatorias. Sin embargo, actualmente esa perspectiva abrumadora todavía se enfoca en un sistema de ABS obligatorio. En consecuencia, el primer acercamiento de este libro es centrarse en tales medidas.

Detrás del fallo en la adopción de las medidas del lado del usuario, se puede encontrar una razón en la ausencia de una base analítica bajo el ABS, que podría proporcionar a los legisladores y los redactores un fundamento para la construcción de sistemas. Los siguientes capítulos examinan y aclaran esas bases, de acuerdo con el conocimiento de los autores después una investigación y análisis extensos. En lo sucesivo, ofrecemos sugerencias sobre las medidas del usuario que reconocen las realidades y los objetivos de promover la investigación, el desarrollo y las actividades comerciales e industriales, al tiempo que se alcanzan las metas del tercer objetivo del CDB.

4 Analizando los "bloques de construcción" del concepto de ABS desde la perspectiva del usuario

El mundo no está dividido en forma uniforme entre "países usuarios" y "países de procedencia," por ello, el papel de cada país en el ABS, depende de la transacción en particular en la que esté involucrada. Cualquier país podría ser una fuente de recursos genéticos. Si el usuario está operando en otro país (como se explicó en el capítulo 3), el país donde ocurre el uso – ya sea altamente desarrollado o no – es el "país usuario" de esa transacción. En este sentido, todos los países de procedencia encaran el mismo problema – que la legislación del país usuario no solicite a los usuarios cumplir los requisitos del ABS en lo que se refiere al uso de los recursos genéticos foráneos. Por último, entonces, todos los países deben adoptar medidas del lado del usuario bajo el Artículo 15.7 del CDB y todos los países se beneficiarán si esta legislación es adoptada e implementada.

Como se indicó en el Capítulo 3, la carencia de las medidas que controlan a los usuarios de los recursos genéticos después que hayan dejado el país de procedencia, constituye una inhibición seria de la funcionalidad de ABS. Ciertamente, no es el único obstáculo para un régimen de ABS funcional. No obstante, aun si los demás obstáculos fueran aclarados, esta carencia de medidas recíprocas todavía evitaría la operación del sistema.

Desde la perspectiva de los países con el más alto número y la mayor diversidad de usuarios,[223] la falta de medidas del lado del usuario se explica fácilmente. El concepto de ABS es "desorganizado" – es decir, es legalmente ambiguo e incierto. La mayoría de los países con altos números de usuarios poseen sistemas legales que funcionalmente son dependientes de una interpretación rigurosa – las leyes deben basarse en un marco lógico y consistente internamente. Si una ley no alcanza estos estándares, las constituciones nacionales, la legislación orgánica, las prácticas judiciales y las obligaciones, las considerarán como "inexigibles." En ese caso, no será legalmente posible tomar acciones o ejecutarlas bajo esa legislación.

Cuando se realizó el borrador del CDB, se esperaba que la legislación que se implementara en cada país resolviera las ambigüedades del Convenio en el ámbito nacional, y que con el tiempo, estas decisiones nacionales se combinarían y se convertirían en un "régimen internacional" sistemático.[224] Sin embargo, muchos factores han evitado este proceso de desarrollo orgánico.[225] A la fecha, no se ha convenido en forma general ningún análisis consistente y riguroso que proporcione fundamentos suficientes para la adopción de las medidas del lado del usuario en estos y otros países.

A pesar de que actualmente las negociaciones en curso se relacionan con el régimen internacional, no está claro si esto producirá una serie de conclusiones concretas (una clase de instrumento internacional en ocasiones llamado "interpretaciones convenidas") o solamente declaraciones normativas adicionales y lineamientos más fuertes de una obligación nacional relacionada con el ABS. De cualquier forma, será necesario que cada país desarrolle una organización analítica clara para las medidas del usuario que proporcionarán bases de un régimen amplio para un régimen de ABS funcional. Como se indicó en 2.7.4 y 3.5 anteriormente, podrían haber muchas formas de hacer esto; no obstante, los argumentos actuales se enfocan en un sistema que esté basado en una obligación legal (requisitos) más que en incentivos. Este capítulo

[223] Generalmente se estima que sea Estados Unidos, Japón, los países de Europa occidental, India y Australia.

[224] *Ver*, Hendrickx *et al.*, 1993; y Glowka, 1998 asume esto sin ponerlo de manifiesto.

[225] Discutido en Young, 2006b, en 17.

analiza varios elementos necesarios, iniciando por el paradigma actual y sus ambigüedades, y proporcionando un análisis legislativo creíble que podría ser utilizado para desarrollar legislación nacional y otras prácticas para satisfacer las responsabilidades de los países en lo que se refiere a los usuarios bajo su jurisdicción.

Este capítulo se centra en la aplicación principal del Artículo 15.7:

> *Cada Parte Contratante tomará las medidas legislativas, administrativas o políticas que sean apropiadas, y de acuerdo con los Artículos 16 y 19 y, cuando sea necesario, mediante los mecanismos financieros establecidos por los Artículos 20 y 21 con la meta de distribución en una forma justa y equitativa de los resultados de investigación y desarrollo, y los beneficios que surgen de la utilización comercial u otra de los recursos genéticos con la Parte Contratante que provee tales recursos. Esta distribución se hará bajo términos mutuamente acordados.*

Las ambigüedades e interpretaciones inconsistentes de este lenguaje cubren un amplio rango. Nacieron a partir de tres conceptos indiferenciables centrales –

- "los recursos genéticos," que definen el alcance general de ABS,
- "la utilización de los recursos genéticos" que describe el activador de la relevancia de ABS, y
- "los beneficios que surgen" de esa utilización, que activa la obligación de distribución de beneficios del Artículo 15.7

Aunque el término "recursos genéticos" existía antes del CDB, no había sido utilizado para describir un interés o una propiedad legalmente reconocible que pueda servir de base para otorgar derechos exclusivos o no exclusivos. Así, es central para cualquier desarrollo legislativo en ABS, aclarar estos tres conceptos en términos que proporcionen una base legal para su aplicación y que tomen en cuenta las necesidades prácticas para garantizar que el concepto de ABS sea legalmente implementable. Siguiendo este análisis, este capítulo entonces conceptualiza legalmente el sistema funcional de distribución de beneficios. Es decir, cómo se activa ese sistema y cómo podría funcionar.

La interpretación y la implementación del Artículo 15.7 (tanto desde el lado del usuario como del lado del proveedor), activan tres interrogantes primordiales: *¿Qué son los "recursos genéticos"? ¿Cuáles son las actividades que constituyen la "utilización de los recursos genéticos" para propósitos del ABS? y ¿Cuándo surgen los "beneficios de la utilización de los recursos genéticos?*

Estas interrogantes todavía no han recibido contestación, ni en la legislación/normativa ni en la literatura de expertos, sin embargo, dichas respuestas deben generar un marco básico que pueda ser aplicado consistentemente en todas las situaciones legales relevantes que conducen hacia resultados replicables o predecibles.[226] El régimen de ABS no puede funcionar si las empresas usuarias, los países de procedencia, los investigadores u otros proveedores no tienen suficiente "certeza legal" respecto a la naturaleza y al valor de los derechos o los contratos de ABS. Las siguientes secciones responderán esas tres interrogantes mediante la aplicación de principios de análisis de interpretación legal.[227]

---

[226] Para otra discusión sobre los conceptos "recursos genéticos" y "utilización de los recursos genéticos," *ver* Tvedt, 2006.

[227] Incluso en los instrumentos legales internacionales negociados cuidadosamente, es necesario con frecuencia involucrarse en el proceso de la interpretación legislativa – estudiar el lenguaje, el contenido y la intención del instrumento para obtener una comprensión específica legal sobre el significado y del objetivo de provisiones particulares. Al abordar este asunto, los autores han hecho frente a un análisis legal de acuerdo con las reglas promulgadas por el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, en relación con la forma en la que deben interpretarse los instrumentos vinculantes internacionales, cuando haya problemas de falta de claridad, comprensión insuficiente, o cuando el tratado debe ser aplicado a una situación o interrogante que no está contestada en forma directa en el lenguaje del convenio.

Sin embargo, para garantizar que el documento sea legible y accesible para la audiencia meta, hemos sintetizado nuestros análisis legislativos más grandes, que aparecerán en algún punto en una publicación legal. Mientras tanto, este pie de página establece los ocho componentes del Convenio de Viena del proceso de interpretación, para su efecto legal:

(i) Aplicación directa del lenguaje del Convenio mismo (Convenio de Viena, Artículo 31, *paras* 1 y 2).

4.1 Bases políticas para los beneficios que surgen de la utilización de los recursos genéticos

4.1.1 La naturaleza de los "recursos genéticos"

La estructura de ABS, como se visualiza en el CDB, está vinculada claramente por un concepto clave – la noción de los "recursos genéticos" como una clase de material o interés que se puede poseer (ya sea exclusivamente o no exclusivamente), controlado, transferido o sujeto a otros derechos y controles.

Los cuestionamientos básicos al respecto, tienen que ver con el significado legal del término recursos genéticos y cómo los recursos genéticos son considerados en la práctica por usuarios y otros. El empleo de este término se ha difundido desde su inclusión en el CDB y se ha diseminado en numerosos debates, documentos internacionales,[228] y en muchas leyes nacionales. Sin embargo, a pesar de ello carece todavía de claridad en la definición o de desarrollo regulador necesario para la legislación aplicable. Por ejemplo al plantear la pregunta "¿qué es un recurso genético? a cualquier grupo, puede derivar en una diversidad de respuestas. Ninguna de las distintas acepciones de este término ha sido capaz de aclarar su significado, por ello aún se utiliza de forma inconsistente.

Una primera observación importante respecto de los "recursos genéticos" es su relación con la continua evolución en el conocimiento científico. Originalmente, el material genético está ligado a una fuente física identificable – un espécimen biológico de origen vegetal, animal, microbiano u otro y proviene de dicha fuente. Esta es una diferencia fundamental frente a otras propiedades intelectuales, que pueden protegerse porque surgen de una fuente intelectual (innovación humana). No obstante, a medida que avanza la tecnología, cada vez resulta más innecesario mantener alguna conexión con la fuente física, durante el proceso de utilización del recurso genético. Se han creado innovaciones basadas en la investigación genética y bioquímica, por parte de personas que nunca tuvieron acceso al material físico – solamente a la información sobre sus características genéticas y/o bioquímicas, por ejemplo, mediante digitalización. La nanotecnología, tal y como se aplica al contexto del uso genético, expandirá el número de formas en que los recursos genéticos se pueden utilizar, y posteriormente reducirá la dependencia en las muestras físicas.

(ii) Aplicación directa del lenguaje de otros documentos que forman parte del mismo convenio, tales como en el análisis actual, el Protocolo de Cartagena y los anexos relevantes del CDB (ver Convenio de Viena, Artículo 31, *paras* 2 y 3).

(iii) Aplicación directa del lenguaje de instrumentos independientes entre las mismas partes "que establecen el acuerdo de las partes respecto a su interpretación." (Convenio de Viena, Artículo 31.3(b)) Estas "interpretaciones convenidas" no han sido utilizadas en el CDB, donde las decisiones de CDP no se ejecutan por plenipotenciarias nacionales.

(iv) Prácticas subsecuentes que ayudan a establecer el acuerdo de las partes (Convenio de Viena, Artículo 31, 31.3 (b)). En el contexto del CDB, esta categoría describe las "decisiones de CDP."

(v) Derecho consuetudinario internacional (incluido por referencia genérica en el Convenio de Viena, Artículo 31, *para* 3, y definido por los Estatutos del Tribunal Internacional de Justicia, Artículo 38.1(b)).

(vi) Información recabada a partir del estudio del "trabajo preparatorio del convenio y las circunstancias de su conclusión" (Convenio de Viena, Artículo 32).

(vii) Análisis más amplio de los objetivos o la intención del instrumento (autorizado bajo el Convenio de Viena, Artículo 32).

(viii) Determinación del significado de la información contemporánea relacionada con la intención de las partes (Convenio de Viena, Artículo 32).

El orden de precedencia está claramente establecido por el Convenio de Viena en el Art.32. Si el primer método (análisis lingüístico) proporciona una interpretación clara que responde a todas las preguntas legales relevantes, entonces los pasos restantes no son necesarios, sin embargo, como se menciona después, aún pueden ser usados para confirmar el significado que ha sido determinado por la interpretación.

228 *Ver*, por ejemplo, Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, los debates del Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes, en FAO y en el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (TIRFAA) y en el Consejo de ADPIC de la OMC. Estos cuatro procesos han intentado en general utilizar (es decir, esperar la aclaración de) las definiciones y los conceptos del CDB. Un quinto proceso internacional, centrado en los recursos genéticos marinos, son las Deliberaciones del Proceso Abierto de Consultas de las Naciones Unidas sobre los Océanos y el Derecho del Mar (UNICPOLOS, por sus siglas en inglés). Sin embargo, en este proceso, el significado y la aplicación de la terminología del CDB no han sido utilizados, así que gran parte del debate sobre "recursos genéticos marinos" se ha enfocado en aplicación de los límites en la toma de las muestras – un asunto de "uso sostenible" – más que sobre los asuntos actuales de ABS en el tercer objetivo del CDB. *Ver* informe de la octava Reunión, en http://www.iisd.ca/vol25/enb2543e.html.

En general, el análisis de un término legal inicia a partir de su definición declarada,[229] cambiando a otros métodos de interpretación sólo cuando la definición (y en la medida en que) sea poco clara.[230] Para comprender el término "recursos genéticos," entonces, es necesario iniciar con un grupo de tres definiciones interrelacionadas del CDB:

- Los "recursos biológicos" incluyen recursos genéticos, organismos o partes de ellos, poblaciones o cualquier otro componente biótico de los ecosistemas con uso o valor actual o potencial para la humanidad.

- Los "recursos genéticos" significan material genético de valor actual o potencial.

- El "material genético" significa cualquier material de origen vegetal, animal, microbiano u otro, que contenga unidades funcionales de la herencia.[231]

En conjunto estas definiciones no proporcionan un fundamento claro para establecer cuáles recursos son "recursos genéticos." Aún así es evidente (desde una lectura conceptual del CDB y a partir de un análisis histórico de las negociaciones del CDB), que el Artículo 15 tiene la intención manifiesta de aplicar solamente a los "recursos genéticos" y que las Partes percibieron que los recursos genéticos deben ser distinguibles de otros recursos biológicos que son adquiridos y utilizados en masa. De esta forma, una comprensión clara del significado de este término debería incluir una comprensión de sus límites positivos y negativos en el alcance del Artículo 15.

El análisis lingüístico de estas tres definiciones sugieren que la diferencia entre los "recursos genéticos" y la categoría más amplia de "recursos biológicos", podría depender de dos características distintivas: el material debe "contener unidades funcionales de la herencia" y debe ser de "valor actual o potencial." Estos dos conceptos básicos ofrecen un fundamento teórico para establecer el significado y el alcance del término "recursos genéticos."

Ambos términos son problemáticos, ya que muchos análisis no legales indican que casi todo el material de origen biológico contiene "unidades funcionales de la herencia" y que, basado en los objetivos del CDB, todo el material biológico es de "valor actual o potencial." Sin embargo, desde una perspectiva legal, la interpretación de estos conceptos es crítica porque proporciona indicaciones fuertes acerca de las intenciones del negociador relacionadas con el papel de los recursos genéticos dentro del CDB. De acuerdo a esto, será posible determinar cómo los límites de los "recursos genéticos" pueden establecer el alcance del ABS, y cómo este concepto se integra con los conceptos de "utilización" y "distribución de beneficios" para formar los fundamentos legislativos y analíticos para la ejecución de un sistema de ABS.

4.1.1.1 "Contienen unidades funcionales de la herencia"

El primer elemento calificativo – material que contiene *unidades funcionales de la herencia* – aunque problemático, proporciona un importante indicador legislativo acerca de la naturaleza de los "recursos genéticos." Es la unión integral entre el concepto de los recursos genéticos y las propiedades especiales a las que se dirige el Artículo 15.

El término "unidades funcionales de la herencia" no está definido en ningún lugar del CDB. Su uso refleja el problema primordial en cualquier documento legislativo que utilice terminología técnica – que establece la forma en que el término se entiende, y por quién. Cuando la audiencia de un documento es técnica (expertos y reguladores técnicos), entonces el término será comprendido y aplicado técnicamente.

---

[229] Un convenio será interpretado de buena fe de acuerdo con el significado ordinario dado a los términos del tratado en su contexto y a la luz de su objetivo y propósito. El Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, Artículo 31.1. Cuando una palabra no se define en un tratado, se le da su "definición estándar" – un proceso que puede ser problemático cuando hay muchas "versiones originales" del tratado en diferentes idiomas.

[230] El Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, Artículo 31.4, indica: "4. Un significado especial será otorgado a un término si se establece que las partes así lo desean."

[231] El Artículo 2 del CDB (las definiciones están sin numeración, pero aparecen en orden alfabético en cada versión. Por consiguiente, hay un orden diferente en cada uno de los textos oficiales).

Las regulaciones serán desarrolladas citando textos científicos o estadísticas particulares que brindarán una definición precisa del elemento y un estándar para su medición.[232] Sin embargo, cuando la audiencia destinataria no es especialista, el uso de un término técnico puede ser complicado ya que podría significar diferentes cosas para diferentes audiencias.

En el CDB, el uso del término "unidades funcionales de la herencia" fue seleccionado por los responsables de tomar decisiones, más que por los científicos genéticos. En consecuencia, en ese entonces no se aclaró desde el punto de vista científico y parece haber sido comprendido de manera diferente por los diferentes negociadores. La interpretación de esta definición puede provenir de tres clases de fuentes: la definición técnica, la definición política y la interpretación mediante una acción legal y legislativa.

Los expertos técnicos notan una perspectiva general de que "las unidades funcionales de la herencia" no constituyen un concepto científico estándar. Cuando intentan aplicarlo, generalmente asumen que se refiere al ADN y al ARN.[233] Bajo esta definición, no constituyen "material genético" muchos productos biológicos (tales como los aceites extraídos), que no contienen ni ADN ni ARN.

Recientemente, se finalizó un proyecto muy publicitado, que mapeó el genoma humano completo. No obstante, ese proyecto produjo resultados inesperados que han llevado a algunos comentaristas científicos a sugerir que el ADN y el ARN no son a tal grado "bloques de construcción" de la herencia, como una base de datos biomolecular en donde se almacena la información biológica sobre la organización.[234] Estos científicos postulan que las proteínas reproductivas cumplen gran parte del papel convencionalmente que se consideraba estaba asignado al ADN y al ARN. Encontrar una definición de "unidades funcionales de la herencia" se ha hecho más difícil por el hecho de que el Convenio no utiliza el término *gen o molécula* de ADN o ningún otro término definido, posiblemente en un esfuerzo por maximizar la flexibilidad del Artículo 15 y permitirle abarcar el cambiante estado del arte en la utilización del material genético.

Empero, desafortunadamente, no es probable que una definición científica por sí sola pueda resolver este asunto, incluso si se concerta alguna. El ABS no es un sistema técnico o de microingeniería, sino un sistema comercial y legal. La legislación y la normativa de ABS, definen el derecho y el deber del gobierno para controlar la utilización de los recursos genéticos y la distribución de beneficios. En consecuencia, las diversas interpretaciones de dicho término son muchas, y se basan en escenarios conceptuales muy diferentes. Con frecuencia estas conceptualizaciones se centran en la perspectiva que tiene la persona común de que las "unidades funcionales de la herencia" se refieren a cualquier componente biológico que brinda a una especie particular, subespecie o variedad, sus características físicas/bioquímicas únicas.[235] Como resultado, muchos participantes en las discusiones sobre el ABS consideran ADN, ARN, proteínas, propiedades químicas y otros factores como "recursos genéticos." Al notar que el material o el recurso genético debe "contener" unidades funcionales de la herencia y que esa herencia, es lo que define las diferencias entre las diversas especies/variedades, ellos asumen que el ABS

---

[232] El problema de desarrollar estándares técnicos y científicos acordados para ser aplicados por todos los países, no es poco frecuente en las negociaciones técnicas internacionales. Dondequiera que la comunidad internacional busque crear una única definición o concepto científico que pueda ser aplicado en todas las áreas o en relaciones transfronterizas, es necesario abordar las necesidades de la comunidad científica que aplicará el estándar, de los Estados que lo adoptarán y de las comunidades reguladas (sector privado e industrial) que serán regidos por él. Un ejemplo de este nivel de detalle y especificidad, se encuentra en el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad, donde las negociaciones sobre los asuntos técnicos fueron largas y difíciles, y la ejecución del estándar resultante ha planteado nuevos desafíos.

[233] Un trabajo convencional sobre este tema está en Watson, J., 1987, *Molecular Biology of the Gen*. Empresa Editorial Benjamin/Cummings (4ta ed.). Por ejemplo, Seizo Sumida, identifica que se mantiene la percepción científica sostenida comúnmente: "Estoy seguro, como bioquímico, de que las unidades funcionales de la herencia son el ADN y el ARN, no las proteínas, si la biología molecular no ha cambiado la definición desde mis tiempos de investigador." (Comunicación personal, 9 de marzo de 2007).

[234] El mapeo genético resultó en muchas menos combinaciones posibles de las que se esperaban, llevando a la conclusión de que el ADN pueden no ser los "bloques de la vida," pero más bien en la naturaleza de un registro o biblioteca de la información celular de un espécimen. Commoner, 2002.

[235] O en el caso más extremo, un espécimen particular de características extraordinarias, tales como un caballo de una raza ganadora u otro animal de cría deseable.

aplica a cualquiera de las características únicas de cualquier especie o variedad. Los debates bajo esta teoría frecuentemente hablan en términos de "características bioquímicas y genéticas" e incluso, más ampliamente.[236]

4.1.1.2 "De valor actual o potencial"

El concepto de *valor actual o potencial* es igualmente importante para establecer el alcance propuesto de los "recursos genéticos." Este término establece un elemento de desarrollo o comercial, como el paso segundo y definitivo en el proceso de la delimitación del ABS. Este concepto aclara la lógica que hay detrás de la perspectiva del Artículo 15 que plantea una categoría más estrecha – los recursos genéticos – en vez de en todos los recursos biológicos. Esto sugiere que el ABS aplica solamente cuando el recurso involucrado se percibe como *valioso como consecuencia de sus características genéticas* – es decir, no cuando el material biológico se utiliza para propósitos de volumen, como comida, materiales de construcción, etc.

Esta conclusión está basada en una inclinación de los redactores. La definición de los recursos genéticos enfatiza el "valor" – ya sea actual o potencial – que es inherente al material genético. Este valor debe unir las características heredadas con los componentes genéticos de las especies. Dichos términos fueron adicionados en el Convenio con el propósito de reconocer este valor, a medida que las nuevas tecnologías están dándole valor real, más que teórico. De forma similar, el enfoque global del concepto de ABS de obtener una parte de las utilidades de estas tecnologías para propósitos equitativos (distributivo) y de conservación, está claramente orientado al valor. En tal sentido, la definición de los *recursos genéticos* parece enfocar un nuevo valor – el valor que surge cuando el material de origen biológico se utiliza en una forma que toma ventaja de las *unidades funcionales de la herencia*.

4.1.1.3 "Recursos genéticos" en instrumentos internacionales y nacionales

Antes de concluir con este acercamiento al significado de los "recursos genéticos," es necesario considerar brevemente los usos oficiales previos y subsecuentes del término.[237] Después de una investigación extensiva y detallada sobre este asunto,[238] es claro que solamente algunos instrumentos son directamente relevantes a este enfoque. El siguiente resumen se ofrece para aclarar y responder las interrogantes que surgen con mayor frecuencia.

Instrumentos globales: Aunque no pueden considerarse bases judiciales primordiales para el CDB (debido a que no tienen las mismas Partes), se piensa que el Compromiso Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura[239] (con existencia previa al CDB), y el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura,[240] que lo reemplazó (muchos años después de la adopción del CDB), son generalmente importantes para abordar los asuntos bajo el Artículo 15. En específico, ambos documentos utilizan las palabras "recursos genéticos vegetales" o recursos fitoge-

---

[236] Nota, por ejemplo la Ley Modelo Africana que aplicaría los requisitos de distribución de los beneficios a todos los usuarios de los recursos biológicos.

[237] En el Artículo 31.3, el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados especifica como un principio para la interpretación que:

> *3. Deberá ser tomado en consideración, junto con el contexto:*
>
> *(a) cualquier acuerdo subsecuente entre las partes respecto a la interpretación del convenio o la aplicación de sus cláusulas;*
>
> *(b) cualquier práctica subsecuente en la aplicación del convenio que establece el acuerdo de las partes en relación con su interpretación;*
>
> *(c) cualesquiera reglas relevantes de la legislación internacional aplicable en las relaciones entre las partes.*

[238] Además de los instrumentos mencionados en esta sección, hemos revisado todos los instrumentos de las leyes nacionales e instrumentos regionales integrados en la base de datos de ABS del CHM hasta el 1 de setiembre de 2006, así como los resultados y las deliberaciones de los procesos post CDB que consideran las interrogantes sobre los asuntos de recursos genéticos antes de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (particularmente mediante su Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore) y la Organización Mundial del Comercio.

[239] El Compromiso Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (1983), adoptado como Resolución de la Conferencia 8/83 de FAO. Como un instrumento no vinculante, el Compromiso no tuvo Partes, sino Países (llamados "Adherentes") adscritos a documentos que indican que podrían adherirse al compromiso.

[240] Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (Roma, 2001). El Convenio fue aprobado bajo el Artículo XIV de la Constitución de la FAO.

néticos de forma abundante; no obstante, utilizan este término de manera general y de forma casi idéntica a como se utiliza la definición "diversidad biológica" en el CDB.[241] El cambio principal hecho por el Tratado Internacional cuando reemplazó el Compromiso, aparte de la transformación en un instrumento vinculante, es la creación de un sistema multilateral (SM) que controla el acceso y el uso de ciertos "recursos genéticos vegetales para la alimentación y la agricultura" que se mantienen en las colecciones nacionales o internacionales o de otro modo, traídos al alcance del Tratado. El uso de "recursos genéticos vegetales" (RGV) como término, se refiere en gran parte a accesiones de semillas de plantas que son intercambiadas para propósitos de cultivo vegetal. La FAO ha iniciado recientemente un trabajo adicional sobre el tema – evaluando si hay una necesidad de medidas especializadas para los Recursos Genéticos de Animales de Granja.[242]

Cuando la definición de "recursos genéticos" se utiliza en los foros de la OMPI, aquellos debates solamente se refieren al uso del CDB – no hay una definición específica aceptada o probada por la OMPI. La legislación internacional sobre patentes en general, no utiliza el término "recursos genéticos" del todo. Cuando los genes, células o bioquímicos están sujetos a la protección de las patentes, se utiliza otro lenguaje.

Instrumentos nacionales y regionales: Una de las expectativas insatisfechas de los negociadores del CDB fue la aspiración de que los asuntos críticos, entre ellos la aclaración de los conceptos básicos de ABS, serían resueltos mediante el desarrollo de un cuerpo de leyes de aplicación nacional,[243] que debería convertirse lentamente en un grupo de instrumentos interrelacionados o interoperables. Esta es una forma común de desarrollar la legislación internacional. Si todas las Partes Contratantes han adoptado la legislación de implementación de ABS que aclaró los conceptos de recursos genéticos dentro de su propio país, la información combinada puede ser utilizada eventualmente para crear un entendimiento acordado internacionalmente – que es la base para todo el sistema. El análisis colectivo de estas prácticas sería una ruta práctica para aclarar las provisiones de ABS que son vagas o ambiguas al ser redactadas.[244]

Como ha sido analizado a detalle por otros autores,[245] a pesar de los esfuerzos legislativos nacionales, no se ha especificado o aclarado el uso de este término. En general, las definiciones nacionales han optado por uno de los dos acercamientos – ya sea omitir el concepto completo de "recursos genéticos" y desarrollar medidas legislativas alrededor de otros conceptos[246] o manteniendo el mismo lenguaje que las

---

241 El término "recursos genéticos" no fue utilizado en ningún sitio del Compromiso en una forma que pudiera ser aplicada a un ítem o una categoría en particular, que pudiera ser concebible o ejecutable en alguna forma. En cambio, es un fundamento para los "requisitos" elementales del Compromiso, a saber: la identificación de los recursos genéticos vegetales y especialmente aquellos que están "en peligro de extinción" (Compromiso, en Artículo 3, anunciado directamente al inicio del Artículo 7 del CDB), conservación *in-situ* y *ex-situ* (Compromiso, en Artículo 4, anunciado directamente al inicio de los Artículos 8 y 9 del CDB), desarrollo del potencial (Compromiso, en Artículo 6, que cubre el desarrollo del potencial, la transferencia tecnológica, el apoyo técnico internacional y el apoyo financiero, anunciado directamente al inicio de los Artículos 12, 13, 17 y 18 del CDB); y un sistema de redes y de distribución de datos (Compromiso, en Artículo 7, anunciado directamente al inicio del Artículo 17 del CDB y el CHM). Las provisiones del Compromiso para el acceso no aplican a los "recursos genéticos," sino solamente a las muestras de variedades particulares y de hecho, requiere que sean proporcionadas "libre de costo, según el intercambio mutuo o los términos mutuamente acordados." (Compromiso, en Artículo 5.) Estas obligaciones continúan siendo las obligaciones de base, bajo el Tratado Internacional, complementado por las provisiones del SM. La abrumante similitud entre el concepto de "recursos genéticos vegetales" en el Tratado Internacional y aquella de "biodiversidad" dentro del CDB, se discute en Young, 2006b.

242 Hiemstra *et al.*, 2006 y Tvedt *et al.*, 2007.

243 *Ver* Glowka *et al.*; Hendrickx *et al.*, 1993. La práctica del Estado es un elemento importante en el derecho consuetudinario. Los estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 38.1 b.

244 El Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, Artículo 31.3 (b).

245 *Ver*, por ejemplo, Cabrera Medaglia y López Silva, 2007, Libro 1 en esta Serie.

246 Por ejemplo, las medidas de Estados Unidos propuestas sobre la distribución de beneficios en relación con los Parques Nacionales, aplicaría a "proyectos de investigación que involucran *especímenes de investigación* recolectados en las unidades del SPN, que posteriormente resulten en descubrimientos o invenciones útiles, con alguna aplicación comercial de valor." SPN de Estados Unidos, 2006, Borrador de Declaración de Impacto Ambiental, presentado como una Alternativa B. La legislación de Malawi aplica solamente al "germoplasma vegetal" – una categoría muy limitada que parece ser completamente "física" (no informacional) en naturaleza. (MALAWI: Ley de Manejo Ambiental, Artículo 36). En contraste, la Ley Modelo Africana aplicaría los conceptos de distribución de beneficios a todos los recursos biológicos. *Legislación Modelo de la Unión Africana sobre la Protección de los Derechos de las Comunidades Locales, los Agricultores y los Fitomejoradores y para la Regulación del Acceso a los Recursos Biológicos* (formalmente avalada por toda la Unión de Estados Africanos, pero al momento de la redacción de esta obra, ninguno lo había adoptado de manera completa o parcial). Una versión más controlada de este enfoque se encuentra en los debates del BioComercio y en el primer borrador de las directrices, que se centra muy ampliamente en la implicación de "ingredientes naturales" o "recursos biológicos."

definiciones de CDB, sin adicionar ningún lenguaje o interpretación para resolver los asuntos sobre la ejecución práctica.[247] Solamente algunos países han combinado estos enfoques utilizando un término diferente, pero brindando esencialmente las definiciones del CDB.[248] Dos ejemplos particularmente notables son la Ley de Biodiversidad y regulaciones costarricenses, que específicamente regulan tanto los "recursos genéticos como los bioquímicos"[249] y la Medida Provisional Nº2 de Brasil, que utiliza el término de "herencia genética" – y lo define en términos de "información de origen genético, contenida en las muestras."[250] Aunque ambos son de gran interés, ninguno aclara el concepto con la precisión suficiente como para obtener una interpretación y la ejecución. En consecuencia, la práctica estatal no parece aportar apreciablemente a la determinación analítica del rol funcional de los recursos genéticos en el ABS.

4.1.1.4 Resumen – recursos biológicos *versus* genéticos

La conclusión sobre la definición de los "recursos genéticos" debe ser visualizada en un contexto más amplio que el del CDB, en el que el término *recursos genéticos* aparece solamente en unas pocas provisiones, específicamente indicadas en el tercer objetivo.[251] El resto del Convenio aborda un amplio rango de temas bajo el término global de "recursos biológicos." Según el uso que le da el texto, el término "recursos genéticos" parece haber sido acuñado y definido con el único propósito de facilitar la claridad y la funcionalidad en relación con las provisiones de distribución de beneficios en el sistema de ABS. Visto de esta forma, la función del término "recursos genéticos" en el CDB es solamente un determinante del alcance de las obligaciones de ABS.

Para este propósito, la definición de los recursos genéticos puede ser explicada claramente. El enfoque sobre las "unidades funcionales de la herencia" como la característica que define al material genético, sugiere que la interpretación legal debe reconocer algún vínculo específico al interés heredable en el material, más allá de las propiedades biológicas de los organismos donde una vez fue encontrado. También acentúa la diferencia entre los recursos genéticos y biológicos – los "recursos biológicos", consisten en muchos especímenes, cada uno de los cuales podría ser poseído o utilizado en forma individual, mientras que los "recursos genéticos" se refieren a una clase de material que está presente en la especie completa pero que el sistema tratará como una única materia prima desechable bajo el control soberano de cada país donde tiene su origen. El segundo paso interpretativo concluye que los recursos genéticos están unidos a una clase particular de acciones e intenciones – aquellas que usan o crean "valor actual o potencial" de las "unidades funcionales de la herencia."

Sin embargo, operacionalmente, otros conceptos clave (discutidos en 4.2.2 y 4.2.3 posteriormente) son utilizados más concretamente en el Artículo 15 – para crear la clara distinción entre las situaciones que requieren las acciones de ABS, y aquellas que no. El

---

247 Este enfoque es utilizado por una gran mayoría de medidas legislativas que están en la base de datos de ABS.

248 Por ejemplo, la *Legislación Modelo de la Unión Africana sobre la Protección de los Derechos de las Comunidades Locales, los Agricultores y los Fitomejoradores y para la Regulación del Acceso a los Recursos Biológicos* podría aplicar el ABS a todos los "recursos biológicos." Bután acepta el enfoque en el que se definen los recursos genéticos en forma indirecta - definiendo cuáles de los recursos biológicos no son "recursos genéticos: "Esta Ley no aplicará… [d]onde el material biológico se utilice como una materia prima para el propósito del uso directo o el consumo, como se determinó por la Autoridad Competente, según el proceso y el uso final de los recursos genéticos, de acuerdo con las provisiones de la Ley." Ley de Biodiversidad de Bután, Artículo 4.a. El anteproyecto de la ley noruega evita el término "recursos genéticos" al enfocarse solamente en el asunto del "material genético."

249 COSTA RICA: *Normas Generales para el Acceso*, Artículo 1, *et passim*.

250 La definición completa se lee: "información de origen genético contenida en muestras de toda o parte de una especie vegetal, fúngica, microbiana o animal, en la forma de moléculas y sustancias que se originan en el metabolismo de estos seres vivientes, y en los extractos obtenidos en condiciones *in-situ*, que incluyen colecciones domesticadas o mantenidas *ex-situ*, si se recolectaron en condiciones *in-situ*, dentro del territorio brasileño en la plataforma continental o en una zona económica exclusiva." BRASIL: Medida Provisional N°2 (186-16, 23 agosto 2001) en Artículo 7 (traducción proporcionada por Brasil al CDB). Sin embargo, el resto de la medida trata a los "recursos genéticos" como material físico.

251 El Artículo 15, 16 y 19.2, así como una referencia integradora en el Artículo 9(b). Hay una posible referencia inferida para los recursos genéticos en las cláusulas del Artículo 17.2 con respecto a la repatriación de información. Las únicas otras figuras del término están en el tercer objetivo (Artículo 1), y en las definiciones de los recursos genéticos y en condiciones *in-situ*.

papel de los "recursos genéticos" es identificar el alcance general del sistema – para establecer las acciones y las situaciones que se deben incluir en el marco del ABS. No será necesario (o posible) aplicar los principios de ABS para hacer alguna determinación firme de que un ítem es un "recurso genético" y otro es "biológico."

4.1.2 La naturaleza de actividades que constituyen "utilización de recursos genéticos"

El segundo concepto formativo que subyace la obligación de la distribución de beneficios es la "utilización de recursos genéticos." Dentro del Convenio, "utilización" sirve como la unión entre el concepto delimitante de "recursos genéticos" y el concepto resultante de "distribución de beneficios."[252] En todas sus formulaciones de distribución de beneficios, el Convenio se centra en la *utilización* (más que en el *acceso a* o *exportación de*) material, como la acción a ser abordada. De esta forma, el segundo elemento crucial que subyace bajo el marco de distribución de beneficios es el concepto de "utilización de los recursos genéticos." Aunque primordialmente es una herramienta de aplicación no funcional (discutida en 4.3), es necesario analizarla brevemente de manera conceptual.

4.1.2.1 El asunto oculto

Bajo un análisis legal más cercano del texto del Artículo 15.7, parece que la "utilización de los recursos genéticos," debería ser vista como el elemento central y no los recursos genéticos mismos. Esto es apropiado, debido a que la utilización es, por supuesto, el elemento de "creación de valor" dentro del Artículo 1 y 15. (Antes de que el valor pueda ser distribuido, debe ser creado). La legislación y los debates actuales sobre el ABS casi nunca se han enfocado en el punto de la creación de valor, sino que se han centrado en las confusiones y los obstáculos diversos involucrados al tratar de definir los "recursos genéticos." No obstante, una definición funcional de la "utilización de los recursos genéticos" es potencialmente mucho más fácil de crear, y produce un concepto aplicable en forma práctica, basado en estándares confirmables externamente. En breve, es más fácil definir una base para el reconocimiento de que una actividad es "utilización de los recursos genéticos," que conjeturar si se trata de un recurso "biológico" o "genético."

4.1.2.2. Definición de "utilización de recursos genéticos"

El CDB no define ni explica el significado de *utilización de los recursos genéticos* excepto para indicar en el Artículo 15.7, que la *utilización* incluye tanto actividades "comerciales como de otro tipo."[253] Probablemente, los redactores asumieron que el uso estándar de la palabra "utilización" es claro sin una definición especializada. No obstante, la "utilización de los recursos genéticos" es especializada. Solamente la forma en que un recurso se utiliza puede proporcionar el significado externo para establecer si ese recurso es un "recurso genético" u otro material biológico.[254] Si el significado especial de la "utilización de los recursos genéticos" se aclarara, podría proporcionar una base práctica para "fundamentar" el concepto de los recursos genéticos – los recursos genéticos no son simplemente la información biológicamente codificada en las especies (ni el material celular específico que contiene esta información), sino que están unidos a la utilización – la comprensión del valor de las unidades funcionales de la herencia de ese material.

Puede ser más fácil desarrollar esta comprensión al considerar factores prácticos. Por ejemplo, una dificultad que se tiene con el concepto de los "recursos genéticos" es la necesidad de destacar alguna categoría de recursos que no sean cubiertos por el ABS – es decir, en lugar de preguntar *"¿Qué recursos son recursos*

---

[252] *Ver* Artículo 1 del CDB ("distribución de beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos"); Artículo 15.7 del CDB ("los resultados de la investigación y del desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial u otra de los recursos genéticos"); y *ver* Artículo 16.3 ("que hace uso de esos recursos") y 19.2 del CDB ("que surgen de biotecnologías basadas en los recursos genéticos").

[253] Los esfuerzos para discernir la investigación no comercial de la "utilización de los recursos genéticos" (*ver*, por ejemplo, Fernández-Ugalde, 2005) tendrían que tomar en cuenta esta cláusula, que sugiere que, originalmente se pensó que esa investigación estaba dentro del alcance de la "utilización" para este propósito.

[254] Si la utilización de un recurso genético se refiere a cualquier clase de actividad que utiliza un espécimen que contiene o surgió a partir del material biológico que contiene el ADN – podría incluir el sacudirse la nariz con un pañuelo de algodón. Claramente, la utilización de los recursos genéticos significa algo más.

genéticos?" estamos intentando preguntar *"¿Cuándo es un recurso biológico, no un recurso genético?"* Lamentablemente, las respuestas a esta segunda interrogante han demostrado ser ilusorias.

No obstante, al enfocarse en la utilización, debe ser posible entender la cuestión fundamental de definir la "utilización de los recursos genéticos" mediante la identificación de las actividades que son y que no son "utilización de recursos genéticos." Muchas actividades parecen estar excluidas claramente. Por ejemplo, la cosecha, la molienda y la venta de productos maderables, aunque utilicen el árbol como recurso *biológico*, probablemente no están utilizando sus recursos *genéticos*.

Otra lista también es posible – clases de actividades que inequívocamente están *incluidas* dentro del concepto. Por ejemplo, hacer un nuevo organismo modificado viviente utilizando la inserción de ADN recombinante (ADNr) proveniente de un organismo donante en un organismo receptor, parece claramente ser la utilización de los recursos genéticos. La síntesis de ADN a partir de recursos biológicos silvestres parece también ser una actividad que utiliza la información intangible en ese recurso biológico.

Aunque deja un gran "terreno neutral" – actividades que deben ser evaluadas a más detalle – este enfoque podría constituir una herramienta efectiva para determinar en forma práctica cuándo aplica el ABS. A diferencia de la distinción entre *el recurso genético* y *el recurso biológico*, es más factible distinguir la utilización en un nivel práctico y observable, utilizando un estándar objetivo racional, en lugar de confiar en la capacidad de un recolector o propietario de material biológico, para discernir las intenciones, antes de que el material haya sido utilizado o consumido.

4.1.2.3 Valor del concepto

Son pocos los comentaristas que han considerado el papel de la utilización de los recursos genéticos como un concepto conectivo entre "recursos genéticos" y "distribución de beneficios." Se han centrado primordialmente en los "recursos genéticos" y en los "beneficios", y han ignorado los elementos activos – la "utilización" y la "distribución." Si el régimen de ABS reconoce la "utilización de los recursos genéticos" como una base de su operación, podría ser capaz de alejarse de las interrogantes irrelevantes relacionadas con el movimiento de las especies a través de las fronteras, y eliminar el deseo de forzar a los funcionarios reguladores a encontrar (y discernir el uso propuesto) de cada muestra o parte biológica. También facilitará al sistema abordar el problema de los usuarios que están utilizando los recursos genéticos, obtenidos sin pasar por ningún proceso o escrutinio legal.[255] "La utilización del recurso genético" podría establecerse sin una determinación especulativa sobre el futuro del espécimen u otra materia (es decir, si el material es un "recurso genético"), analizando solamente si el usuario tomó una acción que se considera como "utilización de los recursos genéticos" –una interrogante que puede ser respondida objetivamente y documentada mediante evidencia.

Esto sugiere la necesidad crucial de definir y aplicar el concepto de "utilización de los recursos genéticos" como un enfoque central (tal vez "el enfoque central") del sistema, en lugar de intentar desarrollar un sistema de rastreo de especímenes individuales y lidiar con la necesidad de establecer cuándo los especímenes no rastreados son transformados de especímenes biológicos normales a "recursos genéticos" que deben ser

[255] Los problemas básicos con el elemento de "intención" del concepto de los "recursos genéticos," como se utiliza actualmente, se discuten en muchas fuentes diferentes, que incluyen Cabrera Medaglia *et al.*, 2007; Young, 2006b. La intención es un elemento de cada definición existente de los "recursos genéticos" y de cada uso de una definición alternativa ("muestras de investigación," "herencia genética," etc.) excepto aquellos sistemas que ignoran completamente el asunto y aplican el ABS a todos los recursos biológicos (creando un problema más amplio, como se indica posteriormente en el 4.3.1, más adelante). Cuando se controla al nivel de acceso, el ABS enfrenta el problema de que la diferencia entre los recursos genéticos y otros recursos, se establece mediante la intención del poseedor – algo que no se conoce en el momento de la recolección. Incluso en el laboratorio, debería existir una distinción entre la "investigación biológica" y la "investigación genética," aún discutibles, solamente el último es sujeto de distinción para las provisiones de ABS.

rastreados.[256] La solución más simple – enfocándose en la utilización de los recursos genéticos – es solamente posible cuando existan buenas medidas del lado del usuario funcionando bajo el sistema de ABS.

4.1.3 La naturaleza de los "beneficios derivados" del uso de recursos genéticos

La obligación de la distribución de los beneficios se enfoca en los "beneficios que surgen a partir de la utilización comercial u otra utilización de los recursos genéticos."[257] Son estos beneficios los que principalmente se deben distribuir de manera equitativa. De esta forma, "los beneficios que surgen" son el tercer bloque de construcción del sistema de distribución de los beneficios. Conceptualmente, la naturaleza del "beneficio" no es suficiente por sí sola – el sistema de ABS se enfoca específicamente alrededor de la "distribución de los beneficios que surgen de la utilización." Este concepto tiene un papel dual en la legislación del lado del usuario – tanto como un activador de las obligaciones del usuario (distribución de beneficios, de los resultados y otros requisitos) como por la disposición del valor y de la naturaleza de lo que se debe compartir. Para definir este concepto, es necesario hacerse tres preguntas : *"¿Qué constituye un ´beneficio´ para estos propósitos? " "¿Beneficios para quién?" y "¿Cuáles son los beneficios que ´surgen de la utilización de los recursos genéticos´?*

4.1.3.1 ¿Qué son "beneficios" a efectos del Artículo 15.7?

El CDB brinda solamente unas cuantas palabras de orientación relacionadas con la "distribución de los beneficios," los cuales son muy importantes para la formación del sistema de ABS, específicamente al manifestar que el concepto incluye "*beneficios comerciales o de otro tipo*."[258] Complementado por las referencias a los *resultados de investigación y desarrollo*, el Artículo 15.7 indica un alcance muy integrador de los beneficios que podrían surgir a partir de la utilización.[259] Las Directrices de Bonn subestiman este alcance amplio al incluir una lista larga de ejemplos de los beneficios en el Anexo II. Este punto es muy importante para el sistema – específicamente incluye los beneficios no comerciales entre aquellos que deben ser distribuidos equitativamente.

Al considerar la inclusión de los "beneficios," se deben recordar muchos hechos. Primero, que varios resultados del proceso de utilización pueden ser especulativos, incompletos o intangibles.

Segundo, no es posible evaluar los "beneficios que surgen" cuestionando solamente los términos comerciales. Muchos beneficios no están orientados comercialmente o no son valorados, pero tienen carácter factual, informacional o de ideas. De acuerdo al CDB, parece que la información y los resultados de la investigación son considerados como *beneficios derivados* para este propósito. No obstante, en la mayoría de los casos no será posible para los usuarios "saldar" este tipo de beneficios – es decir, establecer su valor financiero y pagar al país de procedencia una suma monetaria, como se hace en el caso de los beneficios financieros.

Tercero, en la utilización comercial de los recursos genéticos, las obligaciones actuales asociadas a la distribución de beneficios, serán activadas con frecuencia por los términos en el contrato de ABS

---

[256] Durante la elaboración de este documento, el CDB ha autorizado, aunque todavía no ha recibido el informe sobre el análisis posterior del concepto de "certificación de procedencia de la fuente, origen o legal de los recursos genéticos" de un "grupo de expertos." Decisión CDP VIII-4 (PNUMA/CDB/CDP/8/4) en Parte C, para 1. del CDB. No se le solicitó al Grupo llegar a una conclusión relacionada con esta certificación; sin embargo, consideró las opciones y los impactos. Aunque se mantiene una posibilidad de que el CDP adopte simplemente una forma de certificado sin unir directamente a ninguna ejecución u otro aspecto del nuevo régimen, todavía hay esperanza de que el certificado se desarrolle como una parte orgánica del régimen, abordando los puntos específicos en los que el régimen requerirá de documentación (como finalmente se ha desarrollado).

[257] El Artículo 15.7 del CDB requiere una distribución equitativa de los "resultados de la investigación y del desarrollo y los beneficios que surgen a partir de la utilización comercial u otra utilización de los recursos genéticos." *Ver* también la afirmación más general en el Artículo 1 (el tercer objetivo del CDB), basado también en los "beneficios que surgen de la utilización de los recursos genéticos."

[258] Artículo 15.2 del CBD, énfasis adicionado.

[259] No parece necesario tratar de diferenciar entre los "resultados de investigación" y los "beneficios no comerciales" ya que los dos son tratados de manera similar bajo el Artículo 15.7.

(es decir, los términos mutuamente acordados que se negocian mediante el proceso del consentimiento informado previo). Las formas monetarias y de otro tipo de pago para satisfacer la obligación de la distribución de beneficios, podrían suceder en muchas fases – aun antes de que se obtengan los beneficios, ya que muchos usuarios y la mayoría de los países de procedencia, acordarán un sistema de pagos por acontecimientos (hitos), durante el transcurso del período de investigación, más que en una distribución a largo plazo en el producto, proceso u otra innovación que se desarrolle. Sin embargo, una complicación en este caso es la cantidad, el tipo y el valor de los beneficios que surgirán a partir de una utilización particular, que es inescrutable en el momento en que tengan lugar los procesos de CIP y TMA. Contractualmente, este tema se puede abordar de varias formas, una de las cuales podría ser la inclusión de un proceso dinámico para establecer la cantidad final de las obligaciones de distribución de beneficios.[260]

La redacción del Artículo 15.7 sugiere que los "beneficios" deberían ser concebidos de forma amplia – la definición debería incluir todos los datos, las innovaciones, los ingresos, los derechos y la propiedad que han sido creados o desarrollados mediante algún proceso que involucre el recurso genético.

4.1.3.2 ¿De quién son los beneficios considerados?

La obligación de compartir los beneficios es general en su alcance. La distribución justa y equitativa se aplica a todos los beneficios que "surgen" a partir de la utilización de un recurso genético particular. No hay una indicación de que esta obligación esté limitada a personas que han firmado los contratos de ABS – parece aplicar a todos aquellos que se han beneficiado a partir de la utilización de los recursos genéticos. Esto sugiere una necesidad para límites razonables. Como en el caso de los recursos genéticos, parece haber beneficios que claramente no están incluidos en el requisito de distribución de beneficios y aquellos que parecen estar claramente incluidos. Por ejemplo, no se solicita a los empleados individuales de una empresa, instituto de investigación o colección, distribuir los beneficios de su ocupación individual (salario, etc.), aun si está directamente ligada al trabajo con el recurso particular. En el otro extremo del espectro, considera una empresa que ha desarrollado un nuevo producto farmacéutico mediante la incorporación de material genético de una especie particular en el producto o en el proceso de su creación. Las ganancias de esta actividad son claramente beneficios derivados a partir de la utilización de los recursos genéticos, así como la información desarrollada por la empresa sobre las especies y sus características genéticas y bioquímicas, y activa la obligación según el Artículo 15.7.

La acción inmediata para este ejemplo, es sugerir que los requisitos de la distribución de beneficios deberían estar limitados a los beneficios directos que se reciben por alguna clase definida de "usuarios" o a personas que adquirieron los recursos genéticos en formas específicas. No obstante, antes de adoptar esta definición, es útil considerar la experiencia en otros sectores comerciales. En algunas situaciones comerciales, se requirió de leyes comerciales detalladas para evitar que las compañías pasaran por alto los requisitos legislativos que aplican solamente a los "usuarios directos", "dueños directos" o "beneficiarios directos" de un tipo particular de contrato u otro arreglo legal.[261] Tales empresas podrían transferir propiedades, datos o derechos a entidades o individuos controlados o tomar otras acciones que convierten a los beneficios "directos" (sujeto a la distribución de beneficios) en beneficios "indirectos" (no distribuidos).

4.1.3.3 ¿Cuáles beneficios derivan de la utilización de los recursos genéticos?

La interrogante más complicada se relaciona con el establecimiento del vínculo entre los beneficios y los recursos genéticos. Esta unión es fuente de controversia internacionalmente, y no hay acuerdo al respecto.

---

[260] Este asunto se discute con mayor detalle en Bhatti *et al.*, 2007.

[261] Por ejemplo, la mayoría de la legislación de los países indican que un funcionario del gobierno no podrá participar en las decisiones que afecten a cualquier empresa en la que posea un interés financiero. Podrían imponerse requisitos financieros complejos para garantizar que él no esté encubriendo solamente sus intereses (traspasando a sus hijos o a una empresa de propiedad familiar) para tomar decisiones gubernamentales que promuevan su propio interés privado.

Algunos cuestionamientos que han surgido en algunos debates sobre este asunto, se centran en la naturaleza del proceso de utilización, por ejemplo:

- Considere el caso en que los datos *sobre* las propiedades bioquímicas o genéticas de la especie X fue recibido de otro investigador (sin contacto físico con ninguna muestra o material). La síntesis de un nuevo compuesto según estos datos, ¿constituye un *beneficio derivado* del uso de los recursos genéticos de la especie X?[262]

- Por otra parte, considere la recolección de una especie para análisis taxonómico y conservación. ¿Constituye un beneficio? Si es así, quién se ha beneficiado:

  - ¿el país de procedencia (cuyas especies son más "comerciables" para los usuarios de los recursos genéticos)?

  - ¿El país usuario (quien podría ahorrar los costos de una amplia "bioprospección" para nuevas especies)?

  - ¿La colección o la entidad analítica (que podría recibir una retribución por estas actividades)?

Estas mismas interrogantes han sido propuestas en relación con los intermediarios que realizan los tamizajes iniciales de los compuestos y luego los venden a otros usuarios. Las respuestas podrían diferir, dependiendo del nivel técnico de actividades llevadas a cabo y/o la información producida.

Aun cuando está unida a disposiciones claras sobre el significado de "utilización de los recursos," la interrogante podría surgir si toda la información, los productos, los procesos u otros resultados de estos procesos debieran ser considerados como "beneficios derivados de" la utilización de los recursos genéticos. Una sustancia bioquímica natural ("recurso genético") que está siendo estudiada puede ser difícil de mantener en condiciones de laboratorio, lo que impulsa a que el investigador desarrolle una nueva clase de contenedor o recubrimiento de contenedor. ¿Esta nueva innovación es una "distribución de beneficios" proveniente de la utilización del recurso genético?

Es necesario aclarar que la interrogante que define el sistema – "¿cuáles beneficios surgen de la utilización de los recursos genéticos?" es muy diferente de la pregunta operativa – "¿qué formas de pago podrían hacerse según los arreglos de distribución de beneficios?" Esta última pregunta se ha descrito con algún detalle en las Directrices de Bonn.[263] De ahí que sea importante observar de cerca las Directrices y comprender su papel, en el desarrollo de los procesos legislativos nacionales. Específicamente, en el desarrollo de estas directrices voluntarias, las Partes no estuvieron deliberando o interpretando los fundamentos conceptuales del ABS, más bien, solamente consideraron y evaluaron las prácticas actuales utilizadas por los países y los usuarios que pretenden aplicar las disposiciones existentes de las transacciones de ABS. De esta forma, las Directrices de Bonn no se centraron en los "beneficios derivados" a partir de la utilización, sino que se aproximaron al asunto desde una perspectiva muy diferente – la interrogante administrativa sobre cuáles formas de pago (dinero, participación en sociedad conjunta, servicios, tecnología, etc.) podrían ser útiles al hacer el borrador de los contratos de ABS. Aunque no se ha contestado a las preguntas presentadas en este capítulo, el trabajo de las Directrices de Bonn representa un punto de partida que puede ser utilizado al desarrollar el activador funcional de la distribución de beneficios.

[262] *Ver*, Mgbeoji, 2006. Esta interrogante se basa en un caso actual.

[263] Directrices de Bonn, adoptadas por la Decisión VII-24.A de la CDP, Apéndices II del CDB.

4.2 Las relaciones funcionales – los tres activadores de la distribución de beneficios

Al construir sobre la base conceptual descrita anteriormente, el proceso funcional de la distribución de los beneficios permite expresar desde el punto de vista legislativo cómo los tres conceptos antes descritos se interrelacionan entre sí. Las medidas funcionales del lado del usuario pueden construirse al considerar las acciones involucradas como la recolección, la investigación, el uso, el desarrollo y la producción basadas en los recursos genéticos, y considerar cuándo y cómo las obligaciones de la distribución de beneficios se activan en relación con estas acciones. Parece que a partir del análisis anterior, de la legislación nacional en existencia, y de la experiencia nacional y global con los sistemas de ABS, habrá dos o tres activadores efectivos de las obligaciones de la distribución de beneficios de los usuarios. El siguiente argumento aborda cómo ese sistema se activa y cómo opera legislativamente dentro del marco del lado del usuario. Se enfoca en tres consultas primordiales:

(i) cómo se activan las diversas obligaciones de cumplimiento de ABS y de la distribución de beneficios (esta sección);

(ii) cómo los beneficios se establecen y se distribuyen (sección 4.3); y

(iii) cómo y cuándo estas obligaciones finalizan o se agotan (sección 4.4).

4.2.1 El primer activador – "recursos genéticos" como elemento funcional

La claridad normativa sobre el significado de los "recursos genéticos" es solamente el primer acontecimiento importante. Así, la interrogante independiente – ¿cómo se utilizará este concepto en la legislación? – es más difícil. En este contexto, los "recursos genéticos" cumplen el papel de un metacriterio – es un factor que es utilizado en el desarrollo del criterio funcional de la "utilización de los recursos genéticos" y los "beneficios que surgen a partir de los recursos genéticos," pero no es un criterio específico para ser aplicado a cada usuario o demanda individual. No obstante, como un principio orientador del desarrollo regulador, la definición puede cumplir a cabalidad su papel de CDB para definir los límites externos de la obligación de la distribución de beneficios.

Basado en los debates internacionales y nacionales acontecidos hasta hoy, parece probable que cualquier nuevo sistema orientado al ABS, ya sea del lado del usuario o del lado del proveedor, tendrá que incluir esta interrogante "activadora" para cada transacción: *¿Los recursos genéticos están involucrados?*

Como el primer "activador" en la determinación de si aplica una obligación de ABS, la definición de los "recursos genéticos" tendrá que expresarse en una forma concreta que aclare la distinción funcional entre los "recursos genéticos" (a los que aplica el ABS) y los "recursos biológicos" (a los que no aplica el ABS). Debe hacerse en una forma en que no impulse a los responsables de tomar decisiones y a los legisladores, a conjeturar que la legislación de ABS es simplemente, el desarrollo de un grupo de reglas aplicables a los "recursos genéticos."

Sin embargo, como se indicó anteriormente, la mayoría del material biológico posee unidades funcionales de la herencia, lo que hace difícil utilizar este hecho como un criterio para diferenciar a los recursos genéticos, que están cubiertos por el ABS, de los recursos biológicos, que no lo están. Por lo tanto, dos especímenes de exactamente la misma subespecie, podrían ser tratados de forma diferente, según las diferentes intenciones de dos usuarios – un factor que no es verificable externamente. Por otra parte, en el momento de la recolección de los especímenes en el país, los recolectores podrían haber pretendido vender solamente el recurso biológico y podría no importarles si el comprador pretende utilizarlo como un "recurso biológico" o como un "recurso genético." Las pretensiones relacionadas al espécimen podrían cambiar con el tiempo. Después de la primera venta, el espécimen podría llegar a manos de quien intenta utilizar sus propiedades genéticas. De esta forma, un sistema basado en el movimiento de los recursos genéticos tendría que rastrear todos los materiales biológicos y

la información sobre su vida y la de su progenie, para establecer cuándo o si eventualmente se convierte en un "recurso genético."

El siguiente argumento considera cuatro posibles perspectivas legislativas de los recursos genéticos:

(i) "Recurso genético" es lo mismo que "recurso biológico;"

(ii) "Recurso genético" es una clase específica de material (por ejemplo, muestras o extractos preparados);

(iii) "Recurso genético" se refiere al valor intangible, por ejemplo, la información genética cuando se transfiere en forma intangible, por ejemplo, como una fórmula o en formato digital;

(iv) "Recurso genético" es una combinación de material biológico tangible ("microtangibles") y el activo intangible (la información genética).

Como se demuestra mediante el siguiente resumen, posiblemente será viable para un redactor legislativo desarrollar un marco de ABS funcional y tomar los pasos para maximizar la "certeza legal," independientemente de cuál visión se seleccione. Este hecho enfatiza el problema principal que evita actualmente la funcionalidad de ABS – el asunto no es que las Partes hayan seleccionado la interpretación errónea, sino más bien que no hayan acordado, adoptado o aplicado ninguna interpretación.

4.2.1.1 Opción 1: "Recursos genéticos" como sinónimo de "recursos biológicos"

Asumir que el término "recursos genéticos" equivale a "recursos biológicos", resolverá parcialmente algunos problemas, mientras que crea otros. Se ha sugerido como una solución simple que eliminará la pregunta difícil sobre la identificación de cuáles requisitos aborda la obligación de ABS, básicamente al solicitar el ABS para todo el material de origen biológico.[264] Pero obviamente, crearía un problema considerable, en el que se aplicaría el ABS a un número extraordinariamente grande de recursos y actividades. Esto podría producir tanto restricciones internacionales como involuntarias e impedimentos para comerciar e intercambiar material biológico.[265] Por otra parte, sería necesario, en términos conceptuales, para los países en vías de desarrollo "distribuir los beneficios" con los países desarrollados que podrían ser la procedencia original de bienes comerciales de primera necesidad que se cultivan y se comercian internacionalmente.

No obstante, para quien elabora el régimen legislativo, este enfoque solamente transfiere los aspectos complejos y detallados a otra parte del marco legislativo. En lugar de seleccionar las "transacciones que no son de ABS" estableciendo que no son transacciones de recursos genéticos, el redactor legislativo tendría que desarrollar un sistema más complejo que identifique muchas clases diferentes de cumplimiento y que aplique diferentes sistemas de distribución de beneficios, dependiendo de otros criterios (tipo de utilización, naturaleza del beneficio, etc.).

4.2.1.2 Opción 2: "Recursos genéticos" como "material genético" tangible

Otra opción sería involucrar la identificación de materiales tangibles específicos (genes, extractos, etc.) como "recursos genéticos," abordados mediante el régimen de ABS solamente cuando sean transportados en esta forma física. Este planteamiento nuevamente intenta suprimir la necesidad de considerar factores intangibles, como la determinación del dueño o transportista del material, pero pone a la vista otras consideraciones. La pregunta clave que subyace este enfoque es si (i) aplica solamente cuando el material se transporta

[264] Como se indicó en el pie de página 247, *supra*, Legislación Modelo de la Unión Africana sobre la Protección de los Derechos de las Comunidades Locales, los Agricultores y los Fitomejoradores y para la Regulación del Acceso a los Recursos Biológicos (formalmente respaldada por toda la Unión de Estados Africanos), evita el problema de la definición de recurso genético, a través de la aplicación de sus provisiones de distribución de beneficios a todos los "recursos biológicos." Artículo 3, *et seq*. De acuerdo con algunas fuentes, si este enfoque se aplicara al régimen internacional de ABS, haría posible que los países del norte realicen acciones contra los países en vías de desarrollo del sur que permiten que sus ciudadanos se impliquen en el tráfico comercial de rosas, por ejemplo. Comunicación personal Leonard Hirsch.

[265] Casi todos los alimentos y una gran cantidad de mobiliario, vestuario, artículos ornamentales y activos industriales, están basados en componentes de origen biológico. En consecuencia, además de los retrasos e impedimentos de un grupo adicional de requisitos burocráticos, esta definición podría crear retrasos debido al enorme número de estos requisitos que deben procesarse.

en forma separada (como muestras preparadas), o (ii) incluye material que está mezclado con o es una parte de algún otro artículo o producto (incluyendo tal vez un animal o vegetal completo) que podría más adelante ser cultivado o propagado, o cuyo material genético podría extraerse y multiplicado posteriormente.

Si la definición "material genético" aplica solamente a lo que se mencionó primero, entonces la aplicación sería simple. Hay ciertos métodos de preparación de muestra que se llevan a cabo claramente para propósitos de investigación científica en los análisis bioquímicos o genéticos, y se sugeriría que el ABS debe reconocer solamente estas muestras como "recursos genéticos."[266] Este enfoque podría limitar drásticamente el alcance de una obligación de ABS, si se aplica únicamente a los materiales preparados de esta forma en el tiempo del transporte.

Sin embargo, es perfectamente posible utilizar especímenes vivos e incluso otras partes de especímenes muertos o preservados, para producir material genético para el estudio y la utilización. Legislativamente, la interrogante surgiría: ¿En qué punto en el tiempo se aplica la definición (antes o después de la recolección, exportación/transporte, o incluso siembra, cría o multiplicación)? Este planteamiento se centraría en el punto en el que el usuario del recurso empiece a tomar acciones que involucren el valor de las unidades funcionales de la herencia del recurso.

4.2.1.3 Opción 3: "Recursos genéticos" se refiere a "información genética" intangible

Cada vez más, es posible observar que se da el uso de recursos genéticos con un mínimo contacto con el espécimen en la naturaleza, y en algunos casos, sin contacto con el espécimen o extracto físico.[267] Esto fortalece la sugerencia de que el concepto de "recursos genéticos" debe ser entendido como *información genética o información sobre la función del gen en el organismo* – en otras palabras, como información que puede ser transferida en una forma no física (por ejemplo, en forma digital, o mediante otros medios para transmitir resultados de investigación e información técnica) como secuencias de ADN (específicamente mapeo de ADN) o como fórmulas químicas (propiedades bioquímicas) derivadas de la subespecie/variedad.

En este sentido, dicho enfoque proporciona la distinción más clara entre el recurso genético y el recurso biológico - uno es físico y el otro intangible. También creará un fundamento más duradero para aplicaciones más flexibles del ABS a nuevas situaciones, a medida que el estado del arte tecnológico continúe evolucionando. Esta definición podría ser lo suficientemente fuerte como para abarcar los recursos genéticos, aun cuando no hayan sido recolectados en forma directa del país de procedencia. No obstante, separar la definición de los "recursos genéticos" en forma completa de los aspectos tangibles, crea un serio problema de supervisión e identificación de los usuarios, y también hace potencialmente más específico el alcance de la obligación. Como tal, podría incrementar la atención a los incentivos y a otros mecanismos diseñados para aumentar la transparencia del usuario en relación con los vínculos entre sus varios usos e innovaciones, así como en sus fuentes biológicas/genéticas.

4.2.1.4 Opción 4: "Recursos genéticos" combina elementos físicos e informativos

El uso de términos físicos del CDB en la definición, tales como "material," podría sugerir que los "recursos genéticos" circunscriban tanto los elementos (micro) físicos como los intangibles/informacionales – la información y su fuente biológica. Esta opción sugiere que los "recursos genéticos" deberían incluir cualquiera de los siguientes términos:

(i) el componente micro/físico (extracción, multiplicación y estudios de material genético o bioquímico);

(ii) la información (síntesis u otro desarrollo o proceso para hacerlo); y

---

[266] Un estándar para reconocer las clases específicas de muestras preparadas podría desarrollarse, por ejemplo bajo CITES, que proporciona ciertas exclusiones en el caso del material "preservado, seco o especímenes de museo montados y material vegetal que lleva una etiqueta emitida o aprobada por "la autoridad gubernamental apropiada. CITES, Artículo VII. 6.

[267] *Ver*, por ejemplo, Mgbeoji, 2006, "*Analysis of Four Claims*…"

(iii) utilizar lo intangible y tangible juntos (es decir, cuando una molécula o secuencia no puede ser sintetizada o multiplicada, pero debe continuamente ser recolectada a partir de fuentes silvestres).

Este planteamiento parece integrar todos los elementos positivos de las primeras tres opciones, manteniendo relativamente amplio, el ámbito de acción de la definición (opción 1), pero permitiéndole centrarse en los puntos en que los recursos pasan de ser principalmente potenciales (muchas opciones para la forma en que serán utilizados) a estar enfocados claramente en el valor que surge de las unidades funcionales de la herencia (opción 2) – al punto que la intencionalidad del usuario empieza a ser reflejada en la acción. Este enfoque retiene la naturaleza robusta del concepto que podría continuar aplicándose cuando la tecnología cambie, y el valor potencial presente en el material genético, pueda ser comprendido o comunicado en nuevas formas (opción 3).

4.2.1.5 En resumen: el activador recurso genético

La naturaleza se convierte en un "recurso" cuando se combina con la innovación y la actividad humana. De esta forma, se ha reconocido siempre que los "recursos genéticos" existen solamente cuando la actividad humana está involucrada. Como una definición de los "recursos genéticos" que reconoce tanto sus aspectos físicos como intangibles, también reconoce la amplia diversidad de acciones humanas que podrían convertir un espécimen natural en un "recurso genético." Esta comprensión dinámica de los "recursos genéticos" está unida estrechamente al siguiente elemento en el mecanismo activador de la distribución de beneficios: la utilización de los recursos genéticos.

4.2.2 El segundo activador: "utilización de recursos genéticos"

Como se muestra los apartados anteriores 4.1 y 4.2, es casi imposible identificar el material específico como una "fuente genética" o solicitar controles sobre el movimiento transfronterizo de material con base en su identificación como "recursos genéticos", independientemente de cuál de las alternativas presentadas en la sección 4.2.1 se haya seleccionado. Los especímenes que cruzan las fronteras nacionales como recursos biológicos no podrían distinguirse de aquellos destinados a ser recursos genéticos. Los especímenes cambian de manos con frecuencia y pueden ser multiplicados y compartidos con muchos usuarios diferentes, para propósitos diferentes y producir diferentes tipos de resultados. Después de años de trabajo, los autores han concluido que no se puede regular en forma directa todos los "recursos genéticos" *per se*, no importa cómo hayan sido definidos, a menos de que estemos dispuestos a imponer algún nivel de control sobre todo el movimiento de cualquier material biológico.

Estos hechos sugieren fuertemente que un sistema de ABS no puede estar basado en una supervisión especie por especie o espécimen por espécimen. Para que un régimen sea funcional, debe basarse en algo que podría ser empíricamente o al menos externamente determinante – un proceso que puede diferir a lo largo del rango de especies, actividades y objetivos para los que se obtiene el material.[268] Funcionalmente requiere que los conceptos sean definidos en una forma contundente, que sería lo suficientemente clara y definitiva para permitir disposiciones claras sobre cuándo aplica el sistema de ABS. Para esto, el concepto activador debe ser práctico y verificable externamente. La "utilización de los recursos genéticos" cumple con ambas necesidades y así, puede hacerse cumplir mediante los contratos, las entidades y los tribunales.

El enfoque basado en utilización parece ofrecer un nivel mucho más alto de concreción y una posibilidad mayor para servir como el motor que mueve el régimen de ABS. En esencia, esta utilización puede ser un cimiento concreto de la definición de los recursos genéticos, mientras esté firmemente basada en una percepción normalizada y acordada de los "recursos genéticos" y su diferencia de otro material biológico. Sin embargo, la utilización de los recursos genéticos es un objetivo estándar, debido a que muchas actividades pueden ser categorizadas y verificadas de acuerdo con la utilización de los recursos genéticos.

[268] Pythoud (2005) plantea una pregunta si "¿…hay un tipo específico de uso de los recursos genéticos que podría necesitar de instrumentos internacionales adicionales para apoyar la implementación del Artículo 15 del CDB?"

Existen dos ventajas definitivas para los legisladores al crear y aplicar legislación enfocada en la "utilización de los recursos genéticos." Primero, como se indicó anteriormente, la utilización es una acción y como tal, puede ser verificable externamente la mayoría del tiempo. La segunda es igualmente positiva debido a que la frase no ha sido definida en el CDB. De esta forma, las Partes tienen la posibilidad de trabajar el concepto para adecuarse a sus experiencias, prácticas y problemas encontrados en las actividades relacionadas al ABS hasta la fecha.

Por consiguiente, el desafío funcional es establecer qué actividades deberían estar cubiertas por el término "utilización de los recursos genéticos" y elaborar un borrador sobre los estándares legislativos y los criterios que integran esas actividades. En la legislación técnica, esto se logra utilizando al menos uno de los siguientes:

- Criterios descriptivos (las calidades que una actividad demostrará cuando esa actividad constituye "utilización de los recursos genéticos");

- Ejemplos y categorías (una lista de las actividades o las categorías particulares de la actividad, que constituyen "utilización de los recursos genéticos").

Es común incluir ambas clases de enfoques en la legislación, teniendo en cuenta que –

(a) la siguiente es una lista de las actividades que constituyen "utilización de los recursos genéticos" para propósitos de esta legislación: [inserte una lista aquí];

(b) En adición a los artículos enlistados en (a), cualquier actividad que cumpla los siguientes criterios será considerada como "utilización de los recursos genéticos" para propósitos de esta legislación: [y aquí inserte otra].

Este enfoque maximizaría la orientación legislativa en los tribunales, las agencias y los usuarios que buscan aplicar la legislación, y brindarían ejemplos concretos que podrían ayudar a aclarar y solidificar el concepto administrativamente.

4.2.2.1 Listas o categorías de utilización de recursos genéticos

La propuesta de listados/categorías ofrece un gran potencial para el ABS, especialmente debido a que puede proporcionar una base confortable para el compromiso en relación con los asuntos de incertidumbre actual. De esta forma, por ejemplo, hay muchas controversias sobre la inclusividad del concepto de los recursos genéticos (por ejemplo, ¿Todas las actividades que crían o reproducen una especie constituyen "utilización de los recursos genéticos"?).

Las categorías pueden no solo ayudar en la determinación de si el ABS aplica, sino también pueden proporcionar un fundamento para diferenciar los requisitos de ABS. Los requisitos de ABS de una actividad de uso particular, se pueden designar específicamente y controlar mediante provisiones sobre actividades específicas de distribución de beneficios. Cuando hay una controversia sobre si aplica el ABS a una actividad, las provisiones de compromiso se pueden acordar entre la industria o el sector involucrados, por un lado, y los países de procedencia y los proveedores, por el otro. Es posible que algunas categorías califiquen para procesos agilizados, documentación simplificada o incentivos especiales, y podrían estar ligados a tipos y niveles específicos de distribución de beneficios. Algunas actividades que podrían beneficiarse de este tratamiento incluyen:

- las actividades de utilización consideradas por algunos como "comercio normal" en productos agrícolas e ingredientes naturales; y

- los procesos convencionales (históricos) para el desarrollo de variedades agrícolas, como la selección, la preservación de semillas, la reproducción cruzada, la hibridización, etc., que podrían ser reguladas en conjunto con el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura y los derechos de los cultivadores de plantas (incluyendo los conceptos desarrollados en UPOV).

Estas categorías lograrían hacer una referencia cruzada con otros instrumentos importantes como se discutirá posteriormente, proporcionando un incentivo adicional para el cumplimiento de esos instrumentos.

Esto permitirá al sistema general operar consistentemente en relación con estas actividades, mientras que enfoca su atención principal en las categorías que son objeto de un nivel diferente de escrutinio y de rendimiento.

En este análisis, hemos identificado cuatro posibles formas para reconocer la utilización de los recursos genéticos:

Por sector:

Agricultura, acuacultura, farmacéutico, nutraceútico (agro-farmacéuticos), cosmético, colecciones *ex-situ*, investigación científica básica, etc.;

Por objetivo:

Alimentación y seguridad alimentaria; salud y medicina; comercio; conservación; uso sostenible; etc.

Por actividad específica relacionada a la genética:

Reproducción, desarrollo de cultivo/variedad, extracción e identificación de las características o las propiedades, caracterización taxonómica, manipulación genética, síntesis de secuencias o fórmulas, actividades nanotecnológicas, etc.

Por estado de desarrollo y/o tipo:

Podría también ser posible establecer una línea divisoria entre la utilización de los recursos genéticos y otras actividades basadas en la posición de esa actividad en el espectro desde la recolección hasta el desarrollo del producto. Algunas actividades que son llevadas a cabo típicamente en el país de procedencia podrían ser "utilización" así como aquellas desarrolladas en el país usuario:

Las actividades que son realizadas con más frecuencia en el país de procedencia:
inventario de biodiversidad,[269] recolección de especímenes; análisis taxonómicos o bioquímicos iniciales.

Las actividades que son en ocasiones hechas en el país de procedencia, pero con frecuencia llevadas "más allá del acceso":
la exportación o el transporte de especímenes; el análisis taxonómico o bioquímico; la extracción en laboratorio; la investigación; la finalización/publicación de los resultados de investigación; la transferencia de especímenes o resultados a otros usuarios potenciales; la aplicación a las protecciones de derechos de propiedad intelectual; el desarrollo de aplicaciones comerciales y científicas (de la característica, del gen o de la fórmula que se ha descubierto); la producción; la venta.

Otro factor que podría haber sido tomado en cuenta es el estado de conservación de las especies. Las especies protegidas o sus colecciones con frecuencia tienen un estado especial en la legislación, y este estado podría afectar los derechos y las obligaciones relacionadas con su utilización. Un enfoque de categoría podría integrar algunos o todos estos factores; puede establecer un número alto de actos detallados, o puede incluir un número pequeño de actividades definidas en forma amplia.

4.2.2.2 Recursos genéticos vegetales como una categoría particular

Algunos esfuerzos dirigidos a la categorización han recibido ya una aprobación significativa. Ciento doce de las 190 Partes del CDB (más un país que no es parte del CDB) han ratificado el TIRFAA, un documento cuyos propósitos incluyen el desarrollo de un mecanismo para el acceso y la distribución de beneficios en relación con los recursos genéticos vegetales. Crea categorías efectivas como lo que sigue:

[269] El "inventario" es un requisito principal del CDB (Artículo 7). Aunque este requisito ha sido abordado de manera incompleta en muchos países, podría en última instancia formar un fundamento potencial para las metodologías de distribución de beneficios basadas en la utilización, de acuerdo con el régimen internacional, así como evaluaciones de riesgo para la introducción de organismos vivos modificados (OVM) (según el Protocolo de Cartagena) y los controles sobre la introducción de especies exóticas que podrían amenazar a los ecosistemas (Artículo 8h).

"Sector" (categoría):	Plantas agrícolas (para alimentación y agricultura)
"Objetivo" (subcategoría):	Utilización/conservación para la alimentación y la agricultura[270]
"Primer nivel de estatus:	Especies/variedades listadas en el Anexo I del Tratado
"Segundo nivel de estatus (3 opciones):	RGV en colecciones nacionales/internacionales; variedades en el dominio público mantenidas por los Miembros; variedades mantenidas por otros, ofrecidas mediante el SM.

Cada una de estas categorías es tanto inclusiva como exclusiva. Para aplicar los estándares especiales del Tratado, la utilización debe estar dentro de la categoría general de plantas agrícolas y no aplica a otros reinos taxonómicos o a plantas que no son "agrícolas." También debe estar dentro del objetivo de alimentación y agricultura, y no debe involucrar usos que estén sólo o principalmente en el dominio de la "industria química, farmacéutica y/u otra industria de sustento no alimenticio."[271] Adicionalmente, el estado de los especímenes involucrados debe satisfacer la clasificación del primer nivel (una especie o una variedad incluida en el SM) y una de las clasificaciones del segundo nivel, relacionada con la propiedad del recurso.

Para aquellos que utilizan este sistema, el TIRFAA proporciona un proceso ágil y un contrato de formato estándar que controla tanto el acceso como la distribución de beneficios. Cualquier actividad que caiga fuera de las categorías del contrato, será abordada según el sistema general de ABS. Este acercamiento – que forja los segmentos de la organización completa de los recursos genéticos, ya sea por sector, por tipo de usuario o por alguna otra base – está siendo desarrollado de manera continua, y ha sido reconocido en alguna magnitud por la CDP del CDB, en su afirmación para apoyar el TIRFAA.[272]

4.2.2.3 Desarrollo internacional adicional

Otros sectores han observado con interés el esfuerzo del TIRFAA para crear un sistema de ABS independiente, que defina las categorías del recurso y los usos específicos. Por ejemplo, la FAO ha encargado recientemente estudios sobre la importancia de los Recursos Genéticos de Animales de Granja en el sistema de ABS.[273] Este asunto, al igual que los cultivos agrícolas y el desarrollo de variedades, se extiende a lo largo de un ámbito amplio de reproducción y la crianza a nivel de animales individuales, lo cual ofrece muy poca justificación para la incorporación en el proceso de ABS.[274] Las consultas iniciales de la FAO postulan de forma clara la posibilidad última de tratamiento separado para los Recursos Genéticos de los Animales de Granja – potencialmente mediante un instrumento adaptado especialmente.[275] De manera similar, en las reuniones internacionales también se ha planteado la aplicación del ABS a recursos genéticos animales silvestres como otro asunto de ABS potencialmente disociable.[276]

---

[270] TIRFAA Artículo 3 Alcance; y *ver* el Artículo 10.2 Objetivo del SM.

[271] El TIRFAA, en el Artículo 12.3(a) estipula que el "Acceso será proporcionado solo para el propósito de la utilización y la conservación para la investigación, el cultivo y la capacitación para la alimentación y la agricultura, establece que este propósito no incluye los usos industriales químicos, farmacéuticos y/u otros usos industriales.

[272] *Ver* la Decisión VI/6 de CDP del CBD.

[273] *Ver* Hiemstra *et al.*, 2006; y Tvedt *et al.*, 2007.

[274] El derecho a determinar el uso de la cría de animales individuales que se poseen es un derecho básico del propietario del animal en todos o casi todos los países. El sistema comercial para la cría de animales en este nivel ha sido documentado por más de 1000 años. (*Ver*, por ejemplo, Bennet, D., 2004, "*The Origin and Relationships of the Mustang, Barb, and Arabian Horse*" en *The Spanish Mustang*, introducción; y Lewis, B. "*Egyptian Arabians, The Mystique Unfolded*" en *Arabian Horses of the Pyramids* (http://www.pyramidarabians.com/news/articles/arabianmystique.html), los dos documentos evidencian los linajes animales controlados que se remontan a más de 2 milenios, y los registros formales escritos ya en el 1300 d.C.

[275] El estudio Hiemstra *et al.* revela muchas diferencias entre el uso de los recursos genéticos vegetales y el uso de los recursos genéticos de los animales de granja, sugiriendo que el planteamiento de TIRFAA podría no ser productivo en el sector animal.

[276] Las CDPs 11ava, 12ava y 13ava de CITES notaron inquietudes que los especímenes veterinarios (muestras de sangre) serían utilizadas para el desarrollo comercial. Por esta razón, la CDP de CITES ha rechazado adoptar hasta el momento un transporte expedito especial o uno que no requiere de documentación para transportar estos especímenes.

En un enfoque más amplio, estos tratamientos independientes crearán un sistema de categorización que incluya eventualmente a todos los recursos biológicos de todos los tipos. Ese sistema especificaría una taxonomía legislativa, dividiendo todos los recursos en dos grupos: aquellos que están cubiertos por el marco de ABS y aquellos que no lo están. También aplicaría potencialmente a diferentes niveles de ejecución o diferentes tipos de requisitos generales basados en diversos factores. Al final, muchas otras opciones y planteamientos basados en listas (tanto inclusivos como exclusivos) se podrían integrar entre sí mediante este sistema.

Un desafío común a todas las listas estatutarias, es que la lista se desactualizará a medida que la tecnología desarrolle nuevos métodos de utilización de los recursos genéticos. Es particularmente difícil, además de que consumiría mucho tiempo cambiar un instrumento plenipotenciario, a menos que el instrumento contenga provisiones especiales para actualizarse.[277] La pérdida de flexibilidad causada por un sistema riguroso de listas, podría ser un obstáculo para la efectividad del ABS, a menos que las categorías sean expresadas de forma flexible o también se desarrolle un mecanismo para el manejo de las listas y las categorías. Uno de estos mecanismos es la inclusión de una base de “criterios” para identificar otras acciones que constituyen utilización de recursos genéticos.

4.2.2.4 Criterios descriptivos para identificar la utilización de recursos genéticos

Como una alternativa o enfoque complementario, la legislación de ABS puede desarrollar y aplicar un conjunto de criterios descriptivos para determinar si una actividad particular constituye la utilización de recursos genéticos. Dichos criterios pueden ser aplicados por quienes elaboran las decisiones reguladoras, y usados para desarrollar o dar mayor orientación con respecto a las listas y categorías descritas en el apartado 4.2.2.1. Obviamente, el reto de este enfoque será encontrar un juego de criterios que sean suficientemente amplios y descriptivos para tratar nuevas clases de usos que surjan después de que la legislación sea desarrollada, pero también suficientemente centrada para que tenga certeza legislativa. Un conjunto de criterios demasiado flexible eliminaría el valor de los esfuerzos legislativos para definir el límite entre actividades reguladas por ABS y aquellas que no están cubiertas por el ABS. Es esencial que estos criterios permitan a todos los usuarios, gobiernos, jueces y proveedores saber, con relativa certeza, si una nueva clase de actividad o tecnología constituye una “utilización de recursos genéticos” o no.

La siguiente pregunta a ser considerada ahora es ¿Cuáles son las características de la ‘utilización de recursos genéticos’?” Evidentemente, la característica principal es que usa “recursos genéticos” (lo que nos regresa a la pregunta sobre el significado de ese término). No obstante, aparte de esto, las Partes serán capaces de desarrollar respuestas a esta pregunta basadas en su concepción global sobre cómo debiera trabajar el régimen de ABS. Como se indicó anteriormente, los delegados nacionales actualmente expresan una gama de opiniones desde incluir todo tipo de usos de todos los recursos biológicos, hasta incorporar únicamente el trabajo de laboratorio genético que lleve al desarrollo de productos comerciales o industriales. Como se indica arriba, es importante tomar algunas decisiones concretas y específicas respecto a esta pregunta. Si el término se mantiene general e indefinido, entonces las leyes que lo regulan no pueden ser puestas en práctica.

En última instancia, esto es un asunto de acuerdo político, ya sea a nivel nacional o internacional. Sin

277 Un ejemplo de esto en el área ambiental es CITES, donde una reforma de una página adoptada en 1983, todavía no ha entrado en vigor (teniendo a partir de esta escritura, 46 de las 54 ratificaciones necesarias). Si alguna vez entra en vigor, la reforma sería vinculante solamente a aquellos países que la han ratificado, y cualquier país que se convierta en Parte después de que la reforma entre en vigor. Este hecho creará un Convenio bifurcado hasta que todas las Partes lo hayan ratificado.

embargo, donde se estén desarrollando las medidas de usuario, al parecer existe un reconocimiento fuerte de la necesidad de mecanismos para la interfuncionalidad de las leyes nacionales – es decir, para un acuerdo internacional.

4.2.3 El tercer activador: "beneficios derivados de la utilización de recursos genéticos"

Cuando las actividades de un usuario han pasado el primer activador ("recurso genético"), y el segundo activador ("utilización de recursos genéticos"), se indica que él está sujeto a responsabilidades de ABS, entonces entra en juego el tercer activador ("beneficios derivados"). Este activador es importante porque facilita tanto las bases y el momento oportuno del deber principal del usuario – la distribución de beneficios.

4.2.3.1 Momento oportuno de "beneficios derivados"

Al desarrollar el activador de beneficios-derivados, la pregunta crítica es *"¿Cuándo y cómo surgen los beneficios del ABS?"* Esta interrogante puede ser difícil, tanto teórica como prácticamente. Hablando teóricamente, la creación de un beneficio sucede en varios pasos graduales, desde la creación de datos a través del mercadeo de un producto. Un análisis de las propiedades bioquímicas o genéticas de una especie, por ejemplo, se determina a través de diferentes textos y procesos. Mientras estas actividades continúan su curso, los usuarios (ya sea investigadores académicos o entidades comerciales) tienen un interés en proteger sus datos, de manera que puedan analizarse y presentarse o usarse como un conjunto integral. Al mismo tiempo, los países de procedencia tienen un fuerte interés en poseer una parte de esta información.

Muchos tipos de beneficios (datos, procesos, fórmulas, etc.) están protegidos por el secreto institucional – respaldado por leyes que facilitan la privacidad, el estar libre de indagaciones injustificadas y el derecho a proteger "secretos industriales" incluso en documentos que por ley necesitan presentar. En algunos casos, la existencia de un beneficio simplemente no puede ser descubierta externamente. Además, puede no ser posible para un país de procedencia u otra entidad externa el discernir la relación entre un beneficio conocido (un producto nuevo) y los ingredientes y procesos por los cuales fue creado o manufacturado.

En general, el acercamiento más efectivo a esta interrogante es centrarse en determinar cuándo las actividades de utilización de recursos genéticos *resultan en la captura* del "valor actual o potencial." Esto ocurrirá en el desarrollo comercial cuando un bien comercialmente valioso sea creado (ya sea un producto en el mercado o un derecho de propiedad intelectual u otro derecho comerciable). En cuanto al desarrollo no comercial, esto puede ser definido como el punto en el que la investigación, el análisis, la catalogación u otra actividad esté completa y lista para la publicación.[278] En este punto, en caso de que exista un beneficio, será posible determinar racionalmente la cantidad o naturaleza de la obligación de distribución de beneficios.

4.2.3.2 Funcionamiento del activador de beneficios

Funcionalmente hablando, es importante recordar el papel del activador "beneficios derivados". Éste activa la obligación estatutaria/CDB de distribuir beneficios, pero no controla la distribución de beneficios. Esta diferencia es importante en la legislación "del usuario" – la ley debe ser capaz de responder a la pregunta *"¿Han surgido beneficios de la utilización?"* como parte de la determinación de las responsabilidades del usuario, especialmente en casos en los que no existe un contrato de ABS. Incluso en las medidas que debe seguir el proveedor, la distribución de beneficios a menudo ocurrirá en un momento dado que no sea en las fechas en que surgen los beneficios. En los mejores casos, tanto la fecha como la naturaleza de dicha distri-

[278] Como se notó en el caso de la Rana Tricolor, no obstante, la publicación de tales datos, aun si la publicación no es remunerada y no tiene ninguna conexión con fines comerciales, puede tener el impacto de eliminar el valor de los datos, desde la perspectiva del país de procedencia. *Ver*, Mgbeoji, 2006.

bución serán específicamente tratada no solo en la legislación para el proveedor sino también en los términos mutuamente acordados que documentan la relación de ABS. Frecuentemente, si hay un contrato de ABS, los beneficios son liquidados (es decir, las partes acuerdan sobre una suma específica que constituirá el beneficio distribuido) y pagados por adelantado, en forma de "pagos por acontecimientos" u otras formas contractuales.[279]

El rol de los "beneficios derivados" está ligado a los derechos del gobierno, país de procedencia u otro proveedor. Cuando los tres activadores están "activados" entonces es legalmente posible preguntarle al usuario – *¿Se han distribuido los beneficios?* Frecuentemente hay tres respuestas posibles:

(i) Sí, conforme a los TMA;
(ii) Sí, sin los TMA; o
(iii) No.

Cuando el usuario contesta (i), podría no existir una pregunta legal adicional. La segunda respuesta puede dar pie a dudas sobre si la distribución fue "equitativa" (se discute en el Capítulo 5) y la respuesta (iii) podría activar otros mecanismos para hacer cumplir la legislación pertinente al usuario y para permitir que el país de procedencia vea cumplida su legislación. En los tres casos la legislación del usuario debe ser suficientemente clara para permitirle a los tribunales y a otros examinar estas respuestas.

4.3 Aplicando los activadores – las obligaciones del CDB de distribuir beneficios y resultados de investigación

Desde la perspectiva funcional, los tres activadores (u otras provisiones de un contrato de ABS que vincule al usuario) conducen a un evento clave – el usuario distribuye, "en forma justa y equitativa, los resultados de investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos."[280] Se espera que estas responsabilidades sean tratadas directamente en los términos mutuamente acordados desarrollados por el usuario y el país de procedencia u otra fuente. Sin embargo, el hecho es que esto no siempre sucede, en consecuencia, las medidas de usuario deben también considerar otras dos propuestas:

- Determinar el cumplimiento con los TMA, donde estos asuntos son planteados en las instituciones, cortes u otros foros del país usuario.

- Imponer responsabilidades sobre los usuarios que no han conseguido los TMA o no han revelado cuál es la fuente de los recursos genéticos.

En esta sección, consideraremos brevemente las obligaciones de distribuir los beneficios que surgen de la utilización sujeta a los términos mutuamente acordados que rigen esa distribución de beneficios; así como algunas implicaciones de la obligación de distribuir resultados de investigación.

[279] Descrito en Cabrera y López 2007. *Ver* también, Rosenthal *et al.*, en el 7. "El descubrimiento de un fármaco es una ciencia de alto riesgo. Es decir que una muy pequeña proporción de iniciativas de investigación resultan en un medicamento importante que generará beneficios económicos para las instituciones de investigación y sus socios… Al integrar investigación y desarrollo hacia [los] objetivos [de (i) descubrimiento farmacéutico y agrícola, (ii) desarrollo científico y económico y (iii) conservación] desde el principio, los Grupos Internacionales de Cooperación para la Biodiversidad [ICBG, por sus siglas en inglés] tienen como meta hacer contribuciones sustanciales y graduales… sin cifrar todas las esperanzas de éxito en la probabilidad relativamente baja de producir un producto farmacéutico o agrícola trascendental."

[280] Artículo 15.7 del CDB.

4.3.1 Concordancia del país de procedencia con los términos de distribución de beneficios

En las discusiones sobre ABS, a menudo se pasa por alto un hecho clave: el Artículo 15 estipula dos requisitos de TMA separados, uno para acceso (en paralelo a los requisitos de CIP), y otro para distribución de beneficios.[281] La inclusión de un segundo proceso de TMA parece indicar que no es suficiente con simplemente enviar algunos "beneficios" al país de procedencia – el beneficio debe ser distribuido de acuerdo con provisiones que hayan sido acordadas por ambas partes. Se necesita un mecanismo oficial para determinar las expectativas razonables del país de procedencia, y para establecer un estándar básico de "equidad," cuando el usuario no haya obtenido CIP/TMA o si se considera que el contrato de ABS no es equitativo.

Es importante recordar que, en el proceso actual de distribución de beneficios, ocurren diferentes tipos de beneficios en diferentes fases de utilización del recurso. Por ejemplo, durante la recolección e identificación de especímenes, surgen beneficios básicos (la recolección y el etiquetado de muestras para estudio). La distribución de beneficios en este nivel usualmente se refleja por medio de un requisito contractual en el que el bioprospector proporciona "muestras de referencia" al país de procedencia – duplicados de todos los especímenes recolectados. En este punto en el proceso de ABS, la contribución de los recursos genéticos al beneficio obtenido es muy alta. De ahí que los países de procedencia por lo general esperan una parte igual – una muestra duplicada o de referencia. No obstante, en fases posteriores del ABS, aun si es menor la contribución del país de procedencia al resultado, no se pueden dividir las clases de beneficios intangibles e informativos que surgen – se obtiene la información o no se obtiene. De esta manera, en esta clase de beneficio, la "distribución" correspondiente al país de procedencia probablemente sea el beneficio entero. Esto a su vez genera dudas acerca de si el uso de tal beneficio puede ser restringido, y cuáles podrían ser esas restricciones, y otras controversias legales potenciales (como se describe en la siguiente sección).

Además, el segundo TMA, enfocado específicamente en distribución de beneficios, enfatiza que el acuerdo mutuo sobre distribución de beneficios puede necesitarse en casos en los que no hay un contrato inicial de ABS al momento del "acceso", vinculado a los problemas de aplicar la legislación del país de procedencia a personas que están en el país usuario.

4.3.2 Distribución de resultados de investigación

Aún no se ha discutido con suficiente detalle la obligación de distribuir los resultados de investigación, aunque potencialmente ésta tiene consecuencias de largo alcance tanto para el usuario como para el país o comunidad de procedencia. El Artículo 15.7 y las Directrices de Bonn reconocen que los resultados de investigación son un beneficio a ser distribuido. No obstante, un problema con este tipo de distribución (se discutirá en el capítulo 5) se relaciona con el interés del usuario en la exclusividad de la información que obtiene. La exclusividad o la completa confidencialidad es a menudo un valor elemental del recurso en esta fase de investigación y desarrollo. Un investigador forzado a compartir resultados preliminares pierde la protección del secreto industrial de esos resultados, y puede perder la capacidad de generar beneficios comerciales. Por el contrario, un investigador que publica resultados (secuencias genéticas, fórmulas bioquímicas y otros resultados analíticos) en forma no comercial, sin el permiso del país de procedencia, puede haber esencialmente eliminado la capacidad el país de procedencia de obtener un beneficio comercial de esos recursos genéticos, ya que los usuarios podrían usar la información publicada, sin venir al país de procedencia.

Un derecho de distribuir los "resultados de investigación y desarrollo," si es inequívoco, puede significar que el país de procedencia tenga derecho a todos los datos (preliminares analizados), ya sean públicos o

[281] Artículos 15.4 y 15.7 del CDB. Aunque los dos procesos de TMA pueden negociarse juntos en algunos casos, esto no es posible en todas las situaciones, y dado que muchos beneficios surgen "más allá del acceso" es posible que el país usuario sea el responsable de asegurar que ocurra esta segunda negociación.

no. Esto no es algo sin importancia. Tal derecho podría facilitar a los países en vías de desarrollo una mayor capacidad de participar en industrias técnicas e incluso en el comercio global que involucra el uso de recursos genéticos. En cierta forma, desde una perspectiva de desarrollo, el derecho a tal información es considerablemente más valioso que el derecho a obtener una parte de los beneficios financieros del usuario. Cuando un nuevo descubrimiento de un componente químico particular se mantiene en secreto, éste vale como un descubrimiento que puede ser vendido o transferido a otra entidad. Sin embargo, una vez que se sepan cuáles son el compuesto y sus propiedades, el posible comprador no tendrá razón de continuar negociando con el descubridor.

Así, los resultados de investigación y desarrollo son más valiosos cuando están "estrechamente controlados" (conocidos sólo por algunos), ya que incluso una publicación *no comercial* de estos resultados puede disminuir seriamente su valor como fuente potencial de beneficios comerciales o exclusivos. Por un lado, es injusto exigir al investigador que devalúe sus resultados (y su capacidad de obtener una retribución apropiada por sus esfuerzos) al distribuirlos sin restricciones en el país de procedencia. Por otra parte, puede ser injusto permitirle que distribuya información (resultados de investigación) de valor comercial potencial en forma tal que impida que el país de procedencia obtenga una parte de los futuros beneficios derivados.[282] La distribución de beneficios debe lograr un equilibrio o encontrar un compromiso entre estas necesidades diversas.

Estos dilemas enfatizan la importancia de incluir una clara obligación de distribución de beneficios en las medidas de usuario, como una medida de "fondo" para impedir que ocurran usos de este tipo por parte de usuarios que no actúen según los TMA. Un mecanismo de usuario para asegurar la distribución de beneficios puede facilitar ese balance y a la vez evitar brechas potenciales.[283]

Los mecanismos particulares pueden cubrir un amplio rango, y a veces podrían ser complejos. Un acercamiento definiría la obligación del investigador de distribuir beneficios en función de un rendimiento razonable sobre el valor de la información. Esta definición aún permitiría que otras empresas utilicen la información de los resultados. Un mecanismo diferente requeriría que otros usuarios de los datos compartan los beneficios con el país de procedencia, aun cuando ellos en realidad no contactaron al país de procedencia ni obtuvieron material físico en sus procesos de investigación y desarrollo. Un tercer mecanismo – el uso de comunicación diplomática entre los gobiernos – puede ser muy difícil y requerir mucho tiempo para ser considerado como medida nacional, pero puede ser aplicado a través de un mecanismo internacional informal (entre Puntos Focales Nacionales o Autoridades Competentes de ambos países).[284] Como se discute en el Capítulo 6, ninguna de estas opciones sería fácil, pero algún mecanismo o acercamiento a estos asuntos parece ser esencial.

---

[282] *Ver*, por ejemplo, el caso de la rana tricolor, descrito en Mgbeoji, 2006. El investigador que publicó los resultados de la investigación sobre las toxinas únicas de la rana no buscó ni recibió compensación alguna o beneficio comercial producto de ese estudio. Sin embargo, basándose en los datos publicados, ciertas empresas multinacionales pidieron 17 patentes diferentes para nuevos compuestos sintéticos con base en los resultados del investigador. Desde entonces, una ha desarrollado un producto o pre-producto y lo ha patentado. Esa compañía no tuvo contacto con el país de procedencia ni con ninguna parte de ninguna rana tricolor.

[283] Las discusiones sobre la posibilidad de una "excepción de investigación" por lo general son poco claras, debido a la posibilidad de que la investigación producirá resultados que se pueden explotar comercialmente. Sin embargo, algunos cuantos países han adoptado "excepciones de investigación" genéricas". Ver, por ejemplo, BULGARIA: Ley de Diversidad Biológica: Artículo 66.4 "La provisión gratuita de recursos genéticos puede ser acordada en caso de que se pretenda usar los recursos mencionados para fines no comerciales: investigación científica, educación, conservación de la diversidad biológica, o beneficios de salud pública."

[284] La legislación nacional a menudo requiere que se haga contacto a través de oficiales del más alto rango en vez de directamente entre puntos focales de ABS.

4.4 Identificación de un punto final para la obligación de distribución de beneficios

Un asunto crítico que ha surgido indirectamente es la interrogante sobre cuándo termina la obligación de distribución de beneficios. Este es un tema política y técnicamente difícil, debido a que para el usuario de recursos genéticos, el valor de los recursos disminuirá enormemente si se le vincula con una obligación eterna de hacer pagos al país de procedencia, o si hay restricciones permanentes sobre el uso que haga de los productos y los descubrimientos que se originen de ese uso. Indirectamente, en tres tipos de discusiones se ha abordado el tema de cuándo termina la obligación de distribuir beneficios: responsabilidades contractuales de ABS, transferencias de recursos genéticos y resultados de investigación, y la aplicación del ABS a "derivados" de recursos genéticos.

4.4.1 Culminación del contrato de ABS

Como cualquier otra clase de contrato, un contrato de ABS bien elaborado debe dar las indicaciones claras de cuándo y cómo el usuario completará con sus responsabilidades de distribución de beneficios. Sin embargo, hasta el momento, no ha habido experiencia significativa de acuerdos de distribución de beneficios; y no está claro cómo acabarán ni qué prácticas contractuales serán más apropiadas.

No obstante, hay un hecho claro: estos contratos pueden ser de larga duración. La invención y el desarrollo en el campo de los recursos genéticos requieren un largo plazo de preparación. Esto puede implicar la necesidad de que la obligación contractual tenga una duración similar. En realidad desde 1992, pocos contratos de ABS han producido pagos basados en "beneficios derivados." Esto sugiere que los países de procedencia podrían preferir cláusulas de "beneficios liquidados" – es decir, desarrollar una cantidad específica de distribución de beneficios basada en un estimado previo de (i) la posibilidad de surgimiento de beneficios, (ii) el posible valor de tales beneficios, y (iii) el "valor en el tiempo" de obtener un pago menor más pronto, en vez de esperar un pago quizás más grande posteriormente. Este acercamiento está basado en promedios. En cuanto a los recursos que eventualmente no producen un beneficio, el país de procedencia puede recibir un pago mayor por recurso. Para aquellos que eventualmente producen resultados valiosos, el usuario puede pagar menos por recurso. La lección importante es que el contrato de ABS debe idealmente aclarar cuándo y cómo concluirá la obligación de distribución de beneficios.

4.4.2 Transferencias de recursos genéticos a terceros

En el corazón de muchas de las preocupaciones actuales sobre ABS se encuentra un aspecto importante referente a la transferencia posterior que hace el usuario de los recursos genéticos mismos y/o de los resultados de investigación (información) obtenidos. Desde la perspectiva del país de procedencia, una transferencia de recursos genéticos puede terminar eficazmente la relación de distribución de beneficios, en la que el recolector original es la única parte conocida por el país de procedencia, a menos que exista alguna medida de control o supervisión. Por una parte, los usuarios, investigadores, recolectores, taxónomos e incluso los intermediarios sienten que tienen derecho a transferir materiales que están bajo su control, y obtener alguna ganancia u otro beneficio de la venta u otra transferencia. A menudo, los usuarios que obtienen materiales de tales personas y entidades asumen que, puesto que ellos no recolectaron directamente los recursos en el país de procedencia, no tienen ninguna responsabilidad de distribuir beneficios.[285] Una visión similar aplica a los materiales biológicos de origen foráneo que han estado creciendo en el país usuario por muchas generaciones.

[285] Henkel, Thomas, "*A Perspective from Pharmaceutical Industry*," Presentación al Encuentro de Expertos de Alto Nivel – *Enfrentando los retos de Acceso y Distribución de Beneficios (ABS) en el Contexto del Convenio sobre la Diversidad Biológica* (Tokio, 8-9 de febrero de 2007) y otros comentarios que surgieron de ese encuentro.

El fracaso del usuario en la obtención de permiso del país de procedencia para usar estos materiales puede parecerle al usuario una omisión leve, a lo sumo.

No obstante, el decidir que un usuario no tiene obligaciones de distribución de beneficios a menos que haya recolectado los recursos genéticos directamente en el país de procedencia, legalmente crearía una enorme brecha en el sistema de ABS. Un recolector que no es usuario podría adquirir muestras y transportarlas fuera del país de procedencia o cultivar una generación subsiguiente antes de venderlas o pasarlas a un usuario, para así escapar del deber de distribuir los beneficios. El temor de que los usuarios estén comercializando productos por medio de tales brechas observadas es una de las razones por las que los países de procedencia han impuesto a veces limitaciones estrictas sobre la bioprospección y otras actividades de investigación. La formulación del Artículo 15.7 no permite estas brechas pues habla sobre distribuir los "beneficios que surgen" y no limita esa obligación a un grupo específico de relaciones contractuales.

El "enfoque de utilización" puede ofrecer una solución a este problema. El deber de distribución se basaría en si la actividad del otorgante (un tercero) consistiera en la "utilización de recursos genéticos" (como se discute en 4.2.2). De ser así, su actividad propiciaría las responsabilidades de distribución de beneficios, aun si no ha estado en el país de procedencia ni ha tocado el material biológico original. No obstante, este acercamiento presupone que existe una clara legislación en el país usuario. Además tampoco puede ser aplicado en forma razonable, a menos que la ley determine un punto final razonable y bien definido para la obligación de distribución de beneficios.

4.4.3 Aplicación de las obligaciones de ABS a los "derivados" de recursos genéticos

El término "derivado" no se usa ni se define en ninguna parte del CDB. Sin embargo, la interrogante de cómo se debe aplicar el ABS a los derivados[286] se ha convertido en uno de los asuntos más contenciosos relacionados con el fomento del desarrollo del régimen internacional. En los debates sobre ABS, el concepto de "derivados" se percibe de diferentes maneras:

- Una de las acepciones considera que la palabra "derivados" se refiere a "material que más adelante se reproduce, cultiva o se genera de otra manera a través de algún proceso de multiplicación en el país usuario";

- Otros usan el término para referirse a metaextractos, fracciones o esencias obtenidas de una planta, animal u otra muestra;

- Un tercer significado se refiere a un producto o mercancía creada a través del uso del recurso genético – el cual puede ser usado en el desarrollo de futuros productos, innovaciones o beneficios.

Esta confusión conceptual significa que existen personas con diferentes nociones que están usando este término en negociaciones, como si éste estuviera claro y definido. En consecuencia, las discusiones parecen ser un "diálogo de besugos" (no comunicativas y es poco probable que generen un entendimiento y acuerdo comunes).

A nivel sustancial, toda la discusión sobre derivados se origina de un entendimiento estático del término recursos genéticos. El uso de un acercamiento no estático (ver las opciones iii y iv, en 4.2.1) esencialmente eliminaría la necesidad de discutir sobre los derivados, ya que cada uso, sea directo o a través de otro producto provisional, sería evaluado en forma separada como una posible "utilización de recursos genéticos." Si las Partes deciden en última instancia emplear una definición más estática, entonces la duda sobre derivados debe ser resuelta completamente, empezando por una definición clara y compartida de lo que es un "derivado."

[286] *Ver* por ejemplo Fowler *et al.*, 2004; y Chambers, 2003, 318-320.

5 Aplicando los conceptos de evaluación y equidad a los recursos genéticos

Ciertos temas de evaluación y economía están expresados indirectamente en el CDB, a través del requisito que indica que el nivel de distribución de beneficios debe ser "justo y equitativo." En general, los detalles relacionados con evaluación y equidad en el ABS se determinan individualmente en el nivel contractual, en los casos en que haya un contrato. No obstante, la obligación de distribución justa y equitativa va sistemáticamente más allá de eso: es uno de los tres objetivos principales del CDB. "Equidad" es un concepto amplio, pero claramente surge del concepto de "valor" y está conectado a él (no solo en cuanto a valor monetario sino también otro tipo de valor). De parte del usuario, las dudas respecto a la distribución equitativa de beneficios involucran cuatro temas:

- Valoración de los "beneficios derivados de la utilización de recursos genéticos" y la contribución que los recursos genéticos han aportado a la creación de ese beneficio, entre ellos diversos enfoques para la evaluación (discutido en 5.1-5.3);
- Los temas de justicia – balanceando las equidades de la transacción (se discute en 5.4);
- Equidad más amplia y temas de interés público (discutido en 5.5.); y
- La interconexión entre evaluación, equidad e interés público (se discute en 5.6).

Cada uno de estos temas debe ser considerado con el fin de determinar qué constituye una "distribución equitativa" para el proveedor de los recursos genéticos. La falta de transparencia con respecto al valor, como se aplica en el ABS, aunada a la larga demora entre la mayoría de las transacciones de ABS y cualquier distribución directa de beneficios, ha llevado a una situación en la que las negociaciones son bastante aleatorias en cuanto a fijar los montos específicos a ser pagados como "beneficio distribuido" bajo los contratos de ABS. Otro reto para el usuario es determinar una "parte equitativa de los beneficios" en caso de que no se haya obtenido un contrato. Además, un contrato puede, por supuesto, ser refutado porque no es justo, así como por deficiencias fundamentales de procedimiento.

Este capítulo considera la necesidad de comprender factores de valor como otra capa de complejidad en el proceso de crear y administrar las leyes de distribución de beneficios. Además de la labor del Capítulo 4 de (i) determinar qué "recursos genéticos" y "beneficios derivados" son, y (ii) integrar ese concepto dentro de un sistema para activar la obligación de distribución de beneficios, todavía es necesario tener alguna idea sobre el valor que ellos representan e integrar esa idea dentro del difícil proceso de distribuir equitativamente los beneficios que surgen de la utilización de recursos genéticos. Este tema de evaluación y equidad forma un enlace crítico con los otros objetivos del CDB: conservación y uso sostenible, sin los cuales no se justifica la existencia de un sistema de ABS.

5.1 Estimando el valor de los "beneficios derivados"

El principal factor determinante de la obligación de distribución de beneficios es la creación de un beneficio a través del uso de recursos genéticos. Incluso después de que se solucionen los problemas inmediatos (*¿Qué es un beneficio?* y *¿cuándo surge?*), la noción de "distribución equitativa de beneficios" sugiere que el sistema debe tener un sistema fiable para estimar el valor de los beneficios derivados de la utilización de recursos genéticos. Después de que se aborde este tema, el segundo paso es determinar una parte apropiada y equitativa de esos beneficios atribuibles a los recursos genéticos.

En forma práctica, el valor de los beneficios tratados en los contratos y la legislación de ABS ocurre en uno de dos pasos, ya sea haciendo un estimado previo (que lleva a una cantidad acordada para distribución de beneficios, la cual puede ser pagada en forma temprana en la relación de ABS), o esperando y estimando el valor de cada beneficio, tal como es

recibido. En general, el estimado previo y el proceso de pago previo pueden ocurrir sólo cuando exista un contrato de ABS u otro acuerdo – actualmente, no hay una base en el CDB o en otra parte para escoger e imponer unilateralmente un valor fijo sobre cualquier Parte. El consentimiento sobre un pago especificado como satisfacción entera o parcial de las obligaciones de distribución de beneficios debe ser reflejada en los TMA.

Usualmente, una o ambas partes de un contrato de ABS preferirá usar esos estimados acordados previamente como método para concretizar el elemento de distribución de beneficios del contrato de ABS. Aun cuando las partes acuerdan esperar los resultados antes de determinar cómo deben ser repartidos los beneficios, los medios para calcular esa distribución deberán decidirse con antelación, ya sea por medio de negociación o de la ley del país de procedencia.

Del lado del usuario, si existe un contrato y éste fue negociado en forma justa, usualmente el resultado contractual será determinante. Se necesitará legislación para abordar la valoración económica del beneficio recibido, sólo (o principalmente) en situaciones en las que el usuario no obtuvo un contrato de ABS. Estas herramientas también serán empleadas cuando parezca que el usuario o la fuente no participó justamente en el proceso de negociación.

Dada la variedad de resultados, conclusiones y productos diferentes que pueden ser "beneficios derivados" de la utilización de recursos genéticos, la interrogante de valoración puede ser difícil. La fuente particular de ese beneficio puede ser un recurso genético específico, el cual tiene valor para un país o comunidad particular completamente con base en su potencial para generar distribución de beneficios de ABS. En esos casos, un investigador altruista que publica y distribuye sus resultados alegremente, habrá convertido efectivamente el valor de ese recurso genético de propiedad (o valor potencial) mantenida por el país de procedencia a propiedad global, beneficiando al planeta entero a expensas de ese país de procedencia.[287] Si él lo ha hecho sin la aprobación del país de procedencia, puede ganarse su ira, en forma de una demanda basada en el valor de la oportunidad de distribución de beneficios que se perdió. Así, la determinación de la parte justa y equitativa de los beneficios del país de procedencia puede, en algunos casos, estar estrechamente ligada al valor percibido del recurso genético.

5.2 Excluibilidad y el valor de los recursos genéticos

El proceso de evaluación en ABS es muy complejo. Para comprenderlo, debemos empezar por la premisa de que los "recursos genéticos" son algo más que la materia prima de la biotecnología.[288] Dentro del CDB, el derecho legal especializado de utilizar recursos genéticos fue creado como mecanismo para integrar una variedad de objetivos y derechos (de ABS) relacionados, mediante un sistema legislativo y contractual.

Para analizar esta cuestión de valoración, hay que empezar desde lo básico, tomando en cuenta cómo difiere el valor de los recursos genéticos de los tipos tradicionales de valor asignado a los "recursos biológicos" a lo largo de la historia. Tradicionalmente, se ha pensado que las variaciones en el "valor genético" de tales recursos dependían principalmente de la "calidad" física del material particular que estaba siendo transferido – el valor de un kilo de uvas es mucho mayor cuando las uvas son del tipo, la calidad y la condición necesarias para ser usadas en la producción de champaña – mucho más bajo si sólo pueden ser vendidas para consumo como "uvas de mesa." La ventaja económica respecto a las uvas fue buscada al mejorar características relevantes (por medio de la reproducción de variedades nuevas, escogencia de sitios para viñedos, desarrollo de tratamientos de suelos para mejorar la calidad y cantidad de la cosecha, etc.). El valor para el dueño del viñedo u otro comerciante estaba basado

[287] *Ver*, Mgbeoji, 2006, discutido con mayor detalle en 4.2 y 4.3, arriba, especialmente pies de página 261, 266, 277 y 281.

[288] McAfee, 1999, p.146, con referencias posteriores.

en una combinación de factores – principalmente, la cantidad de material producido y vendido, y el precio obtenido.

En cambio, el uso de los "recursos genéticos" de una variedad de uva puede no depender de ninguna de estas cualidades. Los datos genéticos o bioquímicos particulares pueden ser valiosos como "recursos genéticos" si están ligados a otras propiedades que pueden ser usadas o replicadas de otras maneras. Su valor puede depender de uno o de los dos elementos descritos en 4.1 – el material genético microfísico y la información genética que contiene. Ya sea que se utilicen estos componentes juntos o individualmente, se reconoce que la "utilización de material genético" le da un valor diferente o agregado al "valor a granel" de los recursos biológicos particulares, y no depende de la madurez ni de otra condición física de la producción total del viñedo.

El valor de los "recursos genéticos" debe ser discutido bajo la perspectiva de obtener beneficios de usar las unidades de la herencia (material microfísico) y de utilizar la información genética que contienen. La evaluación debe apuntar al nuevo valor del recurso, separando el valor a granel del recurso biológico del valor de sus recursos genéticos tangibles e intangibles. Esto incluiría, por ejemplo, secuencias de ADN y fórmulas bioquímicas, contenidas ya sea en especímenes completos, muestras preparadas, extractos, o en forma de notación o descripciones científicas escritas.

5.2.1 Recursos genéticos – ¿bienes excluibles o no excluibles?

Para entender el valor de los "recursos genéticos" puede ser útil pensar en ciencias económicas y preguntarse a qué tipo de "bienes" corresponde un recurso genético. La teoría económica establece una distinción entre bienes excluibles y no excluibles.[289] Un bien excluible no puede ser usado por más de una persona al mismo tiempo.[290] La mayoría de los bienes físicos son excluibles, por ejemplo, nadie puede comerse la manzana que usted acaba de comer, y en circunstancias normales solamente una persona puede usar una computadora portátil en un momento dado. Un bien no excluible normalmente puede ser usado o consumido por varias personas en el mismo momento. Por lo general, la siguiente cita de Thomas Jefferson ilustra esto: *"Aquel que recibe una idea de mí, recibe él mismo enseñanza sin disminuir la mía; tal como el que me ilumina con su candela, recibe luz sin oscurecerme a mí"*.[291] El acceso de otras personas a una idea o innovación no disminuye el uso que le pueda dar el dueño original. Por ejemplo, una persona que lee una novela no limita la capacidad de otros de leer y disfrutar completamente la misma historia. Sin embargo, cada copia física del libro es claramente excluible porque solo una persona puede leer esa copia en un momento dado.

El que un recurso genético sea excluible o no excluible depende en parte de cuán fácil es utilizarlo y/o ejercer un derecho legal sobre él. Esto es un concepto importante para ayudar a entender cómo los sistemas legales nacionales pueden ser diseñados para permitir a los países de procedencia captar una parte equitativa de su valor. Generalmente, los sistemas para captar el valor de bienes físicos específicos son más simples y más fácilmente regulados que aquellos que rigen los bienes no excluibles, tales como ideas e innovaciones no patentadas. Sería más fácil convertir el valor de los bienes no excluibles en una ganancia económica si hay una institución legal que los haga valiosos.

Los bienes físicos, por ejemplo, son excluibles en el sentido de que tienen un nivel finito de funcionalidad. De modo práctico, puede considerarse que tienen dueño o que no tienen dueño. La excluibilidad de un recurso poseído está ligado a una persona o entidad particular – su dueño. Si el recurso es móvil, su excluibilidad está protegida físicamente por el dueño – al encerrarlo o guardarlo en un lugar bajo su control o supervisión. Los recursos no movibles (bienes raíces) se protegen al registrarlos o a través de otros sistemas que permiten asegurar el derecho de

[289] *Ver* por ejemplo, Waldron, 1993, publicado en Chisum, 1998, 48-49, donde se usa la terminología [en inglés] "crowdable" y "non crowdable".

[290] *Ibidem*.

[291] Thomas Jefferson, citado en Chisum, 1998, 6. Hay que notar que las "ideas" no son "bienes" para estos fines, a menos/hasta que se conviertan en innovaciones o de alguna otra forma puedan ser transferidos y/o hacerse excluibles.

propiedad. La propiedad legal no impide a otros usar el recurso, pero provee un derecho legal para usarlo. Un dueño puede emplear procesos legales para recuperar propiedad movible que le ha sido quitada, incluso si esa propiedad está bajo el control de otra persona; también él puede usar la ley para retirar a quien esté ocupando la propiedad física de la cual es dueño. Los bienes físicos no poseídos son excluibles tanto por (i) estar siendo convertidos a propiedad individual como por (ii) estar siendo usados. De esta manera, el aire que respiramos es por lo general no poseído; sin embargo, solo una persona puede respirar determinado volumen de aire en un momento dado. Las compañías que llenan tanques de aire y los rentan para buceadores, convierten temporalmente algo de aire en un recurso poseído, al tomarlo para llenar tanques presurizados.

La legislación nacional puede generar un impacto decisivo en cuanto a si un bien particular es poseído o no poseído. El ejemplo más claro de esto es el agua dulce. En algunos países, los recursos dulceacuícolas no son poseídos. Donde las aguas superficiales y subterráneas son abundantes, por ejemplo, ellas usualmente no son poseídas – cualquier persona puede tomarlas y usarlas. Las empresas de agua pueden convertir las aguas no poseídas en un bien poseído, al distribuirlas mediante sistemas de agua potable, o al venderlas en botellas como agua mineral, filtrada o purificada. No obstante, donde el recurso hídrico es menos abundante, los derechos de uso del agua pueden estar sujetos a restricciones – puede ser, en efecto, poseído (controlado) por el gobierno hasta que las entidades privadas obtengan un derecho para apropiarse de parte de él, a través del cumplimiento de controles relevantes. Esto le facilita al gobierno tener control sobre el uso del agua para asegurarse que las necesidades básicas de agua (para irrigación, producción de energía, etc.) tengan prioridad sobre nuevos desarrollos residenciales u otros usos de tierra/agua.[292]

Como consta en la cita de Jefferson mencionada anteriormente, las ideas son un ejemplo clásico de un recurso no excluible pero sólo después de que ser distribuidas. Se pueden compartir las ideas y el conocimiento con muchas personas en forma simultánea, sin por ello disminuir su uso por parte de otros. En consecuencia, la principal forma en que las ideas (y otros excluidos de ellas) pueden ser protegidas es mantenerlas en secreto. Sin embargo, para fomentar el desarrollo de ideas, es necesario proveer un medio por el cual ellas puedan hacerse excluibles incluso después de haber sido distribuidas al público. A través de este tipo de exclusión, la investigación y el desarrollo pueden ser una elección económicamente deseable, dándole al titular un derecho (excluible) para recoger el valor inicial de sus productos intelectuales. El régimen de propiedad intelectual, en particular el sistema de patentes, se diseñó originalmente para establecer derechos exclusivos a ciertos productos no tangibles del trabajo intelectual, como medio para impulsar el desarrollo intelectual y permitir que éste sea compartido y desarrollado mientras continúa dándole derechos valiosos al creador de la idea.

En la práctica, este sistema trabaja de la siguiente manera: el inventor describe su invención en una solicitud formal de forma escrita y por la concesión de una patente esa invención recibe una protección de derecho de propiedad limitado en" tiempo respecto a la invención, como se describe. Durante el plazo de la patente, el inventor tiene un derecho legal específico de excluir otros usos de su innovación y/o controlar tales usos de forma que le genere ganancias por su trabajo.

Todo esto plantea la pregunta principal para este libro: *¿Son los recursos genéticos excluibles o no excluibles?* Esta interrogante puede tener diferentes respuestas dependiendo de cuál de los dos aspectos del concepto de recurso genético (microfísico o intangible/informativo) predomina en cada situación.

[292] FAO, 1995, "Forest Management Legislative Development in Tonga" (FAO) (control requerido para prevenir impactos ambientales negativos en el sistema hidrológico de la isla, causados por el uso desenfrenado del agua). De manera similar, las discusiones actuales sobre "pago por servicios ambientales" se enfocan en el uso de medidas de incentivos para minimizar el uso gradiente arriba en países cuyas leyes consideran al agua como recurso que no tiene dueño. *Ver* Perrot-Maître, y Davis, 2001, "Case Studies of Markets and Innovative Financial Mechanisms for Water Services from Forests" (Forest Trends).

5.2.2 Excluibilidad del elemento microfísico

Cuando se considera el material genético microfísico, se debe tener en cuenta la discusión sobre excluibilidad en diferentes niveles. Esos niveles, por orden de especificidad, son:

- Gen individual;
- Secuencia genética;
- Característica expresada (enzima, proteína, etc.);
- Genoma (variedad o subespecie);
- Características compartidas (dentro de un taxón superior).

A nivel de gen individual, la excluibilidad parecería depender de cómo está ligado el gen a las características del espécimen biológico del cual fue aislado. Cada gen está ligado a una variedad de características diferentes. En algunos casos, el gen particular va a ser de interés porque viene de un espécimen extraordinario de la especie/variedad. Por ejemplo, los genes pueden ser tomados de una oveja particular que tiene inmunidad natural o susceptibilidad a la malaria. El valor de un gen aislado ligado a esa inmunidad/susceptibilidad estará basado en la calidad del animal específico. Al comienzo de la investigación, este gen probablemente será un bien completamente excluible, ya que el dueño del animal tendrá control absoluto sobre su utilización. No obstante, con el tiempo, el investigador podría multiplicar el material genético o reproducirlo en otro animal, creando dudas sobre la continua excluibilidad del bien.

La investigación genética, sin embargo, se enfoca en los genes, basándose en la especie/subespecie/variedad de los especímenes de donde provienen. Un gen presente en todo el taxón parecería ser no excluible a menos que un propietario individual, gobierno u otra entidad tenga control sobre todos los miembros del taxón.

Sin embargo, esta no es una "regla claramente definida" – no existe una distinción clara entre genes compartidos y genes completamente individuales. Generalmente, habrá una transición gradual entre los genes que existen en muchos organismos y son completamente no excluibles, por ejemplo el gen que codifica el color verde en los árboles de abeto, a los genes que son excluibles porque son más limitados, tal como los genes presentes en una especie que está amenazada de extinción, o aquellos ligados a una característica particular (por ejemplo árboles particulares de abedul que a pesar del viento y del tiempo atmosférico han permanecido de pie y con el tiempo han experimentado adaptaciones genéticas a las condiciones climáticas de casi la mayoría de los pueblos pesqueros noruegos azotados por el viento). En otros casos, podrían existir mutaciones específicas en solo un número menor de organismos, elevando la probabilidad de que el gen mismo sea un bien excluible.

Una parte significativa del trabajo considerado como "utilización de recursos genéticos" involucra el uso directo de extractos de materiales tales como enzimas y proteínas expresadas por una especie particular. El análisis de las propiedades biofísicas del veneno de una rana tropical es esencialmente un estudio de un material microfísico de un nivel mayor ligado a las características hereditarias de la especie.

Al nivel de menor especificidad, muchos usos de recursos genéticos se postulan en las cualidades compartidas por el genoma entero, o las cualidades heredables de un todo un organismo (la planta, el animal, el hongo particular, etc.). De nuevo, este tipo de investigación puede ser excluible o no excluible, con base en si el objetivo particular es utilizar la unicidad de un espécimen individual (por ejemplo, aparear la yegua que uno tiene con un caballo de carreras famoso, con la esperanza de reproducir las características especiales del semental) o aprovechar las cualidades de la variedad entera. Los recursos genéticos del semental son esencialmente un bien excluible, controlado por su(s) dueño(s). No obstante, el uso del genoma es más comúnmente considerado bajo los principios del ABS, en cuanto al desarrollo de variedades y el uso de variedades desarrolladas o aisladas localmente. En estos casos, la excluibilidad dependerá de cuán extensamente son poseídos los derechos a usos particulares de esos recursos genéticos. Si todos en la comunidad tienen derecho a reproducir o autorizar el uso de la variedad, entonces puede no ser excluible

a menos que la comunidad haya acordado controlar tales usos por parte de otros. Mientras más ampliamente estén diseminados estos derechos, menor será la probabilidad de que se pueda prestar suficiente control al genoma para que sea un recurso genético excluible.

5.2.3 Accessibilidad del elemento intangible o informativo

Otro aspecto de la excluibilidad de los recursos genéticos está relacionado con el elemento intangible: la información contenida dentro de la especie. Se requiere de la acción humana para generar o decodificar esta información. Dado que varias personas pueden poseer el mismo conocimiento sin dejar a otros por fuera, el conocimiento sobre información genética es normalmente un bien no excluible. En general, si la no excluibilidad no disuade a otras personas de seguir trabajando con la especie, la probabilidad de un desarrollo más rápido puede ser mayor para bienes no excluibles que para bienes excluibles. Este elemento de información de los recursos genéticos puede tener excluibilidad "efectiva" en ciertos casos, según la accesibilidad de la información o la capacidad de decodificar o identificar dicha información.

La información genética generalmente se manifiesta de diversas formas. Un aspecto es el genoma y los datos de la especie, cuando se presentan en su forma informativa (como secuencia genética, fórmula bioquímica u otro documento o imagen). Gran parte de este tipo de información solo es excluible en la medida en que (i) el material biológico que la origina es difícil de obtener, (ii) el proceso científico tiene un costo prohibitivo, o (iii) el análisis sólo puede llevarse a cabo en un laboratorio especial, de acceso restringido. En cualquier especie, cada combinación o gen está ligado a muchas características diferentes del espécimen[293] o codifica enzimas o proteínas particulares. Identificar el gen particular ligado a características particulares consiste en un estudio más especializado. Cada vez es más común que laboratorios alrededor del mundo tengan la capacidad de identificar y decodificar información genética. Esto sugiere que la mayoría de datos genéticos pueden ser obtenidos por cualquiera que tenga la capacidad para hacer el trabajo y gastar los recursos necesarios. Por tanto, el aislamiento de un gen o de sus características ligadas puede no ser un fundamento para la excluibilidad.

Los recursos genéticos intangibles son más excluibles cuando requieren más que el análisis estándar. Por ejemplo, el análisis puede enfocarse en preguntas sobre *cómo* trabajan juntos los genes para expresar varias capacidades en un organismo. Cuando se miran como mercancías biofísicas, los genes podrían ser más excluibles, tanto en el hecho como en la ley.

La información sobre las propiedades físicas del organismo es otra clase de conocimiento que a menudo resulta ser importante para la bioprospección. Por ejemplo, es común el tamizaje de plantas, insectos y otros organismos para fines farmacológicos. Otras clases de análisis pueden enfocarse en la manera particular en que esas propiedades funcionan o se manifiestan en la especie. De nuevo, la excluibilidad de estos análisis depende de la accesibilidad de los especímenes, del acceso a los procesos y la infraestructura necesaria y del hecho de que hay muchas indagaciones potenciales semejantes. No es común que dos investigadores trabajen en forma independiente para enfocarse en las mismas preguntas sobre la misma especie, usando el mismo proceso analítico.

5.2.4 Patentes como medidas para convertir los recursos no excluibles en recursos excluibles

El objetivo de extender la patentabilidad a la materia viviente, incluyendo genes y variedades enteras, puede entenderse a la luz de dichos cuestionamientos de excluibilidad, para proveer un sistema por el cual los usuarios pueden captar el valor de sus descubrimientos e innovaciones, en vez de depender de la posesión (o de algún control físico similar) y del secreto. Por medio de patentes, los usuarios buscan establecer derechos

[293] Uno de los resultados más importantes del Proyecto Genoma Humano fue el descubrimiento de que no hay un número suficiente de genes o combinaciones génicas que refleje todas las características del *Homo sapiens*. Una de las conclusiones inevitables extraídas fue que cada gen está ligado a múltiples factores y que otros factores (además de los) genes pueden también estar involucrados. Commoner, 2002.

exclusivos. En muchos casos, esta exclusividad es por sí misma el principal beneficio que surge de las actividades del usuario. Para el sistema de ABS, no obstante, también es notable que la capacidad del sistema de patentes de dar exclusividad puede incrementar el atractivo de la investigación y el desarrollo genéticos, dándole al usuario tiempo de recuperar sus costos antes de que otros empiecen a usar su innovación.

El mecanismo de ABS bajo el CDB pretende crear un valor para los recursos genéticos, por medio de la distribución de beneficios derivados de la utilización de este recurso en su mayoría no excluible. La tarea del sistema de ABS es crear una manera de dar valor al recurso genético y distribuirlo apropiadamente, de forma tal que los países de procedencia no sientan la necesidad de bloquear el acceso a los recursos genéticos o de limitar su intercambio, en un intento por hacerlos excluibles y, de este modo, valiosos.

5.3 Enfoques para evaluar la contribución de los recursos genéticos

Por lo general, la incertidumbre de la valoración en el proceso de ABS ha causado que las Partes del CDB tiendan a evitar la discusión sobre valoración, posiblemente para proteger su posición en futuras negociaciones de arreglos individuales de ABS. Sin embargo, al mismo tiempo, la falta de transparencia respecto a la valoración de los recursos genéticos, en contratos generales y específicos, ha sido un factor importante que ha contribuido a la complejidad y dificultad de las negociaciones y la documentación sobre ABS en países en vías de desarrollo. El tener estándares claros para la evaluación y la distribución serviría a dos objetivos principales:

- mitigar malos entendidos y expectativas no realistas de proveedores y usuarios; y
- proveer una base concreta para la puesta en práctica de medidas de usuario, incluyendo especialmente la determinación de las obligaciones de un usuario que no ha adquirido un contrato con el país de procedencia.

Esta sección considera dos enfoques para calcular el valor de los recursos genéticos: "contratos similares" y "valor alternativo." También considera el reto de encontrar el momento oportuno para hacer el avalúo, otro tema de las relaciones que se basan en recursos genéticos.

5.3.1 Uso de datos de contratos previos para calcular el valor de los recursos genéticos y la negociación de distribución de beneficios

Actualmente, la mayoría de los procesos para el avalúo del material genético se da en el contexto de negociaciones contractuales entre el usuario y el país de procedencia (o la agencia, la comunidad o el individuo que ostenta la autoridad para involucrarse en estas negociaciones). A pesar de que algunos comentaristas han declarado con vehemencia que los contratos privados constituyen la única solución necesaria para abordar y solventar todos los asuntos y problemas de ABS, sin necesidad alguna de legislación nacional,[294] la evidencia práctica y el análisis han mostrado que este no es el caso. Además de la evidente legislación comercial necesaria para aclarar e implementar cada contrato de ABS, tanto en el país usuario como en el país proveedor, el ABS debe también proporcionar herramientas para la valoración contractual. La necesidad de métodos aceptados para estimar el valor de los recursos genéticos para fines contractuales se hace obvia cuando uno recuerda que, en la mayoría de los países, los recursos genéticos son considerados bienes públicos, administrados bajo la supervisión del gobierno nacional. En consecuencia, se requiere un mecanismo para asegurarle al funcionario negociador del gobierno que él está recibiendo un valor justo por un recurso público que él juró preservar y usar en beneficio del país y de sus ciudadanos.

[294] *Ver*, por ejemplo, Scott, 2005.

Un método tradicional de estimación del valor se aplica directamente en las negociaciones de contratos. Este método se deriva de la comparación de los valores de propiedad similar en transacciones similares. Los estándares profesionales de valoración[295] que rigen este tipo de sistema de avalúo usan características de esas "transacciones similares" para proporcionar un estimado (rango) de comparación de mercado con el fin de ayudar a guiar las negociaciones y expectativas respecto al precio contractual para este recurso.[296]

Para crear y aplicar un sistema de avalúo en ABS, primero será necesario desarrollar o ajustar los estándares de valoración para que puedan ser aplicados a esta categoría especializada de bienes. Por otro lado, resulta más importante que el uso de este mecanismo para valoración requeriría esencialmente un alto nivel de transparencia en el mercado. Hasta la fecha, un gran porcentaje de los contratos de ABS negociados son confidenciales a pesar del hecho de que los recursos genéticos que son sujeto del contrato son un recurso público, administrado por un funcionario del gobierno. A veces, aunque se pueda divulgar otros contenidos del contrato, no se le permite a las Partes revelar los elementos financieros. La falta de transparencia del mercado resultante genera varios efectos obvios:

- Los países de procedencia y sus negociadores a menudo tienen expectativas no realistas sobre el valor que pueden materializar a través de las transacciones de ABS.

- Las partes que tienen experiencia limitada en cuanto a otras transacciones de ABS pueden sentirse motivadas a aceptar pagos inapropiados (muy altos o muy bajos) como la obligación de distribución de beneficios de parte del usuario.[297]

La actual falta de transparencia en el mercado puede parecer una oportunidad ante los ojos de algunos usuarios, pero también continuará alimentando expectativas irreales y ultimadamente contribuirá al elevado nivel de complejidad legislativa y de negociación para aquellos que buscan contratos de ABS.

La transparencia sobre precios y términos financieros permitirá el desarrollo de estándares de valoración profesionales, lo cual puede facilitar las negociaciones de contratos.

Por supuesto, esto no será una labor fácil, dado que hay muchos tipos diferentes de recursos genéticos, categorías de usos, objetivos de usuarios, y situaciones en los países de procedencia. De acuerdo con ciertas teorías económicas, el hecho de fijar el precio en un mercado libre está basado en la identificación de un conjunto específico de supuestos comunes que no se pueden encontrar fácilmente en el contexto de diversidad genética. Se pueden hacer pocas generalizaciones sobre "consumidores" (usuarios) y "proveedores" (fuentes). Los principios de oferta y demanda sugieren que para los usuarios puede ser más fácil alejarse de la negociación, dada la no exclusividad del recurso – una situación que puede crear una competencia de precios (que ha sido denominado "a race to the bottom"[298]) entre las fuentes. Se ha notado que "la actual forma de enfoque contractual es llevar a valores bajos de transacciones individuales y no a la valoración completa de servicios ambientales proporcionados por la biodiversidad."[299]

Más importante tal vez, es que cuando se disponga de bienes públicos (recursos genéticos) a través de contratos privados, las prácticas comerciales no respaldarán la equidad ni los objetivos del CDB. Excepcionalmente, por no decir nunca, las negociaciones privadas reflejan los intereses, las necesidades y los valores de la sociedad o comunidad.

---

295 Existen muchos niveles de estándares profesionales para hacer la estimación financiera de varias clases de propiedades en diversos contextos. Un ejemplo que está ampliamente disponible en la actualidad es Parnham y Rispin, 2000, *Residential Property Appraisal* (Spon Press).

296 Tosh y Rayburn, 2006.

297 Un ejemplo de esto fue una oferta hecha a Namibia: el usuario ofreció pagar US$ 5000 al país por el derecho al inventario y a tomar muestras de toda la vida silvestre del país. Wynberg, 2002.

298 Vogel, 2007.

299 Fernández Ugalde, 2005.

5.3.2 Valoración con el método del "valor alternativo"

Otro enfoque que puede ser particularmente útil para comprender el valor del recurso genético es realizar un cuestionamiento sobre el valor alternativo – es decir, construir la valoración con base en el valor de los recursos y procesos usados actualmente, los cuales serán reemplazados por los recursos genéticos. En esencia, este proceso construye la evaluación de un componente del producto final empezando por el fin – con el precio máximo de mercado de ese producto. De este precio, el usuario sustrae el valor de otros insumos (ingredientes, investigación, procesos y desarrollo, etc.), así como una utilidad sobre la inversión, dejando el valor del insumo. Luego, este valor se usa para determinar "la parte equitativa" de las ganancias totales que le corresponde al país de procedencia.

Este enfoque puede ser reformulado mediante cuestionamientos en el punto en que se obtiene un producto final o resultado: *¿Cuál hubiera sido el valor del producto, sin los recursos genéticos?* Esta pregunta enfatiza la necesidad de ligar la valoración con los resultados derivados de la utilización de recursos genéticos, más que relacionarla con el acceso.

Este enfoque determina el valor del recurso genético en un momento muy posterior en el proceso de utilización. Como resultado, altera la composición de la fórmula de valor. Cuando el valor se determina al momento de la bioprospección, un porcentaje muy alto de ese valor es especulativo – valor potencial.[300] Después del tamizaje, el equilibrio entre "valor potencial" y "valor aparente" cambia, con ello desciende el valor potencial de aquellos especímenes que no muestran la característica deseada, sin que haya un incremento en su valor aparente. Sin embargo, en cuanto a los recursos genéticos que pasan el tamizaje, el valor aparente se incrementa, convirtiéndose en una proporción mayor del valor total del recurso. En el momento en que el producto es desarrollado, el valor de sus recursos genéticos casi se habrá movido por completo a "valor aparente". No obstante, no está totalmente claro si este cambio (de muchos especímenes con un valor potencial estimado al valor final de aquel recurso genético que ha sido seleccionado) incrementará o disminuirá el "valor de los recursos genéticos" en una transacción de ABS particular.

Sin embargo, una dificultad presente con cualquier reconocimiento del enfoque del valor alternativo, es la aceptación tácita de los actuales acercamientos al "valor relativo" de la biodiversidad, en comparación con la tecnología. A diferencia de los recursos genéticos, las contribuciones de la tecnología y del desarrollo industrial han sido bien reconocidas; el reconocimiento se refleja en el valor económico y en la ganancia monetaria. Existen métodos para estimar el valor de la tecnología, mientras que no existen medios aceptados generalmente para estimar el valor de la biodiversidad. En la sociedad de hoy, se aprecia la tecnología en grande y se le ha dado un elevado estimado de valor. El que el material genético sea de bajo valor, ya sea estimado o percibido, le quita fuerza a los argumentos a favor del ABS, sugiriendo que habrá pocos (o ningún) beneficios potenciales para ser distribuidos. En general, se ha dicho reiteradamente que el valor de los recursos genéticos es insignificante.[301] Estos estimados bajos llegan a ser la munición de los argumentos empleados por la industria biotecnológica contra la regulación de derechos al material genético y a la distribución de beneficios.[302] Por el contrario, algunos de los mismos comentaristas presentan números que ilustran el alto valor que ha creado la biotecnología, para justificar su argumento de que los países desarrollados deben abstenerse de imponer obligaciones de distribución de beneficios.[303]

---

[300] En la bioprospección la posibilidad de un acierto en un tamizaje al azar puede ser baja. Los estimados de la "tasa de aciertos" varían. Se ha estimado que la probabilidad de encontrar el gen útil a través de tamizaje al azar para uso farmacéutico está entre 1/6000 y 1/30000. Lesser, 1998, página 71, con referencias posteriores. Todas las fuentes generalmente concuerdan, sin embargo, que la industria necesita tamizar, hacer pruebas e investigar un gran número de muestras para obtener un acierto. Esta baja probabilidad a menudo es usada como argumento principal para concluir que el material genético carece de valor o tiene muy poco valor. Lesser (1998) ha sugerido que el valor de los recursos genéticos podría corresponder a la probabilidad de encontrar un gen útil.

[301] Hirsch (2005), por ejemplo, argumenta que: "Necesitamos superar la expectativa del oro verde." Uno de sus puntos es que "Tal vez habrán pocos medicamentos superventas creados que generen fortunas para el afortunado país de origen de la sustancia original, pero la mayoría de los productos nuevos no son resultado de la expresión de un único gen."

[302] Hirsch, 2005.

[303] Ver Wolfe y Zycher, 2005; y Finston, 2005 (con referencias más adelante).

Las instituciones y los mecanismos legales y prácticos deben reconocer que la creación de valor en los sectores que usan recursos genéticos es considerable y sigue aumentando.[304] Por otro lado, el método del "valor alternativo" por lo general fracasa al reflejar adecuadamente los elementos sociales, ambientales y equitativos del valor del recurso genético – factores que son críticos en la determinación de la "parte equitativa" de los beneficios que le corresponde recibir al país de procedencia.

Más allá de estas discusiones teóricas, desde un punto de vista práctico es necesario desarrollar métodos más específicos que ayuden al cálculo de partes justas y equitativas de los beneficios.

5.4 Requisitos para la justicia: distribución justa y equidad

En el Artículo 15 del CDB, las principales obligaciones del usuario apuntan a un resultado específico – "la meta de *distribuir en forma justa y equitativa* los resultados de la investigación y el desarrollo, y los beneficios derivados del uso comercial y de otro tipo de los recursos genéticos…"[305] Esta obligación resalta los dos aspectos equitativos del concepto de distribución de beneficios – distribución justa y equitativa. Aunque todos los asuntos discutidos en los primeros cinco capítulos de este libro son esenciales para el funcionamiento del esquema de ABS, este esquema puede alcanzar su verdadero objetivo solo a través de este elemento de "justicia y equidad."

El ABS no fue creado con el objetivo de establecer un mercado internacional funcional para la negociación y venta de recursos con base en contratos comerciales. Si esa hubiera sido la intención de los negociadores, se habría creado bajo el régimen de comercio mundial, tal vez como parte de la familia de instrumentos y procesos de la OMC. Más aún, si esa hubiera sido la intención, los problemas, costos y obstáculos que han impedido el funcionamiento total y efectivo del ABS a lo largo de los 15 años anteriores probablemente habrían causado la renuncia a ese concepto, en lugar de un redoble de esfuerzos para hacer que el sistema llegue a ser funcional.

Más bien, la meta del ABS es crear un sistema por el cual los países que han conservado y proporcionado acceso a sus recursos genéticos y a los ecosistemas que los contienen puedan recibir una parte del valor que se deriva de esos recursos, y un continuo incentivo para que conserven sus recursos y los utilicen en forma sostenible. Al utilizar una herramienta comercial (contratos entre países de procedencia y usuarios) las Partes buscan que la distribución se haga en forma directa. Sin embargo, en este caso, las Partes también han creado una necesidad de provisiones y estándares legales para permitir que todos los usuarios (y proveedores/fuentes) sepan qué se necesita – y especialmente que sepan en qué momento los arreglos que hagan cumplan el estándar requerido de distribución "justa y equitativa". El CDB asigna la responsabilidad de supervisar este estándar al país con jurisdicción sobre un usuario – para asegurarse que dicho usuario se comporte en forma justa y equitativa, y buscar la forma de promover un acercamiento equitativo y equilibrado por parte de otros países (de procedencia) a la hora de negociar con los usuarios.

Las siguientes secciones consideran las interrogantes prácticas y legales pertinentes al desarrollo de medidas de usuarios que contienen y promueven:

- la distribución justa – determinación o evaluación de la parte justa que debe ser pagada a los países de procedencia bajo la legislación de ABS;
- equidad – reflexión de la contribución y las necesidades de los países de procedencia; y
- aplicación práctica de estos conceptos – equilibrio de equidades, objetivos, beneficios y responsabilidades.

[304] Hodges (2005) se refiere a ventas solo de productos marinos biotecnológicos, estimadas en alrededor de US$ 100 millones en el año 2000 (con referencias más adelante). Wolfe y Zycher (2005) también muestran números que evidencian que el valor creado en biotecnología es alto.

[305] Artículo 15.7 del CDB, cursiva añadida.

5.4.1 Asuntos prácticos – legislación para asegurar la "distribución justa"

Como se describe en secciones anteriores de este capítulo, la labor de valorar los *beneficios que surgen* y la contribución de los recursos genéticos a esos beneficios no es algo tan sencillo como aplicar una fórmula. Incluso después de que estos valores sean entendidos, es necesario desarrollar y aplicar dos pasos adicionales – el proceso de determinar cuál es la "parte justa" que debe ser pagada al país de procedencia, y el proceso de determinar cómo (en qué forma) se debe pagar esa parte.

5.4.1.1 Determinación de una parte justa

El concepto de "parte justa" no ha sido bien examinado en términos comerciales, científicos, contractuales o legales. En la mayoría de los casos, además de los recursos genéticos, las actividades que *utilizan recursos genéticos* involucran muchos otros tipos de entradas, como otros ingredientes y propiedades que están combinadas con los recursos, los procesos que son aplicados, las inversiones de capital y tiempo y, especialmente, el desarrollo técnico y el trabajo creativo. Además, en realidad muchos productos de la utilización de recursos genéticos involucran más de un recurso genético. En cuestión de práctica legal y administrativa, sería difícil desarrollar un mecanismo que pondere todos esos diferentes tipos de contribuciones y determine cuál parte de las ganancias u otro tipo de resultados se puede atribuir a alguna de las entradas.

La legislación puede proporcionar algunos estándares y otras bases para evaluar el concepto de distribución justa. Dada la multitud de entradas posibles, no obstante, cualquiera de esos estándares será probablemente una simplificación para proveer una guía para las cortes e instituciones que negocian con usuarios que no reúnen requisitos básicos de ABS a través de un acuerdo con el país de procedencia. En la práctica, las provisiones de distribución justa usualmente dependerán de la situación concreta entre las partes, a menudo expresada en el acuerdo contractual. Es importante recordar otro aspecto más de los principios de equidad – su utilidad como guía para cortes, árbitros, funcionarios y otras personas que buscan determinar una "parte justa" en caso de que no exista un acuerdo entre las partes, o cuando el acuerdo no fue pactado en forma justa.

5.4.1.2 "Distribuyendo" beneficios intangibles

Un tema de preocupación relacionado con el establecimiento y la aplicación de estándares que rigen la distribución de "beneficios derivados de…la utilización de recursos genéticos" surge del hecho de que algunos de esos beneficios – los resultados de investigación y análisis – pueden ser no comerciales e intangibles. Como los recursos genéticos mismos, los resultados de investigación y las conclusiones analíticas son no excluibles una vez que han sido distribuidos fuera del instituto de investigación en donde son desarrollados. Así, puede no haber forma de distribuir parcialmente estos resultados – a menos de que las partes (directamente o a través del desarrollo y aplicación de estándares legislativos/equitativos) puedan ya sea (1) definir una forma de valorar los subcomponentes de investigación o determinar qué nivel de información consiste en una "parte" suficiente para compensar al país de procedencia o (2) establecer límites sobre lo que la parte que recibe una proporción de los resultados de la investigación puede hacer con dichos resultados.

Una manera de observar este concepto sería enfocarlo en etapas, determinando cuál es la parte correspondiente al país de procedencia en cada etapa, según dos factores:

- la contribución relativa del recurso genético en comparación con otras entradas en esta etapa del proceso o de la actividad; y

- la dificultad o el riesgo involucrado en la distribución de resultados o conclusiones.

Este enfoque está construido desde la perspectiva de que el derecho del país de procedencia a la información puede ser restringido, de ser necesario para asegurar que tanto usuario como proveedor reciban un *equilibrio* justo de valor, de acuerdo con su contribución. Reconoce que, en las etapas de recolección y análisis inicial, las entradas del país de origen constituyen un porcentaje mucho mayor del total de las entradas, más que en etapas posteriores del proceso de investigación y desarrollo. Bajo este pensamiento, el usuario puede restringir la distribución de los resultados de investigación de etapas posteriores, ya sea

imponiendo restricciones sobre el uso de la información distribuida, o comunicando solo porciones particulares de esos resultados.

Dicho enfoque a veces se viene abajo, debido a otros dos factores – la importancia del recurso genético y los intereses del país de procedencia. En algunas aplicaciones, el recurso genético y los resultados de investigación que genera, constituyen solo una parte del proceso de desarrollo de un producto. Esto puede aportar un medio de solventar un problema particular de investigación y desarrollo. En esas situaciones, el enfoque de "contribución relativa" proporcionaría una base clara para determinar los derechos del usuario. Sin embargo, en otras situaciones, el proceso completo solo existe gracias al recurso genético. Por ejemplo, la investigación que examina las características peculiares de la toxina en la piel de la rana tricolor no habría sido llevada a cabo, si no fuera por ese recurso genético particular. Aunque el usuario aportó un esfuerzo significativo al desarrollo de la información, uno no puede en ninguna etapa calificar de insignificante la contribución de los recursos genéticos, dada su importancia en todo el trabajo, incluso en el punto en que la investigación se centró en la síntesis de un nuevo químico con las propiedades especiales identificadas en la investigación. Observando la situación contractual, si la rana no hubiera estado disponible, no habría resultado ningún príncipe (producto).

Avanzando más allá de esto, cuando los principios de distribución justa se aplican a los componentes informativos de la investigación, esos principios a veces hacen "suposiciones estándar" con respecto a los intereses del usuario y del país de procedencia, puesto que la naturaleza del usuario y sus objetivos pueden diferir ampliamente entre casos. Un usuario comercial involucrado en investigación y desarrollo puede tener un fuerte interés en mantener la confidencialidad de los resultados de investigación, análisis y otra información, a fin de asegurarse que los competidores sean "excluidos" del uso de estos datos. En este caso, los intereses del país de procedencia y del usuario son muy parecidos. Si el país de procedencia tiene un derecho de recibir una "parte del beneficio" en las utilidades de la nueva innovación, va a querer asegurar y maximizar esas ganancias, excluyendo a otros del uso de la información. En estos casos, la justificación para aplazar la distribución de los datos es práctica – a menor número de individuos con acceso a los datos, menor la probabilidad de que un individuo "filtre" los datos a otro usuario (valorando sus propios intereses por encima de los de la organización o empresa).

No obstante, cuando la investigación se lleva a cabo o se usa sin fines comerciales, los motivos altruistas del investigador pueden estar en desacuerdo con lo que el país considera como "lo más conveniente." El usuario que publica información sin esperar a cambio un beneficio comercial[306] ha decidido entregar al mundo la información sobre los recursos genéticos particulares. En efecto, esta acción elimina cualquier posibilidad de que el país de procedencia reciba una parte del beneficio, fuera de su microscópica participación en el beneficio dado al mundo. Aunque un país particular pueda estar de acuerdo con esta elección, muchos pueden sentir que lo que conviene mejor al país sería encontrar un usuario comercial que pueda convertir el interés del país de procedencia en una mayor proporción de beneficios más concretos.[307]

5.4.1.3 Formas de pago

El otro elemento que afecta la interrogante de distribución justa es la forma de pago. En el momento en que se escribió este documento, eran prácticamente pocos contratos de distribución de beneficios que demandaban el pago de una proporción específica de las utilidades, patentes y otros beneficios del usuario. Este tipo de pago (denominado "regalía" en industrias como la editorial) puede ser relativamente difícil para

[306] En muchos casos, el investigador particular adquirirá notoriedad, puntos en su carrera académica u otros beneficios no distribuibles de la publicación.

[307] El caso de la rana tricolor (Mgbeoji, 2006) ilustra particularmente este principio, ya que la información que fue publicada sin fines de lucro fue utilizada posteriormente por cierto número de empresas farmacéuticas en sustancias sintéticas patentadas. Esto también ilustra el valor y el impacto que el sistema de patentes puede producir en los países de procedencia. En esencia, la patente del usuario constituye una forma de preservar el valor para el objetivo de maximizar la parte que le toca al país de procedencia, no obstante, se debe mencionar que el sistema sólo opera de esta manera cuando no impide al país utilizar sus propios recursos u opinar sobre su utilización.

los usuarios, quienes deberán llevar a cabo procesos de contabilidad muy estrictos para proveer registros exactos y verificables de todos los factores que deben ser considerados a la hora de determinar la parte que hay que pagar. Tales límites pueden restringir la capacidad del usuario de comprometerse con otros contratos.

De manera similar, grandes compañías e instituciones están dispuestas a posponer los resultados – en caso de que, por ejemplo, los resultados de investigación originen un descubrimiento o innovación utilizable/patentable, pero la compañía sienta que otras innovaciones técnicas futuras mejorarán la rentabilidad o efectividad de su aplicación práctica. En esos casos, aunque se presente una patente, poco o nada puede hacerse para utilizar el concepto patentado por muchos años (si acaso).

En consecuencia, es común que los contratos de ABS "liquiden" la parte de los beneficios, al identificar otras formas de pago las cuales, cuando se hacen, constituyen un sustituto actual de la distribución directa de beneficios, la cual de otra manera vendría después de un largo e impredecible plazo, podría no poderse repartir del todo, o podría ser aplazada por una decisión estratégica de la compañía. Las directrices de Bonn identifican una larga lista de maneras posibles en que ese pago puede llevarse a cabo,[308] entre ellas

- *pagos monetarios*
  Los pagos de dinero a veces se dan en forma de pagos por adelantado, pagos por acontecimientos o hitos, regalías (como se describe arriba),[309] honorarios por licencias, "honorarios especiales a ser pagados en fondos para apoyar la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad" (una forma limitada de pago monetario), fondos para la investigación;

- *otras formas de pago concreto y documentado basado en el valor comercial*[310]
  Una cantidad de derechos específicos pueden tener específicamente un valor comercial que se puede determinar – por ejemplo, el derecho de participación en empresas conjuntas;[311] "propiedad conjunta de derechos de propiedad relevantes," transferencias de conocimiento y tecnología y otras de esas relaciones legalmente vinculantes pueden ser dadas en vez de una porción directa de dinero o propiedad;

- *"beneficios no monetarios"*
  Una cantidad de beneficios está completamente fuera del análisis comercial monetario. Por ejemplo; un contrato puede simplemente requerir la distribución directa de resultados de investigación y desarrollo; otro acceso a información científica; "colaboración, cooperación y contribución en programas de investigación científica y desarrollo;" un derecho general a "participar en el desarrollo del producto, la educación y el entrenamiento, el acceso a instituciones y bases de datos de recursos genéticos;" la construcción de capacidades de diversos tipos;[312]

- *beneficios menos directos o tangibles*[313]
  Cierto número de condiciones (mejoramiento general de la situación del país de origen) pueden contarse entre las formas de pago por acceso o liquidación de recursos genéticos, entre ellas

[308] Directrices de Bonn, adoptadas por la CDP-CDB Decisión VII-24.A, en el Apéndice II.

[309] Este ítem ("pagos por licencias en caso de comercialización" no está claramente establecido o explicado en las Directrices de Bonn. Presumiblemente significa tanto que el país de procedencia recibirá una parte de los honorarios por licencias pagados al usuario por el uso del recurso genético o la innovación basada en el recurso genético (una subcategoría de "regalías), o bien significa que el país de procedencia tendrá derecho a autorizar la innovación directamente o a recibir un reembolso de los pagos por licencias.

[310] Éstas están incluidas bajo el sección introductoria de pago monetario, pero son diferentes legislativa, contractual y prácticamente.

[311] Este ítem simplemente se indica como "empresas conjuntas" pero se asume que se refiere a un interés participatorio para el país de procedencia.

[312] Los objetivos del CDB que yacen bajo estas actividades se discuten en detalle en la sección de CODA de este libro.

[313] Estos beneficios son separados puesto que generalmente no es posible aplicarlos como beneficios en esta forma. Se pueden desarrollar beneficios concretos particulares bajo cualquiera de estas categorías, por ejemplo, al (i) especificar una actividad o pago particular que contribuya a la economía local; (ii) comprometerse a llevar a cabo un proyecto de investigación específico; comprometerse a etiquetados específicos u otras acciones que faciliten el reconocimiento público de la fuente de la contribución, etc.

a. contribuciones a la economía local;

b. investigación dirigida a necesidades prioritarias, tales como salud y seguridad alimentaria, tomando en cuenta los usos locales de los recursos genéticos en los países proveedores.

c. relaciones institucionales y profesionales que pueden surgir de un acuerdo de acceso y distribución de beneficios y actividades de colaboración posteriores.

d. beneficios de seguridad en cuanto a alimentación y subsistencia; y

e. reconocimiento social.

Usualmente, un acuerdo contractual (TMA) determina la aceptabilidad de estos tipos de pago para satisfacer la obligación de distribución de beneficios. Bajo la ley de contratos normal, se presume que tal acuerdo corresponde a una distribución justa, siempre que las negociaciones contractuales fueron justas, y todas las partes hayan cumplido con sus responsabilidades. Estos conceptos están integrados dentro del Artículo 15 a través de dos requisitos: los países de procedencia deben dar su "consentimiento informado previo" al acceso,[314] y las partes del acuerdo de ABS deben acordar mutuamente los términos sobre los cuales será otorgado el acceso y los beneficios compartidos. En conjunto, estas provisiones incorporan el rango total de principios legales para que los contratos sean justos, ya que el consentimiento o aceptación de un contrato por parte de un país no será vinculante si el usuario encubrió información o no dio la información correcta a los representantes del país de procedencia en el curso de las negociaciones.

Siempre y cuando las negociaciones sean justas, se considera que la confianza en el acuerdo hecho por las partes para determinar los pagos específicos y las forma de pago es el mejor método para satisfacer la obligación de distribución de beneficios, ya que elimina la necesidad de determinar las necesidades particulares, los intereses, planes y otros factores que componen la perspectiva que tiene el país de procedencia sobre el valor de las diversas clases de pago.

En la legislación y otras medidas de usuario, las dudas sobre valoración surgen principalmente cuando no hay un contrato de ABS o si éste fue adquirido injustamente o si una de las partes no ha cumplido con ese acuerdo. En estas situaciones, la ley tendrá que desarrollar estándares no sólo para determinar el valor de la parte que le corresponde al país de procedencia, pero también para la forma en que éste debe ser (o puede ser) pagado.[315] Tales estándares forman también una base importante para evaluar la justicia y la esencia de los contratos mismos de ABS en algunos sistemas legales.

5.4.2 Principios y objetivos de equidad

En cierta forma, el concepto de equidad puede proveer la más útil guía en cuanto a aspectos de distribución y beneficios en el ABS. El concepto de "equidad" tiene muchas acepciones, y un significado muy específico en Derecho. En algunos países que se basan en los principios del Derecho Anglosajón, existen normas legales específicas llamadas "principios equitativos" o "de equidad" a fin de asegurar que las leyes sean justas, así como rigurosas. Se ha argumentado que al incluir la referencia a la equidad (un concepto muy conocido en círculos legales) en el texto del CDB, los negociadores pretendían aplicar estos principios. Sin embargo, también está claro que la referencia general del CDB no sería suficiente para incorporar estos principios desde

[314] La frase adjetiva "consentimiento informado" connota el principio esencial de la ley de contratos – que el país de procedencia tenga acceso a toda la información relevante antes de hacer sus decisiones. Estos asuntos se tratan con detalle en Bhatti *et al.*, 2007, Parte I del libro 4 de esta Serie.

[315] Las negociaciones a menudo se centran en encontrar combinaciones de beneficios que incrementen el valor para el país de procedencia, y a la vez disminuyan el costo para el usuario. Por ejemplo, un usuario puede aceptar el pago de $100. En el curso de las negociaciones, el usuario sugiere más bien dar $50 en efectivo, más equipo valorado en $65. Esto aumenta el valor del pago para el país de procedencia. Al mismo tiempo, el usuario puede ser capaz de obtener el equipo por $35. Esto significaría que, efectivamente, el usuario paga $85 y el país de procedencia recibe $115 – todos salen ganando. Obviamente, la efectividad comercial de esta clase de sustitución depende del valor real que los bienes sustitutos representan para las partes.

un único sistema legal o categoría de sistemas legales. Más bien, el término debe ser visto como un indicador de principios internacionales. De ahí que, en algunos sistemas legales, el término de "equidad" se refiere a una forma bien definida de acción gubernamental; en otros, se refiere a un concepto de justicia social, y en algunos, es visto como una rama de moralidad o incluso de justicia divina. Su aplicación es menos específica en un instrumento legal internacional pero "connota un aspecto de la ley y del razonamiento legal."[316]

La equidad provee una base legal adaptable para tratar los conceptos nuevos, especialmente aquellos que son más complejos, menos específicos o menos concretos que los principios legales comparables. Esto es posible porque la equidad se enfoca en la justicia, más que en fórmulas específicas de valoración. Al aplicar la equidad, es necesario ir más allá de "proveer un valor justo a cambio de los bienes provistos." Uno debe considerar también los factores involucrados en el cálculo y la compensación de contribuciones formales e informales, expulsando las ganancias obtenidas en forma injusta, uniformando el acceso a los beneficios de recursos de propiedad colectiva (o desarrollados o provistos en forma colectiva), asegurando la justicia en la distribución de recursos comunitarios, y otros aspectos de la "justicia real."

En las secciones iniciales de este capítulo, hemos visto que es casi imposible valorar los "recursos genéticos" como propiedad exclusiva específica. En consecuencia, sería muy difícil hablar de un "rendimiento justo" sobre los recursos genéticos. Sin embargo, el CDB no exige un "rendimiento justo" sobre los recursos genéticos, sino una porción justa y equitativa de los beneficios derivados de ellos. Esto sugiere diferentes formas de evaluar la distribución de beneficios más allá del intento en vano de asignar un valor específico a un recurso genético específico. Los principios equitativos podrían tratar la cuestión de distribución de otras maneras:

- En algunos casos, la equidad puede demandar un rendimiento justo sobre la contribución histórica del país o de la comunidad que, a través de muchas décadas y siglos, ha llevado a cabo actividades que, aunque financieramente gratificantes, resultaron en un mayor nivel de conservación y en la preservación de variedades tradicionales.

- En forma similar, la equidad podría considerar el alcance al cual se habría desarrollado un producto o una innovación particular sin el recurso genético. Si la existencia y las propiedades del recurso genético son la razón por la que se creó un producto, entonces su contribución al producto final puede merecer una ganancia mayor.

- Finalmente, la equidad puede considerar la gran contribución biológica que permitió que existieran los recursos genéticos particulares – la necesidad de proteger el ecosistema entero a lo largo de mucho tiempo, contra muchas amenazas, para que los recursos genéticos estuvieran disponibles hoy. Este es uno de los fundamentos teóricos aparentes de la estructura del CDB, y una justificación mayor para su inclusión del ABS.

5.4.2.1 Referencias a la equidad en el CDB y en las Directrices de Bonn

Dentro del CDB, el uso del término "equitativo" no puede ser dirigido solamente por la tradición legal de un país incluso ni por una categoría de sistemas legales. Más bien, debe ser guiado por un estándar más amplio, empezando con los términos del Convenio, las Directrices de Bonn y principios de derecho internacional.[317]

[316] Todd y Watte, 2005, Equity and Trusts, en p.1. (La cita completa dice "El término 'equidad' puede ser usado para describir una forma de justicia social o rama de moralidad o incluso un aspecto de la justicia divina pero en el contexto de los estudios legales modernos el término 'equidad' simplemente connota un aspecto de la ley y del razonamiento legal.")

[317] El Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados nota esta progresión, empezando con el Artículo 31.1: "Un tratado debe ser interpretado de buena fe de acuerdo con el significado ordinario que se le otorgue a los términos del tratado en su contexto y a la luz de su objeto y propósito." Los artículos 31.3 y 32 aclaran que también se aplican prácticas subsiguientes y leyes internacionales, en caso de que el texto no sea claro en un punto particular.

Sin embargo, en el Convenio mismo, el requisito de equidad está integrado principalmente a través del uso de la palabra "equitativo" en la descripción del objetivo global del Convenio, y en la descripción específica de los requisitos de distribución de beneficios y transferencia de tecnología.[318]

El concepto de equidad también aparece en las Directrices de Bonn, pero sólo en el contexto de una pregunta relacionada con el país de procedencia: cómo deben ser distribuidos los beneficios. Aunque esto es un asunto únicamente tratado bajo la discreción del país de procedencia, las Directrices reconocen el objetivo más amplio de equidad del Convenio, en el que notan que –

> *los beneficios deben ser distribuidos justa y equitativamente con todos aquellos que han sido identificados como contribuyentes al manejo del recurso, proceso científico y/o comercial, incluso instituciones gubernamentales, no gubernamentales o académicas y comunidades indígenas o locales. Los beneficios deben ser dirigidos para promover la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica.*[319]

Para propósitos de implementación nacional y multinacional, estas dos referencias ofrecen poca orientación sobre cómo el término "equitativo" afecta al sistema de ABS. Sin embargo, los principios equitativos que ya han sido aceptados como principios del derecho internacional pueden dar una orientación parcial. Las siguientes secciones resumen brevemente esos principios y consideran las formas específicas en que se debe aplicar la "equidad" en la puesta en práctica del Artículo 15, del lado del usuario.

5.4.2.2 Principios equitativos reconocidos internacionalmente

La relación entre el término "equitativo" en el Artículo 15.7 y los reconocidos "principios de equidad" familiares para las personas de habla inglesa[320] es menos clara al traducirlos a otros idiomas, ya que los países que operan bajo los sistemas Romano o *Código Napoleónico* no usan este término de la misma manera (o recopilan la misma mezcla de principios bajo un solo agrupamiento conceptual).[321] En derecho internacional, muchos principios de equidad han sido reconocidos formalmente, a través de un proceso continuo que considera la relevancia de los conceptos legales a través del conjunto de países, e identifica los "principios generales del derecho internacional."[322]

Es claro que en la práctica internacional se incluye la aplicación de equidad,[323] particularmente cuando está incorporada específicamente dentro del texto de un instrumento internacional. La capacidad de la equidad de reconocer condiciones y situaciones que aún no están protegidas por derechos legales establecidos, como se reconoce por el derecho internacional, es exclusivamente relevante al ABS y al CDB como un todo. Aunque no estén protegidos por derechos legales, se podría considerar que algunos países han contribuido más que otros a la preservación de la diversidad biológica – que se considera ahora como una valiosa mercancía –. La equidad reconocería esta contribución en forma de un derecho a recibir una

---

[318] Artículos 1 y 15.7. El Artículo 19.2 hace un llamado a las Partes para que "promuevan y fomenten el acceso prioritario sobre una base justa y equitativa." El término "distribución equitativa" también aparece con respecto al conocimiento tradicional (*ver* el 12avo párrafo del Preámbulo; Artículo 8.j), aunque no está expresado en un tono obligatorio sino más bien exhortatorio.

[319] Directrices de Bonn, Artículo 48.

[320] Como casi todas las negociaciones mundiales, las negociaciones del CDB fueron llevadas a cabo principalmente en inglés. Aunque las discusiones plenarias y las de los subcomités formales ("grupos de trabajo") tuvieron interpretación simultánea, el inglés fue el idioma principal (sin interpretación) en el trabajo de muchos "Grupos de Contacto", "grupos de Amigos del Presidente" y de otros organismos de negociación más pequeños en los cuales se desarrolló gran parte de la terminología. Además, en muchos casos, circularon borradores interinos de varios documentos y propuestas solo en inglés.

[321] Generalmente, los mismos principios existen en países con sistemas civil y de Derecho Romano y otras clases de sistemas legales, pero están expresados en forma diferente y no están unificados como un cuerpo aparte de pensamiento legal.

[322] Los Estatutos de la Corte Internacional de Justicia se refieren a "los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas" como una de las fuentes de derecho más relevantes. Artículo 38 (1) c.

[323] Aunque la aplicación de los principios equitativos en el derecho internacional no está tan bien interpretado como lo es en el derecho nacional y local, ellos están claramente aplicados, sin necesidad de adopción. *Ver*, por ejemplo, Casos del la Plataforma Continental del Mar del Norte, Reportes de la ICJ [Corte Internacional de Justicia, por sus siglas en inglés] (1969) 3 en 48-50 (desarrollo de principios equitativos para tratar temas de delimitación marítima, habiendo estipulado que ninguna ley existente de tratado o de derecho consuetudinario aplicaría justamente).

parte de las ganancias, cuando se vende la mercancía o cuando alguien obtiene un beneficio financiero de ella.

A efectos de aplicar el componente de "equidad" del ABS, es útil considerar los siguientes ejemplos de principios equitativos que se pueden aplicar a acciones individuales que han sido reconocidos en derecho internacional,[324] en términos de su aplicación al ABS:[325]

[a] Contribución histórica

Un aspecto de la equidad es el reconocimiento de la contribución histórica: Las prácticas legales y contractuales deben reconocer y recompensar a quien se ha involucrado en un gran patrón de acciones que han contribuido al valor de una propiedad, un derecho u otro bien. En el contexto del ABS, este principio sugiere que los Estados que históricamente han tenido éxito en la preservación de su biodiversidad son reconocidos por haber logrado algo concreto. Muchos estados que cuentan con alta biodiversidad o son fuentes de una gran cantidad de especies endémicas[326] descubren que sus estructuras industrial y comercial y otras herramientas de desarrollo financiero están menos desarrolladas que las del país del usuario. Se podría decir que estas dos condiciones están ligadas – un país con estructuras industriales bien desarrolladas puede haberlas creado a un costo significativo para la riqueza biológica del país. Un país que no puede desarrollarse (o ha escogido no hacerlo) en esta forma, no ha recibido un beneficio que pudo haber mejorado los ingresos y los medios de vida. Su diversidad biológica fue obtenida a un costo histórico que puede ahora ser reconocido y compensado bajo principios equitativos.

De tal manera cuando los recursos biológicos y genéticos son transformados en un beneficio comercial individual, los conceptos de ABS y equidad pueden sugerir una base para recompensar la contribución histórica.[327] Más importante aún, esta contribución no fue enfocada en la preservación de una especie individual, sino más bien en la preservación del ecosistema entero y los factores físicos que permitieron que prosperara. Esto sugiere que los principios equitativos deben considerar la conservación del ecosistema entero, al evaluar el lado de equidad de la distribución de beneficios. Esto puede necesitar un alcance más amplio de valoración de la contribución del país de procedencia (como base para evaluar el nivel de "distribución" que sería equitativo en determinadas circunstancias).

[b] Enriquecimiento injusto – quantum meruit

Este principio dice que una persona no debe de aprovecharse, alevosa e injustamente, de la situación de otro para recibir una ganancia que debería corresponder, al menos parcialmente, a esa otra persona. Por ejemplo, considere un agricultor que, por haberse equivocado en la localización del límite entre su finca y la siguiente, siembra, cuida y cosecha un cultivo en un campo que en realidad le pertenece a su vecino. Con base en la ley que dice que los cultivos que se cosechan en una finca son propiedad del dueño de la finca, el vecino toma lo cosechado y lo vende. Aunque no se quebrante la ley, el

---

[324] La siguiente discusión se enfoca en principios equitativos de acción privada, los cuales han sido tratados en casos internacionales. Además, hay otras clases de principios internacionales (aquellos que rigen la relación entre países bajo acuerdos internacionales – denominada "derecho internacional público" – que también se ha enfocado decididamente sobre objetivos equitativos. Por ejemplo, el derecho internacional por lo general reconoce un principio de *ex injuria non oritur jus* – de tal manera que no se puede recibir beneficio que provenga de un acto ilícito – así como un principio llamado *ex aequo et bono* – es decir, las decisiones deben ser hechas "de acuerdo con lo correcto y lo bueno." El Artículo 38(2) de la ICJ establece este como el derecho principal y la obligación de la corte en la toma de decisiones. Finalmente, en jurisprudencia internacional es común discutir o respaldar decisiones de *lege ferenda* – es decir, relacionadas con la ley como debiera ser si las reglas fueran cambiadas para que estén en concordancia con las buenas políticas. Todos estos son, en esencia, principios equitativos, ya que el término "equidad" se usa en la legislación nacional en la mayoría de los países anglófonos.

[325] Otros conceptos de equidad de derecho consuetudinario que pueden ser relevantes para el ABS, y podrían aplicarse en el futuro, incluyen el reconocimiento de una responsabilidad comercial de una parte de la transacción. Una persona puede ser considerada "*de facto* (o *quasi*) fiduciaria" si lleva a cabo ciertas actividades basadas en la confianza que otros tienen sobre ella. En esos casos, se le atribuirá la responsabilidad de proteger los derechos y los intereses de la otra parte, particularmente si la otra parte es legal o prácticamente incapaz de proteger sus propios intereses por sí misma.

[326] Los países que notablemente no poseen gran número de especies (aquellos que consisten principalmente de ecosistemas de desierto y tundra) pueden tener una cantidad extraordinaria de las especies más raras. *Ver*, Windberg, 2004.

[327] Este punto de vista fue reflejado por el Grupo de Expertos en ABS del CDB, el cual notó que los "beneficios deberían ser distribuidos en forma justa y equitativa con todos aquellos que han sido identificados como entes que han contribuido al manejo de recursos, proceso científico y/o comercial." Reporte del Segundo Encuentro del Panel de Expertos, Documento PNUMA/CDB/GT-ABS/1/2 (2001), *para* 110. La intención específica de usar este lenguaje fue la de reflejar el hecho de que tanto las contribuciones actuales como las históricas son relevantes.

resultado es injusto – el agricultor incurrió en todos los costos y no debería sufrir un trago tan amargo por su error. De forma equitativa, las ganancias de la cosecha se repartirían, o se darían al agricultor y se le solicitaría a él pagar una suma razonable a manera de alquiler del campo.

En el área de recursos genéticos, cada vez hay más argumentos de justicia basados en la idea de que a las compañías no se les debería permitir obtener ganancias de productos a base de recursos tomados de países en vías de desarrollo y comunidades locales sin haber pagado o dado a cambio algún otro tipo de reconocimiento por dicha contribución.

[c] "Manos limpias"

La doctrina de las manos limpias establece que la persona que haya fallado en "practicar la equidad" no puede usar la equidad como base para una demanda contra otra persona.[328] En el contexto del ABS, este concepto crea una posibilidad interesante – que el cumplimiento del país de acceso con la parte de "acceso" del ABS podría ser condicionado, ya sea legal o equitativamente, a otras condiciones necesarias para apoyar el acceso, además de los compromisos específicos del usuario específico. Por ejemplo, el contrato de ABS podría incluir una condición que indique que el usuario debe usar los recursos sólo en un país que ha cumplido por completo con sus obligaciones de ABS – es decir, un país que haya adoptado medidas de usuario.

5.4.3 Implicaciones prácticas de la equidad en el ABS

El único estándar legal expresado en el contexto de ABS es la obligación de que la distribución de beneficios debe ser "justa y equitativa"; sin embargo, incluso la interpretación de este estándar permanece en incertidumbre. Un acercamiento a este estándar es concluir que no tiene significado presente, y exigir la adopción de principios y mecanismos legales nuevos y específicos.[329] Una segunda opción es reconocer el cuerpo existente de leyes y principios que aplican y explican estos estándares, el cual ha estado desarrollándose a lo largo de muchos siglos, y ha sido integrado en el derecho internacional, a través de decisiones legales específicas y acuerdos internacionales.

El estándar de "justicia" ha existido en la ley por más de 3000 años.[330] Las cortes nacionales, los árbitros y otros procesos legales fueron fundados sobre el principio básico de justicia como un objetivo y a lo largo de los años han desarrollado un conjunto de leyes y principios para aclarar ese estándar e implementarlo. Estos desarrollos legislativos permiten, a aquellos que podrían ser juzgados bajo estándares de justicia, predecir con certeza razonable cómo serán decididos esos juicios, y evitar cualquier acción o demanda por injusticia (o piratería) al actuar en un modo que será reconocida como justo. El concepto de "equidad" constituye un conjunto posterior de tales principios, el cual provee un marco conceptual a través del cual la corte puede determinar qué cantidades se le deben a un demandante exitoso. Estos principios están diseñados para alcanzar el objetivo de "sanar" la parte afectada – dándole el valor que lo haga "entero." Por ejemplo, si un usuario ha utilizado recursos genéticos sin haberse involucrado en un contrato de ABS, los principios de equidad pueden ayudar a las cortes a crear esta relación *post facto*.

En la mayoría de los países, los principios generales de justicia y equidad existen como base para toda acción legal. Sin embargo, aparte de eso, la mayoría de las leyes nacionales incluyen provisiones específicas que describen cómo se pueden aplicar los principios de justicia y equidad a ciertas situaciones – particularmente a circunstancias nuevas y/o únicas. Un

---

328 *Ver* Diversion of water from the River Meuse (1937) PCIJ, Ser. A/B, No. 70 p. 77.

329 *Ver,* por ejemplo, Dross y Wolff, 2005, citados en 5.6.2 o una declaración reciente en un taller llamado "Promoviendo la justicia social y la equidad en la conservación dentro del marco del CDB" (Foro de Conservación Mundial, 18 de noviembre de 2004) que decía "no tenemos idea de lo que significa 'equitativo'. Va a ser un concepto sin sentido hasta que las negociaciones del régimen internacional lo aclaren.

330 De hecho, la provisión de estándares de transacciones justas, a aplicarse cuando una parte usa o causa la pérdida de la propiedad de otra de las partes, es la base de la mayoría de los códigos más antiguos. Ver, por ejemplo, el Código de Hammurabi; el texto completo traducido al idioma inglés puede ser visto en línea en http://www.wsu.edu/~dee/MESO/CODE.HTM

resultado importante de la "codificación" de principios legales básicos es la certeza legal. Cuando una persona o entidad busca desarrollar una relación comercial (ya sea contractual, legislativa o de otra manera) en la cual pueda basarse, necesita ser capaz de depender de esa relación y dará los pasos necesarios para asegurar su validez. En general, esto lo hace al cumplir con las reglas de la ley y con los principios que aseguran la aplicabilidad.

Con respecto a la cuestión de certeza legal, el ABS presenta una cantidad de retos que pueden ser abordados principalmente al aceptar un entendimiento común de los conceptos de justicia y equidad. A menos que la ley nacional delinee claramente algunos principios y normas de los cuales pueden depender todas las partes del ABS, la posibilidad de que el acuerdo se vuelva "injusto" o "no equitativo" será una desmotivación para los usuarios hasta que se adopten estándares confiables. Aunque las discusiones de ABS sobre certeza legal se han enfocado en negociaciones y medidas reguladoras de países en vías de desarrollo, también es necesario contar con estándares del lado del usuario. Por ejemplo, en la legislación noruega, específicamente estipula que se puede invalidar cualquier contrato si un tribunal se da cuenta de que es injusto, aun cuando el contrato reúna todos los estándares de un contrato aplicable (justo y de mutuo consentimiento, divulgación completa, no fraudulento, y que ninguna de las partes presenta una discapacidad, etc.). A menos que los países estén de acuerdo con ciertos principios internacionalmente aceptados de justicia en el contexto del ABS, tanto países de procedencia como usuarios sufrirán de una ausencia de certeza legal, en el caso de que busquen remedios u otros derechos legales en el país usuario.

Retos más desconcertantes surgen cuando se desconoce la fuente específica o no se consiente la utilización.[331] Los principios acordados de justicia y equidad en el ABS deben ofrecer una base para determinar cómo se deben recoger los beneficios y utilizarlos o distribuirlos. También deben considerar los derechos de la fuente quien no consiente el uso particular.

5.5 Equidades más amplias – logro del Tercer Objetivo

El análisis de valoración/equidad también plantea una preocupación más amplia: los intereses de las comunidades locales, nacionales o mundiales. A veces, a estas equidades más amplias se les conoce como "el interés público." Constituyen dos de los más importantes cimientos sobre los cuales está basado el CDB – el listado de los tres objetivos del CDB en el Artículo 1; y el reconocimiento que se hace en el Artículo 3 que indica que cada Estado tiene "derecho soberano a explotar sus propios recursos [incluso recursos genéticos] conforme a sus propias políticas ambientales."[332] En conjunto, estas provisiones resaltan el interés del público en la existencia a largo plazo de la diversidad biológica para todo propósito [333]como parte de la responsabilidad de cada Estado en la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica. El ABS no existiría de no ser por estos objetivos; en consecuencia, cualquier consideración de la operación del régimen de ABS debe tener en cuenta los intereses públicos más amplios y la manera en que ellos son potencialmente impactados por el acceso a los recursos genéticos, su uso y distribución de beneficios derivados de éstos. Al reconocer el valor de los recursos genéticos y ofrecer un mecanismo para que los países obtengan una parte de ese valor, el CDB busca crear o incrementar los incentivos para conservar la biodiversidad – como un medio para

[331] El CDB específicamente estipula que la obligación del país de procedencia de proveer acceso se extiende sólo al acceso que es obtenido para "usos ambientalmente adecuados". No está claro si o cómo esta provisión aplicará a los requisitos de utilización y distribución de beneficios, sin embargo, la naturaleza de la utilización es presumiblemente un elemento que puede ser parte de los TMA. *Ver*, Directrices de Bonn en 44.b.

[332] El Artículo 3 estipula que los "Estados tienen, en concordancia con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, el derecho soberano de explotar sus propios recursos de conformidad con sus propias políticas ambientales, y la responsabilidad de asegurar que las actividades dentro de su jurisdicción o control no causen daños al ambiente de otros Estados o de áreas más allá de los límites de la jurisdicción nacional." Está suplementado en el Artículo 15.1: "En reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales, la facultad para regular el acceso a los recursos genéticos recae sobre los gobiernos nacionales y está sujeta a la legislación nacional."

[333] El CDB reconoce específicamente la naturaleza de largo plazo de estos intereses en el 22do párrafo del preámbulo, el cual señala que las Partes están "[d]eterminadas a conservar y a usar sosteniblemente la diversidad biológica en beneficio de las generaciones presentes y futuras."

mantener intacto ese valor.[334] Hay que desarrollar y hacer funcional, de manera práctica, el mecanismo de incentivos preciso por el cual esto se pueda lograr.

Ningún contrato o negociador, ni incluso una agencia gubernamental encargada de trabajar en beneficio público, puede equilibrar el interés mundial en asuntos como biodiversidad, seguridad alimentaria y salud – por la simple razón de que ningún país puede respaldar estos objetivos unilateralmente –. Pocos países (y virtualmente ninguna comunidad o individuo) estará dispuesto a renunciar al derecho de obtener una ganancia comercial u otro tipo de utilidad valiosa proveniente de los beneficios de utilizar recursos genéticos cuando todos los demás países (comunidades, individuos) están recibiendo ganancias. Siempre y cuando los procesos de ABS sean negociaciones comerciales/financieras, generalmente serán incapaces de reconocer los intereses públicos más amplios al depender exclusivamente de contratos, o de otras acciones a nivel nacional y local. Incluso a nivel mundial, es difícil reconocer y balancear todo tipo de intereses.

Lo anterior implica la necesidad de repensar el valor agregado a la sociedad por la utilización de recursos genéticos. Cuando los usos están orientados por necesidades más amplias, la biotecnología aporta valor agregado a la sociedad.[335] Es sustancial el valor social potencial creado por actividades agrícolas, farmacéuticas y otras que se pueden considerar que "utilizan recursos genéticos", y puede ser de importancia invaluable para los países en vías de desarrollo y para los objetivos del CDB, si puede ser movilizado para facilitar la conservación de la diversidad biológica.

5.5.1 Preservando la diversidad – reconocimiento de la relación entre la unicidad de un recurso genético, su ecosistema y su valor

El CDB tenía la intención de que el Tercer Objetivo del Artículo 1 sirviera de apoyo e incentivo a los otros dos objetivos ("conservación de la biodiversidad y el uso sostenible de sus componentes"). La naturaleza de ese apoyo e incentivo aún no está claramente comprendida y expresada. Como mínimo, parece claro que el ABS no puede lograr este objetivo a través de un enfoque económico o comercial solo, ni a través de mecanismos establecidos de equidad individual.

Mucho del valor de cualquier recurso genético radica en sus cualidades únicas, más que en la cantidad de material biológico vendido. En muchos tipos de utilización, sólo una pequeña cantidad de material biológico puede ser requerida para explorar los recursos genéticos de una especie y explotarlos.[336] Claramente, el valor del recurso genético no está reflejado en el costo del artículo al comprar o adquirir el material biológico del cual se extrae o identifica.[337] Así, el elemento de valor que a menudo se ignora es la ***unicidad*** o singularidad. Las muestras son obtenidas no con fines de propiedad individual, sino para aprovechar las características únicas de la especie. En esencia, el usuario del recurso genético utiliza no solo la flor comprada, sino la especie o variedad completa – las unidades funcionales de la herencia comunes a todos.

---

[334] Esta conexión es particularmente reconocida por el Gobierno de los Estados Unidos a través de los Grupos Internacionales de Cooperación para la Biodiversidad de los Institutos Nacionales de Salud: "La concepción popular de los esfuerzos modernos de bioprospección está basada en la noción de que el éxito en la conservación depende de que se produzca un gran éxito comercial en el descubrimiento de fármacos. En ese modelo, el descubrimiento de un medicamento importante y generador de utilidades producirá beneficios económicos lo cual, a su vez, hará que la conservación sea una acción económica viable." Rosenthal *et al.*, en 7.

[335] Hodges, 2005; Osman, 2005.

[336] Aunque a veces se declara universalmente, esta afirmación no siempre es verdadera. Hasta la fecha, se ha comprobado que algunos recursos genéticos son difíciles o imposibles de reproducir, cultivar o multiplicar de cualquier otra manera. Tales recursos sólo pueden ser usados mediante la recolección de muestras biológicas a granel. Meliane, I., "Process Analysis, prospecting for and using marine GR for pharmaceutical purposes" (2003, inédito).

[337] Un ejemplo clásico está dado cuando alguien compra un saco de frijoles en un mercado de productos básicos en un país en vías de desarrollo, pero luego utiliza su material genético sin obtener ningún otro permiso o distribuir los beneficios correspondientes. (Este escenario describe un caso real en el cual el comprador cultivó los frijoles y luego patentó la progenie de los frijoles originales como una nueva variedad. *Ver*, Young, 2006a.) Claramente, bajo los conceptos de ABS, la compra u otra adquisición de muestras de la mercancía física no confiere automáticamente el derecho de utilizar sus recursos genéticos. Si el derecho potencial a utilizar recursos genéticos estuviera incluido dentro del valor de cada transacción que involucra material biológico a granel, el elevado costo resultante y la dificultad de estimar su valor generaría una carga de costos de transacción sobre el comercio de mercancías para la cual difícilmente estarían preparados estos mercados.

El asunto fundamental y la base del verdadero valor del recurso genético es mucho más grande que este. La preservación de una amplia diversidad de especies a nivel local, nacional y mundial es un objetivo principal del CDB. Este también debe ser un objetivo trascendental para los usuarios de los recursos genéticos, cuyos esfuerzos dependen de la existencia continua de la mayor selección posible de recursos individualmente únicos.

Por lo tanto, el valor de los recursos genéticos se calcula por medio del valor de la diversidad de recursos biológicos – la continua diversidad taxonómica de especies en el planeta. El recurso utilizado en un proceso biotecnológico particular o actividad de investigación no corresponde a un solo espécimen, ni siquiera la especie individual, sino a la *diversidad* de especies, genes y alelos de donde fue seleccionado, ya sea disponible a través de recolección directa en el campo o tomada de colecciones *ex-situ*. La pérdida de un ecosistema puede causar o contribuir a la extinción del espécimen útil o de la secuencia que algún día podría ser la fuente de un descubrimiento especialmente importante. La expectativa en las negociaciones del CDB era que este valor pudiera ser mantenido por una contribución de los beneficiarios de la utilización de recursos genéticos, a través del mecanismo de distribución de beneficios. La valoración de los recursos genéticos debería reflejar no sólo la preservación del ecosistema del cual se obtuvieron, sino también la integración de los costos de la conservación del ecosistema en forma más general.

Considerando el costo y los esfuerzos asociados a la creación del sistema de ABS, está claro que el valor de ese sistema significa más que la capacidad de facilitar una nueva clase de transacción financiera. El reto es encontrar una manera de integrar el reconocimiento del valor de la biodiversidad dentro del sistema de valoración de la distribución de beneficios. En esencia, para responder a la pregunta clave: *¿Cómo se puede calcular el valor de la diversidad?*

5.5.2 El CDB – una obligación para hacer valer los recursos genéticos

En las negociaciones originales del CDB, el elemento de ABS asumió que los usuarios en los países desarrollados tenían las tecnologías, infraestructura y el espacio necesario para beneficiarse de los recursos genéticos biodiversos de los países menos desarrollados. Estos beneficios fueron tomados sin dar a cambio ninguna utilidad a los países de procedencia, cuyas prácticas de conservación o estatus de menos desarrollados les han impedido obtener esas mismas ventajas. El ABS fue ligado a la asistencia social y al hecho de que algunos de los países menos desarrollados están entre los más biodiversos (per cápita o por hectárea) del planeta, países que de esta manera cargan con un porcentaje muy alto de responsabilidad directa en la conservación y el uso sostenible de los recursos.

Por razones prácticas y de equidad, el ABS no sólo debe ser visto como un compromiso para crear ABS, sino también como una obligación para hacerlo rentable para los países en vías de desarrollo. De ahí que si los datos experienciales sobre ABS hasta la fecha indican que no ha sido beneficioso financieramente para los países en vías de desarrollo, las Partes Contratantes tienen la obligación de hacerlo beneficioso, en vez de descartarlo como un concepto poco prometedor.

Este punto de vista está reconocido, a nivel intergubernamental, al menos por algunos países desarrollados. Por ejemplo, la Comunidad Europea ha indicado la siguiente como una de las razones para adoptar leyes a fin de implementar las Directrices de Bonn:

> *El objetivo del CDB arriba mencionado refleja la necesidad sentida por los negociadores del Convenio de asegurar que las compañías y los institutos de investigación, localizados en países industrializados, estén obligados a distribuir las ganancias derivadas del uso de recursos genéticos… este es un asunto de equidad: la CE debe actuar porque es justo hacerlo.*[338]

Un reto para la comunidad internacional es cómo poder lograr esto desde un punto de vista práctico.

[338] CE, 2003, bajo el sección introductoria "¿Por qué la CE debe implementar las Directrices de Bonn?"

5.6 Interrelación de los principios económicos, equitativos y de interés público en la legislación de ABS

El concepto de ABS encuentra su justificación y fundamento en tres conceptos a menudo antagónicos: equidad, valoración e interés público. Con el fin de construir la base para el sistema de ABS, es esencial examinar el nexo entre estos tres principios, que juntos, plantean un reto legislativo: diseñar un sistema legal contractual o comercial que pueda funcionar y al mismo tiempo servir al interés público. Dicho de otra forma, los países necesitan crear una legislación de interés público que sea implementada a través de conceptos comerciales basados en valoración, a la vez que refleje principios equitativos.

Aunque nuestras discusiones sobre los temas de equidad, valoración e interés público son algo teóricas o académicas, estos conceptos tienen una relevancia muy concreta y funcional. Se están empleando costos y esfuerzos significativos para permitir que el ABS funcione como un sistema comercial. Sin embargo, ni el mercado ni la legislación nacional han ofrecido razón alguna para la existencia de ese sistema.

Si el sistema de ABS no cumple con las expectativas, tendrá que ser reconsiderado y reformulado (en cumplimiento de lo que estipula el Artículo 15.7) o eliminado, con el resultante fracaso en contribuir a un objetivo muy importante. Por lo tanto, el ABS no puede dejarse a su suerte para que se desarrolle orgánicamente a través de medios comerciales normales. Los mecanismos normales de contratación comercial no pueden reflejar o crear beneficios equitativos y de interés público. Las leyes, las políticas y otras acciones gubernamentales, requeridas por el Artículo 15.7, son también necesarias. Del lado del usuario, estas leyes son conceptualmente difíciles en un sentido: funcionan indirectamente. El sistema para implementar contratos privados separados no (no puede) crea los términos de un contrato entre otra nación soberana y un usuario privado. La legislación del usuario debe encontrar una forma de "esculpir" esta relación legal, sin imponerla.

¿Cómo puede la legislación nacional aplicar las nociones antes mencionadas con respecto a la valoración de los recursos genéticos, la aplicación de principios equitativos, y la necesidad de asegurar que el ABS sirve al interés público? Los legisladores que buscan implementar los mandatos del artículo 15.7, así como el usuario regido por estas provisiones y el país de procedencia que ingresa en un contrato, todos tienen un interés en esta pregunta.

5.6.1 Conciliando valor, equidad e interés público en el ABS comercial

La creación de medidas de usuario no es tarea fácil (como se discutió en el Capítulo 3). Tal y como se visualiza el sistema actualmente, la legislación nacional del lado del usuario no impondría requisitos o porcentajes específicos a los usuarios. Más bien, permitiría y motivaría a cada usuario a involucrarse en negociaciones contractuales y requeriría cumplimiento con el instrumento resultante (TMA). El usuario y el proveedor entran en negociaciones específicas y producen un acuerdo específico.

Aunque no selecciona los temas y contenidos de las negociaciones contractuales, la ley nacional de contratos provee un marco. Normalmente, se enfoca en colocar límites para asegurar que ambas partes negocien en forma justa una con la otra, y crea el requisito legal de que las partes vinculadas a un contrato deben cumplirlo, y asegurar que cuando se requiera un contrato, un contrato se obtendrá. En la medida en que el contrato privado cumpla con estos estándares básicos de justicia, la ley proveerá una plataforma para la interpretación, la aplicación y la ejecución.

En ese sentido, las medidas de ABS del usuario deben servir a una variedad de objetivos. En el nivel comercial/económico, deben requerir y hacer que se cumpla el contrato de ABS; pero también crear mecanismos, motivaciones e incentivos para animar a los usuarios que no han conseguido tal acuerdo. En términos de equidad, las medidas deben crear una estructura que asegure que el ABS sea aplicado según los principios equitativos. Deben también permitir o asegurar que el sistema compense a los países de procedencia y proveedores no solo por el valor específico del recurso genético, sino también por su papel en el ecosistema y por sus contribuciones y derechos histó-

ricos y actuales. En el interés público internacional, las medidas deben intentar asegurar la relación entre el sistema de ABS y los objetivos de promover la conservación y el uso sostenible, así como integrarse con los esfuerzos nacionales e internacionales para alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Ninguno de estos objetivos puede ser considerado sin incorporar los otros.

Cuando un país está adoptando la legislación del lado del proveedor, sus provisiones comerciales de ABS pueden ser concretas – permitiendo, orientando y facilitando el desarrollo y la negociación de los contratos de ABS.[339] Al facultar a una agencia gubernamental a otorgar derechos sobre los recursos naturales u otros intereses nacionales, un país puede especificar todos los términos del contrato, si así lo decide. No obstante, las medidas de usuario no pueden hacer esto, ya que el país del usuario usualmente no es parte de ese contrato de ABS. En consecuencia, la legislación debe tener un papel muy diferente – ofrecer una base de racionalidad, legalidad y equidad sobre la cual definir y limitar la aplicación de leyes extranjeras y para controlar a los usuarios domésticos.

Del lado del usuario, los asuntos de valoración, equidad e interés público pueden ser promovidos por la legislación de ABS en cinco formas prácticas:

- Primero, estas mismas provisiones del proceso pueden ofrecer la *base legal de aplicabilidad*, por la cual las cortes e instituciones pueden determinar si y cómo aplicar la legislación del país de procedencia o interpretar un contrato de ABS.

- Segundo, el gobierno usuario puede ofrecer una *base de valoración racional y transparente en los contratos de ABS*, indirectamente, a través de su regulación sobre usuarios que no han obtenido contratos de ABS del país de procedencia. En esencia, al indicar cómo serán calculados y aplicados los requisitos de ABS a este grupo de usuarios, la ley puede proveer un "punto de partida" que puede servir como guía que pueden emplear los usuarios en la negociación de contratos de distribución de beneficios.

- Tercero, estas provisiones pueden aclarar la *diferencia clave entre los usuarios que han obtenido contratos de ABS y aquellos que no los han conseguido*. Para el segundo grupo mencionado, el gobierno decidirá qué medidas de distribución de beneficios son requeridas. Este puede ser un incentivo muy importante para que los usuarios cumplan con los requisitos de ABS y negocien los contratos de ABS en una etapa muy temprana de sus actividades.

- Cuarto, en términos generales, las medidas de usuario demuestran de qué manera las leyes de los países de procedencia y los contratos negociados bajo esas leyes *serán aplicadas* en los países usuarios.

- Quinto, con el tiempo, la *fuerza acumulada de todas las medidas nacionales de usuario* pueden ayudar a definir las bases internacionales comunes que pueden ser usadas en los procesos de ABS (CIP y TMA) y su aplicación a nivel mundial. En caso de que los usuarios sean gubernamentales (institutos de investigación, proyectos y otras actividades patrocinadas por el gobierno), ellos pueden adoptar estos principios directamente en aprovisionamiento y otras políticas requeridas de todas las personas que negocian con un país de procedencia en nombre del gobierno usuario.

En cualquier momento durante los años desde que el Convenio fue adoptado, las medidas de usuario pudieron haber jugado todos estos papeles. Si estos pasos se hubieran tomado más inmediatamente, ya existiría un sistema racional y funcional de ABS, eliminando con ello la necesidad de que ocurran las negociaciones actuales.

[339] Este concepto está fuera de la obligación de esta legislación, pero muchos aspectos de él pueden inferirse de las discusiones previas.

5.6.2 ¿Cómo se pueden poner en práctica los principios de valor, equidad e interés público?

La legislación nacional del usuario tiene el reto de proveer el máximo nivel de orientación a los usuarios, países de procedencia, agencias, instituciones y tribunales, para incrementar su capacidad de sacar conclusiones que sean generalmente similares – suficientemente uniformes para que los usuarios y países de procedencia tengan alguna certeza sobre qué reglas y guía serán aplicadas y de qué manera. Los tres temas claves discutidos en este capítulo – aspectos económicos, equidad e interés público – son las herramientas de esta guía, pero su uso plantea los siguientes retos:

Valoración y aplicación económica: Los recursos genéticos son recursos casi totalmente no exclusivos (excepto cuando son patentados por un usuario que es capaz de defender la patente), aparte del hecho de que los países de procedencia reclaman derechos soberanos para controlar su "acceso" y/u obtener una parte de los beneficios derivados de su utilización. En términos prácticos esta no excluibilidad significa que la legislación nacional y las negociaciones internacionales se centran en encontrar las maneras de hacerlos excluibles legislativamente. El trabajo en ABS presenta muchas similitudes con los DPI, en casos en que se ha desarrollado un sistema legal para ofrecer a los innovadores la capacidad de convertir sus ideas e innovaciones (no excluibles prácticamente) en DPI sobre los cuales tienen los poderes de exclusión de otros usuarios. En cuanto a sus recursos genéticos, teóricamente cada país posee el derecho soberano con respecto a cualquier especie que se originó (se encontró en condiciones *in-situ*) en su país. Entonces, todos los países tienen un interés en llegar a un punto de vista legalmente consistente en relación con la excluibilidad de sus propios recursos genéticos – un interés que solo puede ser atendido por las medidas de usuario.

Un reto clave en este sentido es encontrar el momento oportuno, ya que un recurso genético solo puede ser valorado y comprendido verdaderamente al final de los procesos de utilización del recurso e investigación y desarrollo – algo que puede suceder a través de un largo período de tiempo. No obstante, la negociación de la transacción de ABS ocurre en una fase muy temprana, y en general todas las partes tienen el interés de mover los pagos de distribución de beneficios a la "etapa inicial" de ese proceso – tan cerca como sea posible al momento y a las condiciones de las negociaciones. Con frecuencia, el resultado de estas motivaciones es una serie de pros y contras entre basar el acuerdo en el valor potencial especulativo de un gran número de recursos genéticos en la fase de recolección, o ligarlo a un porcentaje de beneficios reales obtenidos en algún punto en el futuro relativamente lejano.

Equidad y el interés público: Otro reto con respecto a la valoración se relaciona con la necesidad de determinar, en algunos casos, la "parte justa" de beneficios derivados de la utilización de recursos genéticos correspondiente al país de procedencia. Este cálculo involucrará el determinar un solo estándar para sopesar las contribuciones potenciales de muchos tipos muy diferentes de entradas al producto u otro resultado. Otros asuntos adicionales surgen al desarrollarse la comparación de valor entre la "parte justa y equitativa" de los beneficios del país de procedencia, y la forma real de pago hecha, por ejemplo, al recibir equipo de laboratorio como un pago de distribución de beneficios.

Finalmente, la equidad plantea un reto aún sombrío. Aunque surge directamente de los términos de los artículos 1 y 15, la naturaleza y aplicación de principios equitativos para determinar la parte de beneficios correspondiente al país de procedencia ha recibido poca atención. Por ejemplo, en una publicación reciente sobre el tema de "distribución de beneficios," está tratado como sigue:

> *Los adjetivos "justo" y "equitativo" siguen siendo poco claros. Esto probablemente se deba al hecho de que la idoneidad de los beneficios depende de las circunstancias del caso individual. En general, las condiciones deberán ser justas y prácticas tanto para el proveedor como para el usuario*.[340]

[340] Dross y Wolff, 2005, pp.56-59 (con referencias posteriores).

Obviamente, se requiere trabajo significativo en los niveles analítico y de política internacional para incrementar el conocimiento experto de la naturaleza de conceptos legales primarios. La justicia contractual es la otra justificación principal para los esfuerzos actuales que tienen como fin hacer que el ABS funcione. El ABS fue creado como un *quid pro quo* que forma la base para la participación del país en vías de desarrollo en el CDB. Es un compromiso firme y vinculante hecho por todos los países. En consecuencia, es de incumbencia para todos los países ya sea para establecerlo en forma funcional o renegociar completamente el CDB.

En la aplicación de estos principios, uno tiene que reconocer el rol de la distribución de beneficios como una meta en conjunción con los otros objetivos del CDB: la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica. Está también fuertemente ligada a tipos internacionales de equidad, como equidad intergeneracional, alivio de la pobreza, seguridad alimentaria y salud. En el contexto de estos objetivos, un estricto acercamiento contractual al proceso de ABS y los principios de valoración y distribución que este aplica no necesariamente llevará a un resultado justo y equitativo.

6 Medidas que pueden tomarse para que el usuario cumpla con el compromiso de las Partes del CDB

En este punto, es apropiado intentar sintetizar y aplicar la información vista en los capítulos 2-5 en una sola discusión de las medidas que pueden ser tomadas y cómo tales disposiciones pueden ser analizadas y desarrolladas. Este capítulo empieza (sección 6.1) con una evaluación legislativa de la naturaleza de la obligación de todas las Partes del CDB en relación con los usuarios bajo su jurisdicción. La sección 6.2 discute el hecho de que con simples mandatos legales e instrumentos permisivos no se logrará el objetivo del usuario, a menos que la estructura de motivación de las leyes del país usuario esté diseñada para promover el logro de estas metas. La sección 6.3 aborda las necesidades sistémicas internacionales y su relación con el éxito o el fracaso de las medidas de usuario. La sección 6.4 presenta las sugerencias primarias de los autores con respecto a la manera en que la legislación de ABS puede ser concebida y adoptada desde el lado del usuario – siempre asumiendo que los diversos retos descritos en 6.1-6.3 pueden ser resueltos. La sección final trata sobre una variedad de propuestas que actualmente están siendo discutidas a nivel internacional, y considera su aplicabilidad potencial y los factores que deben ser determinados antes de que alguna de estas provisiones pueda ser finalmente adoptada y utilizadas.

6.1 Obligación de parte del usuario: Logrando el resultado de distribución de beneficios, no simplemente adoptando medidas

A pesar de ser muy importante, a menudo se pasa por alto lo que expresan las obligaciones del Artículo 15.7. Esas obligaciones son expresadas en términos de *resultados* más que en acciones específicas. Mientras que en otras partes del Artículo 15 se demanda una acción específica, el Artículo 15.7 precisa un resultado específico – la distribución equitativa de los resultados y beneficios de la utilización de recursos genéticos con el país de donde se tomaron los recursos en condiciones *in-situ*. El CDB escoge específicamente no listar acciones específicas a ser consideradas para satisfacer la obligación del Artículo 15.7, pero deja abierta la selección de medidas específicas. Aún así, el Artículo 15.7 es obligatorio. De esta manera, la obligación de las Partes es llegar al resultado, sin importar qué rutas legislativas, administrativas y/o políticas se tomen.

6.1.1 Distribución de beneficios como objetivo

Existe una variedad de clases de medidas, obligaciones legales, políticas y otros incentivos de donde un país puede escoger para cumplir con sus compromisos del Artículo 15. Al seleccionar entre ellos, el país debe intentar asegurar no solo que se producirá un cambio en el comportamiento, sino también que esta modificación resulte en una distribución real de beneficios. Particularmente, las Directrices de Bonn, aunque sólo proponen sugerencias no vinculantes, ofrecen una gama breve pero específica de acciones que pueden ser utilizadas para cumplir con el Artículo 15.7.[341]

En esencia, el éxito del cumplimiento del ABS se podrá medir según el grado en que ocurra la distribución de beneficios. Sobre esta medida, el futuro del ABS es incierto, ya que virtualmente no existen medidas de usuario, y un gran número de usuarios han concluido que no están obligados a cumplir con el ABS. Si la falta de medidas del lado del usuario continúa, la situación actual probablemente continuará – es decir, la distribución de beneficios seguirá siendo casi inexistente. En algunos casos, se sostiene firmemente que se necesitan medidas obligatorias o "vinculantes." Sin embargo, si

[341] Directrices de Bonn, Artículo 16(d) discutido en 3.1 y considerado en el desarrollo de las recomendaciones de la sección 6.3.2, más abajo. Aunque no vinculantes, estas recomendaciones fueron negociadas intensivamente.

otras clases de medidas de usuario son desarrolladas las cuales conducen a un nivel significativo de distribución de beneficios, entonces no importará qué tipo de medidas sean empleadas.

Esto sugiere que los países tienen bastante libertad para crear medidas de usuario para lograr los objetivos (CDB) internacionales, junto con los intereses nacionales y los objetivos del país usuario. No obstante, si se prueban estas medidas y se demuestra que no son suficientes para obtener los resultados requeridos, la Parte o las Partes deben encontrar nuevas opciones y recomendaciones y posiblemente enmendar las Directrices de Bonn para reflejar esas nuevas experiencias. Una medida que se adopte con mucha fanfarria, pero que no añade valor al proceso de ABS (es decir, que no da lugar, directa o indirectamente, a una mayor distribución de beneficios) no es un paso significativo hacia el cumplimiento del objetivo y la obligación del Artículo 15.7.

6.1.2 Conceptos vinculante/no vinculante y voluntario/obligatorio

Desde la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, los países han estado discutiendo si las medidas de ABS o el régimen de ABS deben o no deben ser "legalmente vinculantes". En este contexto, la percepción de que el cumplimiento del ABS debe ser alcanzado a través de medidas de usuario "voluntarias" también ha sido tema de cuantiosa discusión. Estas discusiones se complicaron por un entendimiento incompleto de estos conceptos legales, especialmente de los términos "vinculante" y "voluntario." Una comprensión exacta de qué significa "vinculante y no vinculante" y "voluntario y obligatorio" provee una base muy importante para discutir sobre medidas de usuario.

6.1.2.1 El término "legalmente vinculante"

Es importante recordar que el término "legalmente vinculante" se refiere a obligaciones o compromisos particulares, más que a conceptos enteros. Esto significa que el término "régimen legalmente vinculante" no es significativo – un régimen es simplemente una combinación de medidas. Las medidas dentro del régimen pueden ser "legalmente vinculantes," pero el régimen en sí simplemente es "existente" o "funcional". Bajo el derecho internacional, las provisiones en los acuerdos internacionales generalmente son vinculantes para los gobiernos – incluso aquellas que pueden no ser obligatorias. No obstante, estas provisiones no son directamente aplicables a individuos o entidades privadas antes de que sean implementadas en la legislación nacional.[342] Los países deben adoptar la legislación que implemente los requisitos internacionales, aplicándolos a individuos y entidades bajo su jurisdicción nacional.

En el contexto del ABS, el Artículo 15.7 es una obligación de adoptar medidas de usuario vinculantes y obligatorias para todo país que es una Parte en el CDB. Para cumplir con su obligación del CDB, todos los países deben adoptar medidas que resulten en distribución de beneficios. Muchos en las negociaciones del ABS presumen que esto requiere legislación nacional de implementación para imponer una obligación legal vinculante sobre todos los usuarios de recursos genéticos extranjeros. Sin embargo, hasta la fecha ningún país (desarrollado o en desarrollo) ha adoptado legislación alguna que haga esto.

Otras partes del sistema de ABS imponen obligaciones sobre las partes privadas mediante contratos. Un contrato es vinculante dondequiera que sus partes acuerdan que así será. En el contexto de ABS, las partes privadas que buscan recursos genéticos deben ingresar en un acuerdo (Términos Mutuamente Acordados) por medio de los cuales aceptan ser vinculados.

[342] La legislación nacional de algunos países dice que todos los acuerdos internacionales automáticamente se convierten en ley en ese país. Aunque esto suene como una respuesta simple, presenta un problema. Las leyes internacionales describen lo que los países deben hacer, pero usualmente no dicen nada sobre personas o entidades reguladas. Una ley internacional puede exigirle a los países que "adopten medidas legislativas," por ejemplo. Este requisito no puede ser impuesto sobre un individuo. Y hasta que el país adopte esas medidas, el instrumento internacional no es vinculante dentro del país. Un número pequeño de instrumentos internacionales son "de efecto inmediato" – es decir, incluyen todas las provisiones relevantes de la legislación nacional en el instrumento internacional mismo. Los países que se convierten en parte interesada en dicho instrumento pueden aplicarlo instantáneamente, desde el día en que el país lo ratifique formalmente. (*Ver*, por ejemplo, los tratados de la ley de contratos internacional de CNUDMI y UNIDROIT). Sin embargo, en realidad muy pocos países ratifican la mayoría de estos tratados. (Algunos de los instrumentos de CNUDMI y UNIDROIT cuentan solo con pocas partes interesadas.) Las asambleas legislativas de los países normalmente prefieren tomar sus propias decisiones sobre estos asuntos.

En teoría, no es difícil crear obligaciones legales en la legislación o contrato que sean vinculantes, simplemente se debe escribir con un lenguaje vinculante – por ejemplo, "el usuario deberá…". La dificultad radica en diseñar el sistema legal para que las obligaciones relevantes sean de hecho vinculantes – es decir, que los usuarios ya sea que quieran cumplir o no, serán forzados a cumplir y/o estarán sujetos a recibir una sanción u otras consecuencias negativas de no cumplir con las obligaciones.

6.1.2.2 Medidas "voluntarias" o no vinculantes

Las discusiones sobre "enfoques voluntarios" a veces no comprenden bien la naturaleza de los conceptos legales que subyacen bajo medidas voluntarias. En esencia, una medida "obligatoria" del lado del usuario es cualquier provisión (requisito o prohibición) legal que es aplicable directamente a todo usuario de recursos genéticos extranjeros. Todas las medidas obligatorias comparten esta cualidad. Hay dos clases muy diferentes de medidas "voluntarias":

- *Medidas de motivación* estipulan que "si el usuario hace XX, entonces él recibirá o calificará para obtener YY;"

- *Medidas permisivas* simplemente son afirmaciones de que "el usuario puede hacer XX." En algunos casos, las medidas permisivas son indicadas como recomendaciones.

La clave de ambos tipos de medidas es que el usuario tiene una alternativa: puede escoger no efectuar la acción voluntaria, y esa elección usualmente será perfectamente legal. En cuanto al impacto, sin embargo, las dos clases de medidas voluntarias son muy diferentes.

Las *medidas permisivas* no dotan al usuario de alguna razón personal por la que él querría actuar. Esto significa que son las más útiles cuando las poblaciones objetivo ya de por sí *quieren* actuar, pero necesitan orientación o quieren que el gobierno adopte un enfoque unificado.[343] Hasta ahora, tal y como se menciona en el apartado 3.5, casi todas las propuestas de medidas de ABS "voluntarias" son de naturaleza permisiva – es decir, son recomendaciones, y no están atadas a ninguna motivación o incentivo sustancial. Por ejemplo, las discusiones sobre "divulgación voluntaria de información en solicitud de patente" no incluyen razones por las que un solicitante de patente querría hacer esa divulgación de datos. Las discusiones que se han hecho sobre la posible creación de un "certificado de origen/fuente/procedencia legal"[344] son totalmente permisivas – afirmando que un certificado puede ser emitido, pero no indican ningún rol particular para el certificado, o la razón por la cual el usuario necesitaría o querría uno. Actualmente, no hay ninguna situación de ABS que requiera o que se haga más fácil o más efectiva con un certificado.[345] A menos que la comunidad regulada las quiera, las medidas permisivas no ofrecen una razón para modificar el comportamiento.

Por el contrario, las *medidas de motivación* (incluyendo las financieras y otros incentivos) pueden ofrecer algún beneficio u otro resultado deseado que puede convencer a los usuarios de tomar una acción que de otra forma no considerarían hacer. Esto pasará cuando el resultado de la acción YY sea más valioso para el usuario que los costos de la otra opción (acción XX). Las medidas de motivación pueden funcionar sin emplear incentivos *financieros*, si ofrecen otros beneficios, tales como protección frente a responsabilidades, aumento de certeza legal, deducciones de impuestos, acceso a servicios gubernamentales especiales, tratamiento preferencial, etc. La interrogante principal es si la motivación particular es suficientemente deseable como para darle a los usuarios una razón para cumplir con las obligaciones.

Es importante recordar dos cosas sobre el uso de ambos tipos de medidas voluntarias. Primero, incluso

---

[343] Börkey *et al.*, 1999.

[344] *Ver*, por ejemplo, Decisión VIII-4 de la CDP del CDB, párrafo A.2.a et passim. En las discusiones más recientes se ha sugerido una cuarta posibilidad – "certificado de cumplimiento"; sin embargo, no ha sido formalmente adoptada por el AHWG-ABS, y no cambia en forma notable el análisis actual. CDB, *Report of the Meeting of the Group of Technical Experts on an Internationally Recognized Certificate of Origin/Source/Legal Provenance*, PNUMA/CDB/GT-ABS/5/2, 20 de febrero de 2007.

[345] Este enfoque permisivo ya existe en la legislación nacional de Costa Rica – el país con el sistema legal de más alto perfil en ABS – sin embargo, ningún usuario ha solicitado un certificado. Cabrera Medaglia, Jorge, comunicación personal, 26 de marzo de 2007.

las medidas de motivación tienen grados variables de efectividad. Algunas clases de motivación son virtualmente 100% efectivas – al ofrecer protección o beneficio considerado como esencial por todos los usuarios. Muchos sistemas de registro y algunos beneficios de impuestos son ejemplos de este tipo de medida de motivación.[346] No obstante, otras medidas de motivación (tales como sistemas de certificación sociales y ambientales) son consideradas muy exitosas si se logra el cumplimiento del 10% de la población objetivo.

Segundo, muchas medidas que en la legislación se dicen que son "obligatorias" de hecho son voluntarias en cuanto al impacto, debido a la falta de ejecución. Si es imposible ejecutar una provisión obligatoria contra un usuario, entonces la medida será de hecho voluntaria. Considérese, por ejemplo, el usuario que ha dejado el país regulador y ahora opera en un país que no le exige cumplir con las medidas del país de procedencia. Puede ser imposible para el país de procedencia o alguna otra persona o entidad el obtener conocimiento de que hubo alguna infracción u obtener prueba de ello, si las actividades del usuario están protegidas por confidencialidad o principios de secreto industrial. Si el usuario está decidido a cumplir completamente con la ley del país de procedencia o con su contrato de ABS, entonces la ley y el contrato operarán como medidas de motivación. Sin embargo, para otros usuarios, el efecto de estos instrumentos puede ser solo permisivo. En consecuencia, al redactar medidas obligatorias, será importante considerar cuál es la motivación del usuario para cumplir con las obligaciones. Como se discutió a mayor detalle en el apartado 3.5, los mecanismos voluntarios tendrán el impacto más fuerte donde la población objetivo los desea, o donde ofrezcan una motivación suficiente. Un sistema que solamente consiste en medidas voluntarias raramente será efectivo, pero cuando se use selectivamente como parte de una "mezcla de políticas," puede ofrecer una herramienta útil.

6.2 Uso de incentivos y otros factores de motivación

Para cumplir con el Artículo 15.7, se debe adoptar un sistema específico del lado del usuario. Sin embargo, tal sistema será muy difícil de manejar y posiblemente no viable, si depende por completo de supervisión e implementación (por parte de países de procedencia, países usuarios, ONGs o actores privados).

No obstante, la situación no es desesperada, más si es verdadera para casi todos los regímenes legales no criminales.[347] Para abordar esto, el órgano legislativo debe centrarse en el "diseño del sistema." Dicho en forma sencilla, debe adoptar una ley que (i) requiera cumplimiento de obligaciones y (ii) esté estructurada de forma tal que provoque que la mayoría de las personas prefieran cumplir. Por ejemplo, muchas leyes requieren el registro de ciertas clases de negocios o expertos. Por una parte, estas leyes impulsan el cumplimiento a través del entendimiento de que quien no acata enfrentará penalizaciones u otros castigos. Al mismo tiempo, ofrecen también una motivación – al cumplir con la ley de registro, un experto puede ser incluido en un registro público de expertos, o un negocio puede tener derecho a reclamar deducciones especiales de sus impuestos. Sin incentivos, podría ser menos probable que el experto o la empresa cumplan, a menos que el gobierno realice inspecciones regulares o auditorías en todo el sector.

El elemento más importante en el diseño del sistema es la eliminación de "motivaciones perversas." Es aquí donde las estructuras legislativas actuales de ABS encuentran problemas. Como resultado, los usuarios a menudo expresan una fuerte motivación para evitar cualquier cumplimiento del ABS. Este deseo puede aparecer también indirectamente, en forma de declaraciones corporativas que indican que

[346] Se discute en detalle en Ruiz y Lapeña, 2007 (Libro 3 de esta Serie) en el capítulo 4.

[347] Un examen más detallado de cómo el éxito de un régimen legal depende de las motivaciones de las personas/entidades reguladas se puede encontrar en Ruiz y Lapeña, 2007, en el capítulo 4.

el ABS no aplica. Probablemente las compañías que hacen estas declaraciones no han investigado el tema, pero simplemente concluyeron que si adquieren sus especímenes en el país usuario – de una colección *ex-situ*, de otro usuario, de un investigador o alguna otra persona – entonces, por definición, están utilizando recursos genéticos nacionales, sin importar el origen real de los recursos genéticos adquiridos.

Actualmente, ninguna ley u otro incentivo del lado del usuario o estructuras legislativas nacionales del lado del proveedor crean motivación alguna para las compañías, los investigadores y otros para confirmar que esta suposición es correcta.[348] Las siguientes secciones discuten brevemente la estructura de motivación de las medidas de usuario, y consideran cómo las provisiones de incentivos/motivación pueden ser usadas, ya sea como alternativas o como complementos a las provisiones obligatorias.

6.2.1 Eliminación de incentivos perversos

El primer paso en la creación de una estructura de motivación positiva en ABS es eliminar los incentivos perversos. Actualmente, la situación legal, práctica y financiera de los usuarios que desconocen los requisitos administrativos (y de otro tipo) del ABS o que los infringen intencionalmente es significativamente mejor que aquellos que sí acatan. Al violar o ignorar el ABS, el usuario ahorra tiempo y dinero los cuales son gastados por el usuario que acata las normas para poder cumplir con los requisitos de la legislación de ABS del país de procedencia, como el CIP y los TMA. Los usuarios que evitan cumplir con el ABS también pueden ahorrarse el costo financiero directo de pagarle al país de procedencia una "parte equitativa" de los beneficios recibidos. En esencia, los costos y el dinero empleados en el cumplimiento de los requisitos burocráticos constituyen una desventaja para el usuario que cumple, en comparación con el usuario que no acata.

En la actualidad, en Noruega las únicas medidas existentes del lado del usuario son la divulgación del origen en las solicitudes de patente y el anteproyecto de la Ley Noruega sobre Diversidad Natural. Ambas medidas aumentarán esta disparidad, en vez de remediarla. Los únicos usuarios que serían afectados son los "usuarios que cumplen con el ABS" – es decir, aquellos usuarios que ya de por sí habían incurrido en costos adicionales y tiempo perdido, para cumplir con los requisitos de ABS del país de procedencia y quienes están dispuestos a cumplir con los requisitos adicionales del lado del usuario para divulgar la fuente de los recursos genéticos usados. Aun bajo el anteproyecto noruego, el cumplimiento realmente es voluntario. Para evitar el requisito, el usuario debe ya sea (1) determinar que la legislación del país de procedencia no aplica, o (2) decidir que él no puede estar seguro cuál es el país de procedencia. No se necesita evidencia o prueba de cualquiera de las conclusiones. El usuario no estaría forzado a cumplir con el anteproyecto de ley.

Como se menciona anteriormente, es esencial que los usuarios que cumplen con el ABS y los que no lo hacen estén al menos bajo los mismos términos de la ley. Las provisiones obligatorias descritas en el apartado 6.3.2 están diseñadas para lograr esto, esencialmente asegurando que todos los usuarios, ya sea que tengan o no un contrato de ABS con el país de procedencia, deberán estar bajo la obligación de cumplir con los requisitos del país de procedencia, entre ellos las obligaciones de distribución de beneficios.

6.2.2 Creación de un elemento disuasivo para el no cumplimiento

Un segundo aspecto de la estructura de motivación de un marco legislativo es su capacidad para desalentar a los usuarios que eligen no cumplir. Aunque las penas y los castigos son un tipo potencial de desincentivo, no son la herramienta principal, ya que generalmente sólo aplican a un pequeño grupo de transgresores inten-

[348] Henkel, Thomas, "A Perspective from Pharmaceutical Industry," Presentación en el Encuentro de Expertos de Alto Nivel – *Enfrentando el reto del Acceso y la Distribución de Beneficios (ABS) en el Contexto del Convenio sobre la Diversidad Biológica* (Tokio, 8-9 de febrero, 2007) y otros comentarios en ese encuentro. *Ver* también Latorre, 2005.

cionales o imprudentes. No obstante, otros tipos de elementos disuasivos pueden ser efectivos.

Considérese, por ejemplo, un usuario sin un contrato de ABS. La ley puede imponer requisitos legales estrictos sobre cada usuario que ha pasado los activadores legislativos de utilización de recursos genéticos, y "beneficios derivados." En este punto, se podría pedir algún requisito particular a un usuario que no ha adquirido un contrato de ABS. La ley podría requerir que el cumplimiento de la distribución de beneficios sea establecido ya sea por (i) negociación *post facto* con el país de procedencia, o por (ii) obligaciones de distribución de beneficios que estén definidas por el tribunal o la entidad responsable, de acuerdo con estándares estatutarios. Cualquiera de estas opciones teóricamente produciría un resultado final que es menos favorable para el usuario que su propia negociación de un contrato de ABS al comienzo de la transacción.

Esto puede crear un incentivo positivo para obtener CIP y TMA y cumplir con éstos en una fase temprana del proceso de utilización, porque de esta manera el usuario tendrá más control sobre los requisitos primordiales.

6.2.3 Remoción de elementos disuasivos para el cumplimiento

Como se detalla en otros trabajos,[349] hay numerosos elementos disuasivos que desalientan el cumplimiento del ABS. Además del tiempo y dinero significativos que deben gastar en procesos administrativos, muchos usuarios notan que cumplir con el ABS da como resultado una nociva ausencia de "certeza legal" con respecto a los derechos obtenidos. Los usuarios que participan públicamente de las negociaciones de ABS a menudo son los únicos blancos disponibles para demandas por "biopiratería" en la prensa y en los tribunales.

Sin necesidad de volver a tratar un punto ya abordado a lo largo de este libro, la adopción de medidas de usuario en realidad puede disminuir la cantidad y el detalle de medidas de proveedor que existen actualmente en países con legislación de ABS. Muchos de esos requisitos intensivos existen como parte del deseo del país de procedencia de imponer estrictos controles y vigilancia sobre los usuarios. Debido a que los usuarios no están regidos por ningún requisito legal de ABS después de que ellos o los recursos hayan salido del país de procedencia, las instituciones responsables en los países de procedencia procuran desarrollar requisitos muy detallados dentro del contrato de ABS, con la esperanza de que esas provisiones puedan ser aplicables bajo la ley de contratos.

Si las medidas de usuario en el país natal del usuario existen y son suficientes, entonces el país de procedencia será capaz de prescindir de muchos de sus requisitos más onerosos, y enfocarse en la colaboración con los países usuarios para asegurarse de que todos los usuarios estén integrados dentro del sistema de ABS. El resultado neto nivelará las reglas de juego entre los usuarios que cumplen y los que no cumplen (eliminación de la desventaja competitiva) lo cual llevará a la disminución de las demandas intensivas de la legislación de ABS del país de procedencia.

6.2.4 Incentivos positivos y motivadores para el cumplimiento

La interrogante más importante en ABS se relaciona con el desarrollo de incentivos positivos y motivadores. No importan cuán completamente las leyes de ABS cubran el mundo (tanto medidas de usuario como de proveedor en todos los países) eventualmente, una dificultad importante persistirá – es difícil o casi imposible para los inspectores gubernamentales confirmar con certeza las actividades que ocurren en los laboratorios. Sería muy costoso y poco efectivo basarse en inspecciones periódicas u otros métodos de averiguar si un usuario particular está utilizando recursos genéticos que se originan en otro país. Además, los ensayos u otros mecanismos científicos para identificar material genético no sólo son costosos, sino que también es posible que no sean capaces de identificar variedades específicas, poblaciones locales u

[349] *Ver*, Young, 2006ª, y Young, 2005.

otras diferencias genéticas que podrían ayudar a determinar con precisión cuál es el país de procedencia.

Esto significa que, aunque la cobertura total de las medidas de usuario y proveedor en todos los países crearía un sistema legalmente funcional, difícilmente sería suficiente asegurar el cumplimiento universal o casi universal por parte de los usuarios. Para lograr esta meta, y eliminar la necesidad de supervisión gubernamental costosa, sería aconsejable asociar el cumplimiento de ABS a medidas de incentivos positivos y motivación – es decir, ofrecer algunos beneficios (financieros o no financieros) a los usuarios que cumplen con los requisitos de ABS. Hay muchas áreas en las cuales esos incentivos podrían ser posibles e inspirarían a las compañías y otros usuarios a participar. Sin embargo, para que las medidas de incentivos/motivación funcionen de esta manera, deben reunir dos criterios básicos:

- La ventaja de incentivo o de motivación debe ser suficientemente valiosa para el usuario (en términos financieros o no financieros) que compensa, totalmente o en gran medida, los costos adicionales relacionados con el cumplimiento; y

- El sistema debe asegurar que este incentivo o beneficio de motivación *sólo* esté disponible para aquellos que acatan los requisitos de ABS y no puede ser obtenido por quienes no los cumplen.

Si alguno de estos criterios no es satisfecho – es decir, si la ventaja no es particularmente valiosa o si puede ser obtenida sin cumplimiento – entonces el sistema/incentivo va a fallar.[350]

Existe cierto número de incentivos que puede ser provisto a través de la legislación de usuario que podría ser suficientemente valioso para ofrecer una motivación real para que el usuario cumpla con sus obligaciones. Por ejemplo, las Directrices Japonesas[351] incluyen una medida de incentivo bajo la cual el gobierno de Japón ayudaría al usuario si se presenta alguna dificultad en las negociaciones o discusiones con los países de procedencia, siempre que el usuario haya cumplido con las Directrices. Este tipo de motivación puede extenderse para incluir un rango más amplio de protección frente a responsabilidades (responsabilidad contra países de procedencia y otras demandas formales) para los usuarios que hayan cumplido con medidas de usuario. Esta clase de protección frente a compromisos no sería "inmunidad," pero requeriría que el usuario cumpla por completo con leyes claras y concretas y con requisitos legales del país de procedencia, como se especifica en la legislación del país usuario. Tendría que ser redactada con cuidado para evitar una sanción de ilegalidad.[352] No obstante, si se elabora cuidadosamente, tal provisión tendría un doble impacto, dando un incentivo para el cumplimiento por parte del usuario y un incentivo para más investigación y desarrollo relacionados con recursos genéticos de países de procedencia.

Otro tipo de incentivo surgiría de las medidas de usuario que ayudan a incrementar la certeza legal del usuario respecto a sus derechos sobre el uso de recursos genéticos. A medida que los retos y las demandas relacionadas con el uso de recursos y biológicos aumenten en frecuencia y estridencia, las medidas de usuario que aclaran los derechos de usuario específicos que serán protegidos y apoyados a través del cumplimiento de ABS pueden ofrecer un incentivo importante para que los usuarios cumplan con el ABS, como forma de evitar o anular dichas demandas. (Como se indica, en algunos casos pareciera que el cumplimiento del ABS en realidad puede incrementar la posibilidad de convertir al usuario en blanco de demandas.)

Otras formas de incentivo más simples, pero altamente efectivas, podrían ser ofrecidas con impacto limitado en el presupuesto de la institución responsable, entre ellas los siguientes ejemplos:

---

350 *Ver*, por ejemplo, Young, 2004.

351 Japón: METI/KBA, 2006, *Guidelines for Access to Genetic Resources for Users in Japan*, Ministerio de Economía, Comercio e Industria (adoptadas en marzo de 2005, publicadas en inglés en 2006) disponible en línea en inglés en http://www.mabs.jp/information/oshirase/pdf/iden_tebiki_e.pdf.

352 Por ejemplo, la ley tendría que enfrentar el impacto de una demanda sobre la capacidad del usuario de continuar usando el recurso o de comercializar productos basados en él, durante el tiempo que dura una demanda legal.

- creación de créditos tributarios especiales por cumplimiento del ABS y grados especiales más altos de deducción de impuestos por los costos involucrados;

- acceso a servicios gubernamentales especiales, incluyendo prioridad para ciertas clases de permisos y otros beneficios legalmente controlados;

- calificación para participar en programas de proyectos de gobierno;[353]

- estatus preferencial en las políticas de adquisición del gobierno; y

- participación en programas nacionales de asistencia y apoyo para el desarrollo tecnológico.

También puede ser valioso considerar los incentivos que podrían ser provistos por otros países, especialmente países en los cuales se comercializan los productos de la utilización de recursos genéticos. Tales incentivos podrían incluir prioridad administrativa en ciertas solicitudes o reconocimiento de patentes que bajo otras circunstancias serían debatibles.

No obstante, el aspecto más importante de estos incentivos es el hecho de que ellos no son completamente gratuitos. En unos cuantos casos, estos incentivos provocan cierto nivel de redistribución de costos (por ejemplo, los países que dan créditos tributarios no reducen su ingreso total de los impuestos; el crédito simplemente redistribuye alguna parte de la obligación de los contribuyentes, del sector acreditado a otros sectores). En todos los casos, sin embargo, es esencial desarrollar medios de confirmación de los elementos cruciales del incentivo. Si no hay confirmación, entonces el criterio necesario – que el incentivo sólo está disponible para aquellos que cumplen con las obligaciones – se perdería, y la medida no fomentaría los objetivos del ABS?

6.3 Creación de un sistema internacional para el ABS

Específicamente desde el año 2002, cuando la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible y la CDP-7 del CDB plantearon el prospecto de nuevas negociaciones internacionales sobre ABS, se ha dado nueva atención al aspecto sistémico de la estructura del ABS y a la necesidad de una perspectiva sobre el régimen del ABS negociada internacionalmente. Para hacer esto, los países deben reconocer diversos elementos existentes del sistema de ABS, incluso las leyes internacionales que rigen la implementación nacional, las leyes nacionales que gobiernan ambos lados de la transacción (usuario y proveedor), y todos los tipos relevantes de contratos.

6.3.1 ¿Por qué las medidas nacionales no son suficientes por sí solas?

El CDB fue diseñado para ser implementado por la legislación nacional. No creó ningún mecanismo internacional, aparte de la designación del Fondo Mundial para el Medio Ambiente, FMAM, como su mecanismo financiero. Las únicas instituciones internacionales que creó fueron la CDP y el Secretariato, las cuales tienen funciones de coordinación y revisión, pero no poseen responsabilidades de implementación directas. Esta perspectiva general es clara en el Convenio, bajo el cual las obligaciones de acceso y distribución de beneficios deben ser cumplidas por medio de medidas nacionales. Durante las negociaciones, muchas inquietudes sobre la naturaleza de los recursos genéticos y la manera en que pueden ser regulados fueron descartadas como cuestiones que podrían ser resueltas bajo la legislación nacional.[354] Tanto durante como después

[353] Los Institutos Nacionales de Salud [NIH, por sus siglas en inglés] son un ejemplo de este tipo de acercamiento a través de su reciente programa sobre Grupos Internacionales de Cooperación para la Biodiversidad, donde el acceso a oportunidades de financiamiento de estos grupos y a otros proyectos gubernamentales coordinados fue condicionado al cumplimiento con las provisiones relacionadas con la equidad y la obligación de distribuir los beneficios (de la investigación) con el país en el cual estaba operando el proyecto. Rosenthal, 2004.

[354] *Ver*, Glowka, 1998 en 4. Hasta la fecha, ninguna ley nacional de propiedad ha encontrado una forma efectiva de abordar este tema o de integrarlo en forma consistente en las estructuras nacionales de propiedad. Dado que el régimen de ABS solo se centra en transacciones transfronterizas, puede funcionar efectivamente solo si todos los países lo abordan en forma armónica en la ley nacional, o si logran un acuerdo concreto sobre este concepto.

de las negociaciones, muchos países usuarios opinaron que lo correspondiente al usuario del ABS podría ser tratado por las leyes nacional sin ningún apoyo legislativo específico o medidas adicionales.

Como se indicó en la sección 3.3.1, la expectativa de la legislación nacional ha resultado en dos problemas serios. El primero es un área de confusión operacional. Menos del 15% de las Partes del CDB han intentado adoptar algún tipo de "legislación de ABS" designada en forma separada. Esto crea un dilema para la implementación del lado del usuario. Si el país de procedencia no tiene legislación de ABS, los asuntos de ABS tienen que ser abordados a través de principios generales de su legislación nacional.[355] Esto realza la incertidumbre legal para los usuarios, para los puntos focales de ABS del lado del usuario, y para la creación de legislación pertinente al usuario que obliga al cumplimiento de los requisitos del país de procedencia.

El segundo problema – un vacío sin llenar en el régimen actual de ABS – es mucho más serio. Como se discutió en el Capítulo 3, ningún país ha adoptado legislación pertinente al usuario – es decir, una ley que requiera directamente a los usuarios de recursos genéticos de origen extranjero el cumplimiento de los requisitos de ABS del país de procedencia (y/o distribuir beneficios). A falta de tal provisión, los usuarios no están directamente vinculados por el régimen de ABS, excepto cuando ellos están en contacto directo con el país de procedencia. Esta omisión crea una enorme brecha en el ABS, pues esencialmente libera a todos los otros usuarios de cualquier obligación de cumplir con el ABS. También constituye un incentivo significativo y perverso, al contrarrestar cualquier "recomendación" de los gobiernos usuarios que solicitan a sus usuarios cumplir con la legislación de ABS del país de procedencia. Este sistema presenta una contradicción en cuanto a la funcionalidad del régimen internacional. A menos que todos los países hayan cumplido con su obligación de adoptar medidas de usuario, aquellos que han impuesto restricciones de acceso sobre sus propios recursos genéticos están en efecto poniendo en desventaja a los usuarios nacionales. Pueden forzar a sus usuarios internos a cumplir con los requisitos de ABS, pero no tiene la capacidad de forzar el cumplimiento por parte de otros usuarios quienes han dejado el país de procedencia.

En última instancia, otros elementos del régimen internacional no pueden ser efectivos sino hasta que se adopten medidas de usuario, requiriendo o permitiendo la distribución de beneficios. Muchas de las inquietudes sobre ABS que han conducido a las negociaciones actuales pudieron haber sido resueltas sin posterior atención si se hubiera adoptado un sistema consistente de medidas de usuario.

6.3.2 Pasos posibles para unificar el "régimen internacional"

Ante la falla de cualquier Parte en cuanto a adoptar medidas de usuario, no obstante, subyace el hecho de que el concepto de ABS no fue enunciado adecuadamente en el CDB. En última instancia, no se cumplió la expectativa original de que sería aclarado a través del impacto acumulativo de la legislación y la experiencia de 190 países, por lo que se argumenta fuertemente la necesidad de mayor desarrollo internacional.

6.3.2.1 Identificando la necesidad de mayor acuerdo internacional

Un breve análisis de la legislación nacional existente ofrece evidencia clara de las razones por las que el ABS no puede funcionar solamente a través de legislación nacional sin coordinación. La desconexión básica es obvia desde el comienzo de cualquier transacción de ABS. Los requisitos legislativos del país de procedencia pueden estar fundamentados en una estructura de definiciones, alcance y activadores, aunque el país usuario impondrá medidas sobre la base de una estructura ligeramente diferente. Esto puede conducir a una controversia en cuanto a si los requisitos del país de procedencia se han cumplido, o necesitan ser cumplidos, por el usuario. Por ejemplo, la propuesta legislativa estadounidense del lado del usuario regularía los "proyectos de investigación que involucran especí-

[355] El artículo 15.5 del CDB señala que el CIP y los TMA son requeridos en un país de procedencia, "a menos que ese [país] determine algo distinto."

menes de investigación recolectados en terrenos específicos."[356] Considere el desenlace si un usuario extranjero obtiene especímenes en los Estados Unidos y luego los usa en un país cuyas medidas de usuario aplican solo al "material genético." En ese caso, los Estados Unidos podrían no tener recurso bajo la ley del otro país, si las leyes del país usuario no aplican a las muestras de investigación tomadas de esta forma. Hasta que todos los países compartan el conocimiento acerca de la "utilización de recursos genéticos" y cómo funciona el ABS, las diferencias dramáticas entre medidas de proveedor de los países hará muy difícil o imposible el funcionamiento de las medidas de usuario.

Al momento de redacción de este libro, se dan negociaciones en el CDB en el curso de la elaboración del "régimen internacional sobre ABS." Por lo que hay algo de esperanza en que estas negociaciones a fin de cuentas den como resultado uno o más documentos que aclaren la estructura global, y faciliten a todos los países el cumplimiento de ambos lados de sus obligaciones legislativas/institucionales bajo el Artículo 15. No obstante, es igualmente posible que estos esfuerzos no vayan a resolver cuestiones clave, esencialmente dejando a las Partes en la misma situación en que han estado hasta la fecha, pero habiendo empleado bastante más dinero y tiempo en negociaciones.[357] En cualquiera de los casos, el problema legislativo aún tendrá que ser enfrentado por todos los países – convirtiendo el compromiso de ABS en responsabilidades del lado del proveedor y medidas de usuario nacionales implementables.

6.3.2.2 Preguntas que se deben abordar en las negociaciones del régimen internacional

En última instancia, las negociaciones del régimen pueden tratar sobre muchos asuntos políticos, pero también crear una "interpretación convenida" de las principales preguntas sin respuesta que actualmente obstruyen la implementación a nivel nacional. Lo último es de mayor interés a los efectos de este libro.

La discusión fundamental a lo largo de este libro ha consistido en un análisis de los obstáculos para la puesta en práctica del ABS y de las opciones para enfrentarlos a través de legislación nacional. La falta de consenso internacional sobre estos tópicos impone una carga pesada sobre cada país legislador. Así, las negociaciones internacionales pueden respaldar la implementación nacional y la operación coordinada del sistema de ABS, si ofrecen tantas respuestas claras como sea posible a las siguientes cuestiones:

(i) La naturaleza exacta y el rol preciso de los "recursos genéticos," "utilización de recursos genéticos" y "beneficios derivados de la…utilización de recursos genéticos." (La sección 4.1 analiza una opción para desarrollar estos conceptos de una manera integrada);

(ii) La manera en la cual estos tres conceptos se interrelacionan para formar el sistema funcional de ABS (la sección 4.2 presenta una opción para una interconexión funcional);

(iii) Si hay actividades o áreas temáticas particulares que pueden/deben tratarse en forma separada, ya que el TIRFAA busca ocuparse de los aspectos de ABS relacionados con el uso agrícola de cultivos específicos y cómo ellos pueden ser identificados, desarrollados e integrados. (En la sección 4.2.2.2 y en otra parte de este libro se considera la posibilidad de definir y regular categorías de utilización de recursos genéticos);[358]

(iv) Ya sea un acercamiento para determinar el "país de procedencia" de un recurso genético en particular en caso de que el usuario no sepa o divulgue ese

---

[356] Este ejemplo está basado en las normas propuestas que están siendo discutidas actualmente por el Servicio de Parques Nacionales de Estados Unidos, como se mencionó en el Capítulo 3.

[357] En la actualidad, después de cuatro reuniones del AHWG-ABS, tres encuentros de expertos técnicos, y largas discusiones de varios días en al menos tres CDP, las Partes aún no han sido capaces de ponerse de acuerdo en el objetivo práctico de su trabajo (adopción de un protocolo, adopción de algún otro instrumento, etc.).

[358] Pythoud (2005) plantea una interrogante: "¿Hay algún tipo específico de uso de recursos genéticos que podría necesitar instrumentos internacionales adicionales para respaldar la implementación del Artículo 15 del CDB?" *Ver* también Tvedt, 2006. El TIRFAA proveerá un campo de experimentación para este enfoque cuando los países que son Partes del CDB lo adopten e implementen por completo.

hecho[359] u otro mecanismo para distribución de beneficios que aplique automáticamente en tales instancias. (Algunos de estos asuntos se describen con más detalle en las secciones 3.3 y 3.4);

(v) La manera en que el país del usuario ejecutará o determinará cumplimiento con la legislación del país de procedencia. (Algunas de estas inquietudes se describen más detalladamente en el apartado 3.3.3);

(vi) Un mecanismo para la comunicación entre el país usuario y el país de procedencia para enfrentar estos asuntos. (Algunos de estos asuntos se discuten en el apartado 3.3.2.3);[360]

(vii) La manera en que estos asuntos y la estructura de ABS pueden ser sensibles a los cambios en el campo rápidamente creciente de la biotecnología que pueden afectarlo;[361] y

(viii) La posibilidad de adoptar un sistema de evaluación o de negociaciones transparentes y establecer estándares para determinar qué es la distribución justa y equitativa de beneficios. (Este tema se trata en forma general en el Capítulo 5.)

La elección entre las distintas posibles respuestas específicas a estas preguntas no es tan importante como lo es la obtención de una respuesta para cada una, siempre que las respuestas sean consistentes internamente. En los capítulos 4 y 5, hemos enfatizado en un enfoque, el cual creemos que ofrece una consistencia lógica sobre la cual se puede fundamentar un régimen funcional de ABS. Sin embargo, ofrecemos este conjunto de soluciones no sólo por sus propios méritos, pero también como evidencia de cómo el enfoque final convenido (cualquiera que sea) puede ser concebido, analizado y regularizado antes de que se adopte.

6.4 Implementación práctica del ABS "más allá del acceso" – adoptando medidas de usuario

6.4.1 Justificación legislativa

Ningún país puede controlar legislativamente las acciones de una persona bajo la jurisdicción de otro país. Incluso cuando un país busca la manera de sancionar a una persona que se ha escapado a otro país después de haber sido convicta por un crimen serio, el segundo país debe adoptar y aplicar leyes que le permitan tomar acción (extraditar a la persona, o hacer otro tipo de arreglo) a petición del primer país. En consecuencia, todo el propósito del ABS se hace casi imposible por la falta de medidas del lado del usuario. Como resultado de esta omisión, todo el sistema de ABS es de hecho voluntario-permisivo (es decir, no es obligatorio y no está respaldado por factores de motivación).

En la ruta hacia un sistema internacional funcional para la regulación de recursos genéticos, es necesaria una estructura legal en el país usuario a fin de permitirle al país de procedencia que haga valer sus derechos soberanos sobre los recursos genéticos en el lugar en el cual esos derechos sean infringidos. Mientras esté en el país de procedencia, el recolector puede obtener muestras biológicas conforme a las leyes de uso soste-

[359] *Ver* Ruiz y Lapeña, 2007, en el Capítulo 5.

[360] Un aspecto de este proceso podría ser el uso de un "certificado de origen/fuente/procedencia legal" o de "cumplimiento" el cual podría (dependiendo de sus contenidos) ofrecer un método inicial de comunicación unidireccional entre el país de procedencia y el país usuario. No obstante, los procesos de verificación de los contenidos del certificado, y de cumplimiento en curso con las leyes relevantes y con los términos del arreglo de ABS, al parecer también requerirán otros sistemas de comunicación. *Ver* Ruiz y Lapeña, 2007, en el capítulo 4.

[361] El lento proceso de reconocimiento de los problemas de implementación del ABS, y de llegar al punto de saber si se tomará alguna acción internacional para resolver algunos de estos problemas señala la necesidad de un mecanismo flexible. De otra manera, cualquier sistema de ABS que es suficientemente concreto para ser funcional, probablemente será muy lento en ajustarse a cambios. En este sentido, se puede aprender una lección de la ley de patentes en cuyo caso todos los criterios principales (por ejemplo ingenio, novedad e inventiva) por naturaleza son dinámicos y evolucionan, haciendo que el sistema de patentes sea lo bastante robusto como para adaptarse a los cambios en investigación y desarrollo tecnológicos. La flexibilidad está dada por la práctica de alterar y reconsiderar la interpretación y la práctica de los términos en vez de enmendar la redacción de las leyes.

nible que tiene el país de procedencia[362] y las leyes que rigen la posesión de material biológico. Si él posteriormente empieza a utilizar los recursos genéticos en otro país o los transfiere a alguna otra persona que haga eso, las leyes del país de procedencia ya no tendrán ningún impacto directo sobre el recolector ni tampoco sobre el usuario.

Sin embargo, para obtener los resultados deseados, las medidas de usuario deben ser integradas en una estructura de requisitos legales, entidades administrativas y sistemas reguladores, provisiones de motivación y estándares de aplicación que sea coherente y consistente internamente. Este no es un punto de vista pesimista, tampoco asume que los usuarios no cumplan y/o que el sistema de ABS sólo funcionará si los usuarios son forzados y penalizados. Muchos usuarios que se han esforzado intensamente para cumplir con los requisitos de ABS y han sido tachados de "biopiratas" en la prensa y han sido sujeto de otras clases de demandas relacionadas con el ABS.[363] Por otro lado, muchas entidades que están usando recursos genéticos originados en otros países han negado específica y rotundamente que sus acciones dan lugar a obligaciones de ABS. Claramente, los derechos y deberes de los usuarios deben ser aclarados, para protegerlos, así como para hacer funcionar el sistema.

6.4.2 Objetivos legislativos

Sin estándares actuales replicables y sin una estructura comprensible para determinar lo que deben hacer, los usuarios tienen poca base para analizar y predecir los costos y riesgos asociados con el ABS.[364] El objetivo de "certeza legal" en el ABS se alcanzará cuando los usuarios, como mínimo, (i) sepan qué acciones específicas se requieren de ellos; (ii) puedan estar seguros de que el cumplimiento con estas provisiones los protegerá contra dichas demandas; y (iii) puedan estimar previamente los costos de ese cumplimiento con un buen grado de certidumbre.

Al parecer, las ambigüedades en la estructura del ABS están impidiendo la adopción de la legislación de ABS del lado del usuario.[365] También es cierto que los principales países usuarios no han intentado seriamente hacer esto, a pesar de tener acceso a algunos de los más destacados eruditos e instituciones legales del mundo. Como líderes en el desarrollo legal, estos países podrían haber sido capaces de evitar la ronda actual de costosas y lentas negociaciones internacionales (y el riesgo de que vayan a llegar a conclusiones indeseables) de haber desarrollado e implementado medidas de usuario efectivas y equilibradas después de la adopción del Convenio.

Aunque las negociaciones del régimen internacional están en curso, muchas cuestiones administrativas aún quedarán por resolverse a nivel nacional, aun después de la conclusión de esas negociaciones.[366] Muchas de las interrogantes primarias identificadas en este libro pueden no ser resueltas formalmente por las discusiones internacionales. Por consiguiente, las medidas legislativas nacionales, y el liderazgo de países desarrollados claves en su adopción, pueden tener aún mayor influencia en la formación del régimen internacional. La siguiente discusión se centra en la elaboración de la legislación y su papel en definir y posibilitar la implementación de la obligación de distribución de beneficios, con particular atención a los problemas legislativos de la interacción con las leyes del país de procedencia, e integrar elementos de motivación e incentivo. Estos asuntos abordan dos aplicaciones primarias de responsabilidad de distribución de

[362] Las leyes a menudo rigen prácticas sostenibles de recolección. *Ver*, por ejemplo, "FAO The International Code of Conduct for Plant Germplasm Collecting and Transfer," disponible en línea, en inglés, en http://www.fao.org/AG/AGp/AGPS/PGR/icc/icce.htm

[363] Young, 2006a.

[364] *Ver*, Directrices Japonesas, pie de página 113. Una parte significativa de estas directrices está dirigida a las numerosas "áreas grises" del ABS, del lado del usuario, que no tienen respuesta en las Directrices de Bonn o en otros consensos.

[365] La mayoría de tales países no han declarado esto formalmente. Unos cuantos han indicado (directamente o por implicación) que no se necesita legislación formal de ABS en el lado del usuario.

[366] *Ver*, por ejemplo, el Protocolo de Cartagena, que demanda muchos resultados y requisitos específicos pero habilita muchos enfoques diferentes para su implementación.

beneficios, (i) la responsabilidad de los usuarios que han obtenido un contrato de ABS del país de procedencia, y (ii) la responsabilidad de los usuarios que no lo han hecho.[367]

6.4.3 El reto legislativo desde el lado del usuario: relación con las leyes del país de procedencia

Al adoptar las medidas del lado del usuario, los legisladores deben considerar más que las palabras del CDB – ellos tienen que pensar en cómo las medidas de usuario funcionarán legalmente. Aunque muy difícil, también es un asunto muy básico – ¿de qué manera puede un país imponer un requisito general para cumplir con las leyes de ABS de otros países? Aunque suene simple a aquellos que no son expertos en legislación, esta pregunta es muy desafiante.

El reto surge del concepto básico de soberanía nacional – del hecho de que la legislación nacional de un país generalmente no puede controlar los derechos ni las acciones de otro país. La mayoría de discusiones sobre medidas de usuario asumen que el país usuario solicitará a sus usuarios cumplir con los términos de los contratos y las leyes de ABS como son definidos por el país de procedencia, a través del CIP y los TMA. En esencia, esta provisión equivale a permitirles a los legisladores de otro país que gobiernen a los ciudadanos y las compañías del país usuario. Esto plantea varios problemas, debido a la complejidad de la puesta en práctica. Una "simple" declaración de que los usuarios de recursos genéticos extranjeros deben cumplir con la legislación de ABS del país de procedencia requiere que el usuario participe en un análisis legal complejo, incluyendo:

(i) identificar el país de procedencia;

(ii) identificar las provisiones relevantes de la legislación del país de procedencia y determinar la forma en que son aplicadas por el país de procedencia;

(iii) determinar si el usuario ha cumplido con las obligaciones; y

(iv) si no, determinar cómo forzar el cumplimiento.

Esto requiere un grado significativo de esfuerzo por parte del país usuario, el cual debe confirmar cada uno de estos elementos, aun si el usuario lo ha hecho y ha presentado un análisis primario. Peor aún, ya que no hay dos países iguales, el país usuario debe llevar a cabo un nuevo análisis para cada situación de ABS.[368]

6.4.3.1 …cuando hay un contrato de ABS

Una vez que se haya identificado el país de procedencia, especialmente si existe un contrato de ABS, los pasos *ii* y *iii* del análisis especificado arriba podrían ser respondidos directamente por el país de procedencia. En la mayoría de los países, sin embargo, las instituciones gubernamentales y los tribunales usualmente no están dispuestos a seguir la instrucción de otro país en asuntos primarios de gobierno tales como las decisiones de los tribunales nacionales. En consecuencia, la ley usualmente requerirá a las propias entidades del país usuario que hagan esta determinación. Aunque pueden buscar la colaboración del país de procedencia, para evitar cualquier erosión de la autoridad soberana del país, deben retener todos los otros derechos y deberes de gobernanza, incluso el derecho a negarse a tomar acciones que violan la política pública.

Esta alternativa simplemente requeriría que los usuarios de recursos genéticos extranjeros distribuyan los beneficios con base en estándares y leyes del país usuario. En efecto, este acercamiento crea dos niveles de requisitos. Para cumplir con los requisitos del país usuario, el usuario debe probar que ha compartido los beneficios con un país de procedencia. Simplemente debe documentar (en una forma aceptable para el país usuario) que ha tomado las mínimas acciones necesarias bajo la legislación del país usuario para satis-

[367] Esta segunda categoría podría incluir a algunos usuarios que no están infringiendo intencionalmente la ley del país de procedencia (biopiratas), pero también a usuarios que no conocen los requisitos de ABS, o que creen que esos requisitos no aplican a la situación particular.

[368] Actualmente, como se indica en el Capítulo 3 (*y ver* Cabrera y López, 2007), la extensión del concepto de "recursos genéticos" varía enormemente de país en país, y la mayoría de los países usa un término diferente al hablar de recursos genéticos, para poner de manifiesto que han determinado cuidadosamente y por separado cuáles recursos y actividades precisas serán cubiertas por su legislación de ABS.

facer el requisito de distribución de beneficios que es impuesto sobre todos los usuarios por el gobierno del lado del usuario. Esto creará en esencia un sistema de permisos dobles, ya que el usuario debe cumplir con los requisitos del país de procedencia también. Como se indica en el Artículo 15.7, el usuario solo puede recibir crédito por distribuir beneficios con un país de procedencia, si dicho país tiene noción de la situación y le da su aprobación.

6.4.3.2 …en ausencia de un contrato de ABS

En caso de que el usuario no sabe (o no dice) cuál es el país de procedencia, o si el país de procedencia no ha otorgado un permiso de ABS, surge una interrogante más difícil – cómo hacer posible la distribución de beneficios, cuando el país de procedencia no es participante. Se puede enunciar el problema básico en forma simple: No es apropiado para ningún otro país determinar cómo deberán ser gobernados los recursos genéticos de un país de procedencia. Un país usuario que adoptó legislativamente provisiones que rigen una distribución de beneficios específica en el caso de que el usuario no haya obtenido un contrato de ABS esencialmente está autorizando a sus usuarios a obtener y utilizar los recursos genéticos del país de procedencia sin la aprobación del país de procedencia. En efecto, usurparía los derechos soberanos del país de procedencia de disponer de sus recursos genéticos o controlarlos.

Sin embargo, en la práctica es esencial aplicar los requisitos de distribución de beneficios a situaciones en las cuales no se conoce el país de procedencia o no se le ha contactado, por al menos cinco razones:

- *Integridad del sistema:* Si el usuario puede evitar el sistema de ABS al declarar que no conoce el origen del espécimen (o se niega a declarar el origen), se crea un vacío que podría fácilmente tragar al sistema entero.

- *Motivación comercial*: Cualquier sistema que impone costos adicionales sobre la persona que cumple está en riesgo. Las compañías que incurren en costos adicionales (financieros, humanos y reguladores) para cumplir con la distribución de beneficios están en desventaja competitiva en comparación con otras empresas que evitan esos costos. En la práctica, las empresas que operan con desventaja competitiva enfrentan mayor probabilidad de fallar comercialmente que aquellas que evitan gastos innecesarios. El sistema de ABS sin una provisión de "pago por incumplimiento" promovería así la supervivencia de compañías que no cumplen.

- *Incentivo perverso*: Como se indica arriba, se crea un incentivo perverso si los requisitos del ABS sólo aplican cuando se conoce el país de procedencia y se divulga el dato. De manera similar, si un país impone solo medidas del lado del proveedor, y las impone tanto en usuarios nacionales como extranjeros, crea una preferencia por usuarios foráneos, y un incentivo para que sus propios usuarios consigan recursos en países extranjeros, dada la dificultad o imposibilidad de aplicación del ABS fuera del país de procedencia.

- *Reciprocidad*: el principio equitativo de "manos limpias" dice que "quien clama por equidad debe practicar la equidad." Si un país no aplica los requisitos de ABS sobre todos los usuarios, entonces no puede ser capaz de exigir protección similar de otros países.[369]

- *Objetivos internacionales*: Si los países continúan adhiriéndose a los objetivos del CDB entonces tienen razones tanto morales como políticas para promover sus objetivos equitativos, de conservación y de sostenibilidad.

[369] Note que los documentos de Estados Unidos sobre temas de recursos genéticos mencionan específicamente los recursos genéticos usados para crear la polimerasa Taq – de bacterias extremófilas recolectadas en el Parque Nacional Yellowstone. *Ver*, Estados Unidos: Servicio de Parques Nacionales, *setiembre de 2006, Service wide Benefits-Sharing – Draft Environmental Impact Statement*, que se encuentra disponible en línea en http://parkplanning.nps.gov/document.cfm?parkId=442&projectId=12515&documentID=16763. Departamento del Interior, Estados Unidos. Aunque esto sucedió mucho antes de que se adoptara el CDB, se demuestra la relevancia de las medidas de usuario como protecciones para países desarrollados y en vías de desarrollo.

Las soluciones generalmente son difíciles. Las posiciones nacionales de los países desarrollados estudiadas para este libro han ignorado este asunto. En algunos casos, se ha sugerido que el uso de recursos genéticos sin cumplimiento del ABS puede ser supervisado por la legislación nacional de penalizaciones (un proceso que podría permitir al país usuario multar o encarcelar a los transgresores, pero no resultaría en pago alguno u otro tipo de distribución para el país de procedencia). Es relativamente difícil encontrar un ejemplo actual de una ley bajo la cual se le solicita a un gobierno que obtenga compensación en nombre de alguna persona privada o para cualquier persona, entidad o país extranjero.

Cuando el país de procedencia no es revelado, o no tiene legislación de ABS, el asunto puede ser mucho más complicado. El país usuario necesitaría identificar al país de procedencia, de ser posible, y encontrar algún reemplazo para el proceso de CIP de otro país. Las únicas soluciones "legalmente cómodas" serían:

- crear procesos y requisitos "predeterminados" aplicables dondequiera que el país de procedencia no tenga legislación existente; y/o
- crear un fondo internacional u otro mecanismo para recolectar "partes (ganancias) huérfanas" en caso de que el país de procedencia no es conocido, no revelado, o no es participante.

Ambos enfoques al parecer requieren de acuerdo internacional, y aún requerirían que el país usuario supervise el uso de recursos genéticos, y adopte procedimientos para determinar la fuente de los recursos utilizados en su país.

6.4.4 Marco operativo: legislación del lado del usuario relacionada con el requisito de distribución de beneficios

Aunque muchas medidas de usuario son relevantes y necesarias, todas ellas giran alrededor de una clara obligación de distribución de beneficios en el lado del usuario – el requisito de que los usuarios deben cumplir con la legislación del país de procedencia y/o distribuir beneficios, cuando usan los recursos genéticos cuyo origen está en otro país. Sin tal provisión, la legislación del lado del usuario nunca puede ser más que provisiones voluntarias permisivas, y el régimen de ABS no puede ser funcional como un sistema para lograr el Tercer objetivo. A lo sumo, los usuarios que están fuera del país de procedencia pueden colaborar en la distribución de beneficios con el país de procedencia. Si el usuario no piensa que las leyes del país de procedencia aplican a él, no tendrá incentivo para confirmar esta conclusión, y si prefiere no cumplir con el ABS no será (no podrá ser) obligado.[370]

Al aceptar la necesidad de estas medidas, el país debe adoptar diversos elementos:

a. Provisiones de alcance;
b. Obligaciones directas de distribución de beneficios;
c. Estructura de implementación y supervisión;
d. Ejecución; y/o
e. Medidas de incentivos.

Todos estos elementos parecen ser esenciales para el funcionamiento general del régimen de ABS, aunque para muchos países sólo los dos primeros se necesitarán de inmediato, acompañados por un compromiso de desarrollo legislativo futuro para su puesta en práctica, y muchos países escogen postergar la adopción de medidas de incentivos mientras experimentan con el desarrollo del sistema básico.

[370] Este es esencialmente el *status quo* actual. En consecuencia, el hecho de que muchas empresas e investigadores colaboran en esfuerzos intensivos para cumplir con los requisitos de ABS, incluyendo la distribución de beneficios, dice algo muy positivo sobre el hecho de que existe un núcleo de responsabilidad social en estas entidades, y tal vez sobre el poder de la sociedad civil y otros grupos de usar la presión para empujar a algunas instituciones a seguir la ruta de la responsabilidad social.

6.4.4.1 Alcance y cobertura – términos y activadores

Si un país pidiera a todos los usuarios de recursos genéticos que participen en un proceso de distribución de beneficios, sería necesario tener una estructura legislativamente aplicable que aclare (i) qué personas son usuarias de recursos genéticos (y cuándo); y (ii) cuáles son los beneficios que deben ser distribuidos (y cómo). Por lo tanto, uno debe saber desde el principio, qué actividades constituyen "utilización de recursos genéticos" (ya que una persona o entidad es "usuaria de recursos genéticos" cuando se involucra en estas actividades). También debe ser legislativamente claro qué resultados constituyen "beneficios derivados" de tal utilización (ya que la obligación de distribución de beneficios es activada cuando surgen beneficios) y cómo uno determina "una parte justa y equitativa" de tales beneficios. En consecuencia, es vital la aclaración conceptual de la terminología.

[a] Definiciones y alcance para los activadores de la obligación de distribución de beneficios

Como mínimo, esto parece requerir definiciones claras o provisiones de alcance para aclarar cuáles actividades/recursos están cubiertos ("recursos genéticos" y/o "actividades que utilizan recursos genéticos"), y cuándo surgen beneficios que activan la obligación de distribución. El hecho más importante de estas definiciones es su interrelación. En el Capítulo 4 se discute un acercamiento básico a esto, creando un entendimiento cuidadosamente matizado de esta gama de conceptos basado en compromisos internacionales preexistentes y la convicción de que ellos son específicamente aplicables – que uno puede saber objetivamente qué actividades (o recursos) son regidos por esta ley, y cuáles beneficios serán la base para la obligación de distribución de beneficios. En estos procesos, puede ser útil indicar cómo (si) los resultados de las negociaciones del régimen internacional impactarán el alcance y la cobertura de estas medidas a nivel nacional.

[b] Cobertura diferente o más estricta

El alcance de las medidas legislativas nacionales sobre ABS puede tener un impacto significativo no sólo en los derechos y las actividades en el país legislador, sino también sobre la manera en la cual la legislación nacional se integra en el sistema de ABS internacional. A menudo, al discutir medidas legislativas nacionales, un régimen o convenio internacional declarará que las Partes pueden adoptar medidas diferentes o más estrictas que aquellas expuestas en el convenio.[371] A menudo establecer "medidas más estrictas" es una manera de asegurar que ciertos requisitos mínimos puedan ser adoptados en todos los países, incluso en aquellos que no tienen la capacidad de hacer determinaciones complejas. Por ejemplo, un esquema regulador más simple con frecuencia será más estricto en cobertura, para asegurarse de que cubra todas las especies y actores a ser tratados en el compromiso internacional. No obstante, en otras instancias, la intención del acuerdo internacional es crear un proceso comercial interfuncional. En tales sistemas (como OMC, CIPF y otros instrumentos), no está permitido imponer medidas más estrictas, aunque puede ser admisible escoger la adopción de medidas menos severas.[372] En estos casos, los países en realidad no se comprometen a regular, sino que prometen que sus regulaciones sobre un área particular no excederán un cierto nivel de severidad o control.

El CDB no hace ninguna de las declaraciones, probablemente porque originalmente se esperaba que el Convenio fuera implementado por la legislación nacional, y porque casi todas sus provisiones se relacionan con asuntos exclusivamente dentro de la jurisdicción de un solo país.[373] Con respecto al Artículo 15, es difícil adivinar si se permiten medidas más estrictas o si son prohibidas. Por una parte, muchos países han adoptado definiciones muy limitadas de "recursos genéticos," o aplicado el ABS a términos

---

[371] Por ejemplo, el Protocolo de Cartagena o CITES deben ser al menos tan estrictos como los requisitos internacionales básicos en esos instrumentos. Ver, por ejemplo, Protocolo de Cartagena, Artículo 2.4.

[372] *Ver*, por ejemplo, la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria, Artículo 1. Esta provisión señala que la Convención no requiere ningún control sobre las importaciones de especies. En la operación, las Partes convienen en un nivel máximo de controles nacionales sobre productos vegetales en el comercio, declarando que no se pueden usar estándares más estrictos.

[373] Incluso los asuntos de responsabilidad transfronteriza (Artículos 4.b y 14) están sólo dentro de la jurisdicción de un país, en el sentido de que una acción contra una fuente de contaminación transfronteriza debe ser ingresada en el país del contaminador, a menos que se aplique algún acuerdo especial con ese país.

sustitutos más específicos.[374] Sin embargo, por otro lado, algunos países han mantenido una definición muy general de "recursos genéticos" o incluso términos más amplios, para cerciorarse de que su legislación de ABS incorpore la máxima cobertura posible.[375]

Basándose en el lenguaje obligatorio del Artículo 15.7, parecería que las medidas del lado del usuario deben ser diseñadas para cubrir todos los recursos genéticos regulados por cualquier país de procedencia. Esto significa que, cuando las provisiones de ABS de un país de procedencia se extienden a otros recursos (más allá de los "recursos genéticos"), el país usuario tendrá un deber de CDB de garantizar la distribución de beneficios de al menos los "recursos genéticos," y la opción de extender estas protecciones a otros recursos.[376]

La funcionalidad del ABS, depende de la capacidad de cada país de obtener los resultados requeridos bajo el Artículo 15.7, por lo que puede ser posible sólo si hay un claro estándar internacional de cobertura. Si se deja al criterio de países individuales, habría un serio problema para un país con una definición y un alcance muy limitados en sus medidas del lado del proveedor, cuando se aplican las leyes de un país de procedencia que tiene mayor alcance o una estructura de definiciones más amplia. Esta desconexión será un obstáculo para la operatividad del ABS, aun si todos los países por separado adoptan tanto medidas de proveedor como de usuario.

Se espera que este vacío crítico pueda ser llenado por las negociaciones del régimen internacional. No obstante, como se muestra en nuestro análisis en el Capítulo 4, aún sería posible resolver el asunto a través de legislación nacional dispersa, si países clave con elevado número de usuarios de alto perfil bajo su jurisdicción adoptan medidas de usuario basadas en un entendimiento común de los tres conceptos interrelacionados – "recursos genéticos," "utilización de recursos genéticos" y "beneficios derivados de la… utilización de recursos genéticos" – como se describe en el Capítulo 4.

6.4.4.2 Provisión que impone una obligación directa de distribución de beneficios

El elemento más directo de la legislación del lado del usuario es relativamente sencillo de elaborar. La ley del país usuario simplemente puede declarar, en terminología legislativa apropiada, que los usuarios de recursos genéticos originados en el extranjero deben cumplir con todas las leyes relevantes del país de procedencia entre ellas la responsabilidad de distribuir los beneficios comerciales y de otro tipo que surgen de la utilización de esos recursos.

Para los países que no tienen un número significativo de usuarios bajo sus jurisdicciones, esta provisión puede ser casi todo lo que se necesita actualmente para satisfacer la obligación del Artículo 15.7. Por ejemplo, en muchos países, los únicos usuarios están desarrollando variedades agrícolas por medio de métodos convencionales. Si estos países son Partes del Tratado Internacional, y han desarrollado la legislación necesaria para implementarlo en su país, pueden sólo necesitar una simple declaración sobre distribución de beneficios en cuanto a recursos que no están en el Anexo del TIRFAA (y un llamado a la institución responsable para que desarrolle regulaciones en el futuro cuando/en caso de que surjan otros usuarios y utilizaciones.

---

[374] Como se indica en el Capítulo 3, los sistemas nacionales actualmente utilizan definiciones muy diferentes de "recursos genéticos," a veces creando y usando términos diferentes incluyendo "patrimonio genético." (BRASIL: Medida Provisional Nº2,186-16.) En el anteproyecto de la Ley Noruega sobre Diversidad Natural se encuentra otro enfoque, el cual también evita el término "recursos genéticos," centrándose en "material genético de otros países" y en aquellos que lo importan con el "fin de utilizar material genético." (NORUEGA: anteproyecto de la Ley Noruega sobre Diversidad en §60). Las regulaciones sobre distribución de beneficios del Servicio de Parques Nacionales de Estados Unidos se enfocan exclusivamente en muestras de investigación: "proyectos de investigación que involucran especímenes de investigación recolectados de unidades del SPN y que posteriormente dieron como resultado descubrimientos útiles o invenciones con alguna aplicación comercial valiosa." (SPN de Estados Unidos, 2006, Borrador de la Declaración de Impacto Ambiental, presentado como Alternativa B).

[375] La Ley Modelo Africana (Legislación Modelo de la Unión Africana sobre la Protección de los Derechos de las Comunidades Locales, los Agricultores y los Fitomejoradores y para la Regulación del Acceso a los Recursos Biológicos, formalmente ratificada por todos los Estados de la Unión Africana, 2003) específicamente aplica sus procesos de ABS a todos los recursos biológicos.

[376] Como se indica arriba, virtualmente todas las transacciones que involucran material biológico ya están regidas por leyes de contrato, y leyes relacionadas con la toma ilegal del material físico. Es sólo en el contexto de "utilización de recursos genéticos" que los derechos legales no están ligados a la posesión/adquisición legal de la muestra física. Por lo tanto, si no ha violado las leyes nacionales relacionadas con recursos biológicos, el país de procedencia pondrá un recurso normal a través de prácticas y leyes existentes.

Para todos los países (incluso los que cuentan con muchos usuarios), esta provisión básica puede respaldar las acciones de países, comunidades, ONGs y otros usuarios en los tribunales y las agencias del país usuario. No es una solución completa; sin embargo, si tan solo un usuario fuera sujeto de una demanda de ABS efectiva, la noción de esa acción podría motivar a otros usuarios a cumplir con las medidas de ABS.

Finalmente, cuando la ley de un país impone a sus propios usuarios un deber claro, esa provisión puede ser una herramienta para motivar a otros usuarios a adoptar medidas de usuario. Aunque ningún país lo ha hecho, las leyes del país de procedencia pueden exigir que no se le dé permiso de ABS a ningún usuario a menos que los recursos sean usados en un país que ofrezca medidas de usuario básicas[377] – es decir, un país que solicite a los usuarios de recursos genéticos extranjeros (i) cumplir con las leyes del país de procedencia; (ii) cumplir con los términos y las condiciones de cualquier permiso o contrato relevante; y (iii) notificar al país de procedencia cuándo han sido accesados los recursos.[378] En esencia, este enfoque refleja una realidad básica de la ley del derecho mercantil internacional – los países miembros de la OMC no pueden controlar irracionalmente el ingreso de bienes en su territorio, pero claramente tienen el derecho soberano de decidir si vender o no, certificar u otorgar otros derechos sobre sus propios recursos o no hacerlo. Un país estaría legalmente dentro de sus derechos si rechaza el acceso a recursos genéticos, a menos que los recursos vayan a ser usados en un país que respaldará y protegerá esos derechos.

6.4.4.3 Medidas de supervisión en países usuarios

Una vez que exista un requisito del lado del usuario, éste debe ser implementado. La ley y/o las unidades gubernamentales responsables deben desarrollar mecanismos y regulaciones que aclaren cómo será aplicado el requisito en la práctica, y cómo esas prácticas serán supervisadas y confirmadas. Este paso es esencial para la operatividad y la justicia del régimen. Éste permite a los usuarios saber exactamente lo que deben hacer o documentar para (i) cumplir con las medidas de usuario, y (ii) ser capaces de demostrar que ellos han cumplido. Provee un estándar que el gobierno u otros usuarios pueden aplicar cuando necesitan confirmar que el usuario ha cumplido con sus obligaciones. Otras provisiones reguladoras necesarias pueden ser las siguientes:

- Indicadores objetivos, determinables externamente, por medio de las cuales un usuario puede saber que él está "utilizando recursos genéticos," incluyendo la manera en la cual el gobierno o una corte o un litigante pueden determinar o confirmar este asunto de forma objetiva;

- Indicadores que definen los diversos puntos en los cuales "ha surgido un beneficio";

- Regulaciones que detallan claramente el proceso de distribución de beneficios en tres posibles situaciones:

  - Cuando el país de procedencia no exige distribución de beneficios – para confirmar/documentar esa conclusión;

  - Cuando las leyes relevantes del país de procedencia sean identificadas – para cumplir con provisiones relevantes de distribución de beneficios y confirmar o documentar tal cumplimiento; o

  - Cuando ninguna opción es razonablemente posible para el usuario – para cumplir con las provisiones del lado del usuario por las cuales el gobierno del país toma la responsabilidad de distribuir los beneficios.

---

[377] En las Seychelles, un anteproyecto de ley propuesto fue preparado por un equipo de consultores extranjeros, bajo una consultoría financiada y llevada a cabo por el Instituto Internacional de Recursos Fitogenéticos. Está contenido en Lettington y Dogley, 2006. En el Artículo 20, ese anteproyecto de ley dice que "La Autoridad Competente, en colaboración con la Agencia Coordinadora e instituciones líderes, tendrá la discreción de negar el acceso a los recursos genéticos de las Seychelles en caso de que haya razón para creer que el solicitante es de (o de otra manera está basado en u opera en) jurisdicciones que no ofrecen garantías adecuadas para respetar y ejecutar esta Ley."

[378] *Ibid*. Las medidas de usuario descritas en el texto son los artículos 32-34 de ese anteproyecto de ley.

- Mecanismos para documentar estos componentes, lo cual permitirá al usuario demostrar su cumplimiento.

Sin importar lo que digan las leyes del país de procedencia, las medidas en los países con jurisdicción sobre las actividades del usuario tendrán el impacto más directo en la mayoría de los usuarios. *Así, en última instancia las medidas de usuario determinarán la funcionalidad del régimen de ABS*.

[a] Aclaración/especificación de preguntas de cobertura

Para efectos de claridad legislativa y reguladora, las medidas obligatorias que aplican a los requisitos de ABS (e incentivos) deben estar basadas, en lo máximo posible, en factores concretos – específicamente, los tres conceptos y activadores descritos en el Capítulo 4 – *recursos genéticos, utilización de recursos genéticos, y beneficios derivados* de esa utilización. Por ejemplo, parece que no es posible la adopción de una lista de pasos prácticos para un análisis caso por caso a fin de determinar cuáles recursos son "recursos genéticos". Podría facilitar la completa exclusión de unas cuantas mercancías,[379] pero no ofrecería mucha ayuda para determinar si aplica la obligación de distribución de beneficios.

En general, a fin de hacer aplicables las medidas de usuario, será crucial desarrollar métodos objetivos para determinar

- si las acciones de una persona o entidad constituyen la "utilización de recursos genéticos," y

- cuáles resultados y efectos provisionales de esa utilización constituyen "beneficios derivados" de esa utilización, activando la obligación del lado del usuario de distribuir beneficios.

Como se discutió en las secciones 4.1.2 y 4.1.3, una de las maneras más efectivas de "concretar" estos dos conceptos es a través del uso de una serie de provisiones y otra legislación descriptiva. Por ejemplo, para determinar qué actividades constituyen la "utilización de recursos genéticos," la ley usualmente crearía dos componentes específicos:

(i) una descripción de los atributos de la "utilización de recursos genéticos" – describiendo indicadores o características observables que, de estar presentes, activan ese elemento de la ley que es la "utilización de recursos genéticos"; y

(ii) tanto una lista o un proceso para desarrollar una lista de actividades específicas o categorías de actividades que constituyen "utilización de recursos genéticos."

Un usuario que toma parte de una actividad listada debe tener el derecho de demostrar que sus actividades específicas no son de "utilización de recursos genéticos," basándose en los criterios descriptivos. El gobierno u otra persona que procura solicitar la distribución de beneficios pueden intentar aplicar la ley a una actividad no enlistada, basándose en esos mismos criterios. Un enfoque similar puede ser usado para identificar los "beneficios derivados" de tal utilización, y para especificar cuándo ha "surgido" un beneficio.

[b] ¿Cómo funcionan los "activadores" en la práctica?

En este punto es importante comparar la diferencia entre los activadores legislativos y las prácticas de acceso y distribución de beneficios. Actualmente, todavía se espera que la distribución de beneficios en general ocurra por medio del contrato de ABS entre usuario y país de procedencia, ya sea directamente o en forma derivada a través de otro proveedor. Hasta la fecha, muchos contratos de ABS no están disponibles para su revisión, sin embargo algunos se han vuelto públicos, total o parcialmente. Estos acuerdos generalmente tienen en común una serie de factores, incluso el hecho de que algunos o todos los pagos fueron hechos antes

[379] Por ejemplo, el aceite vegetal purificado no contiene ADN ni ARN. (Seizo Sumida, comunicación personal.) Si el régimen de ABS determinara que "recursos genéticos" significa "ADN o ARN o cualquier espécimen o parte que contenga ADN o ARN," entonces esa definición excluiría el aceite vegetal procesado, y posiblemente otros productos.

de que surja algún beneficio real.[380] En ciertos casos, los pagos iniciales son denominados pagos "de acceso" (cargos cobrados por recolectar los especímenes, etc.), pero en otros han sido designados como "pagos por acontecimientos o hitos" o "pagos a cuenta." Las Directrices de Bonn reconocen esta práctica, advirtiendo que el momento para hacer los pagos es un asunto que debe ser convenido entre las Partes,[381] y que

> *los beneficios a corto, mediano y largo plazo deben ser considerados; como por ejemplo, pagos por adelantado, pagos por acontecimientos y regalías. Definitivamente debe ser estipulado el margen de tiempo para la distribución de beneficios. Más aún, el balance entre beneficios a corto, mediano y largo plazo se debe considerar caso por caso.*[382]

Con respecto a los beneficios, las Directrices se centran en el tipo de bienes que pueden ser transferidos al país bajo la obligación de distribución de beneficios, más que en los "beneficios derivados" particulares que provienen de la utilización de recursos genéticos.

Así, los "activadores" legislativos no les dicen a los usuarios lo que ellos deben dar en la distribución de beneficios ni cuándo lo deben dar. Un usuario con un contrato de ABS simplemente debe cumplir con ese acuerdo. En cambio, los activadotes están diseñados para crear un punto específico en el cual el deber de los usuarios sea legalmente claro y aplicable. Cuando un usuario haya topado con ambos activadores – al utilizar recursos genéticos y recibir uno o más beneficios derivados de esa utilización – entonces el país usuario será capaz de y obligado a determinar si ese usuario ha cumplido con el ABS. Antes de ambos activadores, la obligación de un usuario todavía es incipiente – es decir, aún no hay una base de no contrato para alegar que él ha violado sus responsabilidades de ABS.

Además de identificar los activadores específicos, la legislación de usuario tendrá que señalar los pasos específicos que se deben seguir. Por ejemplo, algunos países pueden desear generar una lista de "usuarios de recursos genéticos," al pedirle a algún usuario que presente un aviso en el momento del primer activador – es decir, siempre que el usuario inicie una "actividad de utilización de recursos genéticos." Este enfoque puede ser útil, ya que podría dar pie a que los usuarios se den cuenta de que deben cumplir con sus responsabilidades de ABS en una etapa más temprana de sus actividades. También permite un rango más amplio de supervisión, puesto que el gobierno tendrá una base para confirmar que una persona o entidad está cumpliendo con estos requisitos en una fase más temprana.

No obstante, otros países, pueden preferir minimizar el mantenimiento de registros – requiriendo prueba de cumplimiento únicamente después de que hayan ocurrido ambos activadores. Para aplicar los activadores en esta forma, el gobierno puede solicitar que

> *dentro del período de XX días después de que el usuario reciba algún beneficio derivado de la utilización de recursos genéticos, él debe presentar (o ser capaz de presentar) documentación apropiada que demuestre que él ha cumplido con las obligaciones nacionales de distribución de beneficios del país de procedencia.*

Esta provisión no exime al usuario del deber de hacer pagos previos, si es requerido bajo el contrato de ABS, sólo ofrece un punto claro en el cual el país usuario puede generalmente confirmar el cumplimiento. En ese punto, un usuario que cumple con un contrato de ABS solamente debe presentar documentación relacionada con ese cumplimiento; no obstante, un usuario sin tal acuerdo tendrá que cumplir con las medidas de usuario que rigen su obligación de distribución de beneficios.

[c] ¿Qué se necesita? Un enfoque de categorías

Uno de los aspectos más difíciles del requisito de distribución de beneficios es la determinación de qué pagos específicos, formas de pago, participaciones, etc., son aplicables a actividades y usuarios particulares. Estos asuntos usualmente se resuelven cuando el usuario ha negociado un contrato de ABS que aborda especí-

[380] *Ver* Cabrera y López, 2007, y Rosenthal, *et al.*, como se cita en el pie de página 279.

[381] Directrices de Bonn, en §45.

[382] *Id.*, en §47.

ficamente la distribución de beneficios. Las únicas preguntas abiertas podrían surgir cuando se le acusa al usuario de no divulgar información completa o de involucrarse de algún modo en prácticas comerciales o contractuales injustas. Si ambos lados del contrato de ABS mutuamente se ponen de acuerdo en términos de distribución de beneficios justos y no coaccionados, entonces el cumplimiento de estos términos también debe satisfacer las medidas del país usuario.

No obstante, en caso de que no exista un acuerdo, surge una pregunta diferente –¿qué requisitos de distribución de beneficios deben ser impuestos por el país usuario, y cómo deben ser distribuidos esos beneficios? Una forma de resolver esta cuestión se relaciona con la aplicación del enfoque de "listado" o "categorías" de "utilización de recursos genéticos," descrito en [b]. Puede haber actividades en las cuales pareciera que la actividad misma distribuye beneficios sin necesidad posterior de imponer obligaciones sobre el usuario. Esto podría pasar si, por ejemplo, el beneficio está disponible universalmente sin costo alguno. Otras actividades que requieren usos más convencionales de recursos genéticos (desarrollo de variedades vegetales, además de organismos vivos modificados, por ejemplo) pueden involucrar un grado más bajo de distribución de beneficios (posiblemente bajo el TIRFAA). Se puede desarrollar más bien un acercamiento "escalado" comprensivo a la distribución de beneficios, bajo el cual algunas actividades están sujetas a menos requisitos y otros a mayores requisitos, según el alcance al cual la contribución de los recursos genéticos es compensada en otras formas y la naturaleza de la actividad involucrada.

La escala de distribución de beneficios a medida que se desarrolle, en última instancia puede servir como base para incrementar la transparencia de las negociaciones de distribución de beneficios, abordando uno de los problemas que se citan con mayor frecuencia tanto por países de procedencia como usuarios: el hecho de que las partes carezcan de un entendimiento común sobre las cantidades de dinero involucradas en la distribución razonable de beneficios. Un sistema de categorías puede ser un proceso focal el cual encuentra una forma de valorar varios elementos descritos en el Capítulo 5:

- el valor de los recursos genéticos;
- el valor de los beneficios para los usuarios que surgen del uso de recursos genéticos;
- la "contribución" que los recursos genéticos aportan al producto o a otros beneficios derivados;
- el valor de los beneficios a ser distribuidos;
- la parte o porción de beneficios que el país de procedencia debe recibir; y
- el valor o la equivalencia de las clases de beneficios pagados al país de procedencia con la parte de beneficios derivados correspondiente al país de procedencia.

[d] Beneficios no comerciales

Un área de interés particular se relaciona con la distribución de beneficios no comerciales – especialmente los resultados de investigación y los hallazgos preliminares. Un problema que ha sido confrontado por algunos análisis innovadores en años recientes es la interrogante de determinar cuándo y cómo se deben distribuir los beneficios no comerciales.[383] Hay argumentos muy fuertes y convincentes que sugieren que estos beneficios no pueden ser "distribuidos" bajo enfoques económicos convencionales, dado que la distribución de datos preliminares es una propuesta de "todo o nada." Uno recibe la información o no lo hace. Usualmente no es posible repartir datos, ya que (i) extractos aleatorios de los datos carecen de valor, y (ii) para aceptar que una "parte justa y equitativa" de los datos es suministrada, alguien tiene que revisar todos los datos. Además, es difícil saber en qué momento los resultados de investigación dejan de ser preliminares y se convierten en un "beneficio derivado" de la utilización de recursos genéticos.

En sectores comerciales altamente competitivos de investigación y desarrollo, a menudo hay un fuerte interés en proteger todo tipo de información. Algunos investigadores y bioprospectores legítimamente temen que otros puedan apropiarse de sus descubrimientos, si aquellos otros son capaces de encontrar simples datos

[383] Fernández Ugalde, 2005.

no científicos, como por ejemplo cuáles especies están siendo estudiadas, dónde se está llevando a cabo la bioprospección, etc.

En esta atmósfera de rivalidad y la consecuente confidencialidad, los requisitos para distribuir los datos preliminares, incluyendo la identificación taxonómica de las especies o variedades recolectadas o la provisión de muestras de referencia (a veces requeridas por ley en el país de procedencia[384]), pueden plantear problemas de confidencialidad para el usuario. Esto es particularmente cierto en algunos países en vías de desarrollo, donde los controles sobre la información almacenada por el gobierno pueden a veces ser menos fiables. Incluso cuando las leyes del país requieren que el gobierno guarde cierta información confidencial, los ministerios ambientales o de vida silvestre que son responsables de la supervisión del ABS pueden no estar entrenados o equipados de manera tal que se asegure el cumplimiento de esos requisitos. Aun dando muestras duplicadas a la agencia podría tener este efecto, si por ejemplo la entidad las vende después a otro usuario.

Es posible que las medidas de usuario puedan tratar algunos de estos asuntos. Una opción podría estar basada en la cooperación nacional. Si el país *usuario* tiene leyes efectivas y de protección que rigen sobre secretos industriales,[385] puede servir como el portador de información comercial. Un investigador cuyas actividades utilizan recursos genéticos puede declarar información relevante sobre la especie, origen específico, investigación particular, etc., en una notificación al *país usuario* en el momento en que ocurre el primer activador (ver [b], más arriba). El país de procedencia puede obtener certeza con respecto a sus derechos en estos beneficios al saber que el usuario está bajo vigilancia del gobierno, mientras que el usuario puede tener un mayor nivel de confianza en la protección de sus secretos industriales, si él confía en la protección gubernamental del secreto industrial que da el país donde están guardados tales secretos.

No obstante, una preocupación más reciente ha surgido en relación con los investigadores cuya única meta es la publicación de la información y los resultados de investigación. Como se mencionó anteriormente, si esos resultados permiten a otros usuarios desarrollar productos comerciales a partir de información genética, entonces la decisión de publicar y el momento en que se vaya a producir la publicación pueden ser de interés para los países usuarios.[386] En este caso, un país usuario que mantiene una lista de usuarios de recursos genéticos de origen extranjero puede ser capaz de interceder entre investigador y país de procedencia, para asegurarse de que no ocurran situaciones similares, que incrementan aún más el deseo de los países de procedencia de controlar, limitar o de otra manera reducir la investigación biológica.

[e] Transparencia

El hecho de que muchos contratos y negociaciones de ABS no son transparentes representa un serio impedimento para las numerosas exigencias de agilizar y estandarizar el proceso de ABS. Este hecho surge de las muy diferentes perspectivas que tienen las partes sobre tal acuerdo. Para el usuario, la negociación de ABS es una negociación comercial – algo que es confidencial entre las partes involucradas en el acuerdo en la mayoría de situaciones similares. Sin embargo, para muchos países de procedencia, es un acuerdo para transferir un bien o recurso nacional. La mayoría de los países requieren que los funcionarios de gobierno actúen con mucha transparencia en dichas negociaciones, tanto para proteger al funcionario de demandas posteriores por conducta impropia o con intereses propios, como para permitir que la sociedad civil sirva de organismo de control.

---

384 *Ver*, BUTÁN: Ley de Biodiversidad, Artículo 9.b "Autoridad Competente, a través de la Agencia Autorizada, puede otorgar el acceso si…[*inter alia*]… El solicitante acepta depositar en la Agencia Autorizada duplicados de cada muestra recolectada y la información asociada sobre sitios de recolección de materiales recolectados de campos agrícolas o áreas boscosas del gobierno.

385 Las leyes de "secreto industrial" generalmente estipulan que, en caso de que uno necesite revelar información confidencial al gobierno, esa información puede ser marcada como un "secreto industrial" y el gobierno debe garantizar que la información así presentada no se haga accesible a nadie, ya sea directa o indirectamente. Estas provisiones son comunes en las leyes de DPI, pero también aparecen en casi todas las leyes bajo las cuales una operación comercial o industrial requiere presentar información técnica detallada (leyes de suministro de información, solicitudes de permisos, etc.).

386 Mgbeoji, 2006.

El problema de "expectativas poco realistas" no puede ser abordado cuando las partes no pueden obtener información clave sobre los costos y valor de propiedades similares. Es fácil observar el valor de los registros públicos de transacciones de bienes raíces, la cotización diaria de la bolsa de valores y otros sistemas caracterizados por su transparencia, garantizando que las negociaciones están basadas en conocimiento y expectativas razonables. Es posible que el país usuario pueda ofrecer una opción intermedia en este sentido. Pueden convenir en mantener estadísticas "ciegas" (verificadas por las partes, pero de otra manera reportadas en forma anónima) con respecto a los contratos de ABS que involucran a usuarios en su país.

[f] Distribución de beneficios sin un contrato de ABS

Para la legislación del lado del usuario es crucial evitar la creación de un "vacío" en relación con los usuarios que no tienen contratos de ABS o no divulgan la fuente de los recursos que usan. Al parecer, hay una variedad de opciones; algunas de ellas o todas pueden ser combinadas en la legislación.

Petición de negociación post facto *de contratos de ABS:*
En este caso, cuando se conoce cuál es el país de procedencia, pero el usuario ha fallado en obtener un contrato de ABS, puede ser apropiado simplemente darle al usuario un tiempo especificado para cumplir con las leyes del país de procedencia – es decir, que lleve a cabo procedimientos de PIC y MAT, y que cumpla con cualesquiera provisiones de distribución de beneficios como sea necesario. Después de un "éxito," las expectativas de un país de procedencia pueden ser exageradas por aportes de diversas fuentes de información. Esto podría ser un incentivo para que los usuarios consigan acuerdos en una etapa temprana.

Negociación intergubernamental de contratos de ABS:
Otra opción, la cual puede ser usada sola o en conjunto con la primera opción (aplicada en caso de que la primera opción no sea posible o si el usuario no cumple dentro de un tiempo especificado), sería exigir al país usuario que informe al país fuente directamente, después de que los dos países puedan determinar juntos las responsabilidades de distribución de beneficios que deben ser impuestas sobre el usuario.

Dependiendo de cómo se formule esta opción, la intervención del gobierno podría llevar a una solución más apropiada que la que puede obtener el usuario por sí solo. De ser así, sería útil imponer condiciones al usuario que, de ser satisfechas, pueden facultar al usuario la búsqueda de asistencia gubernamental con las negociaciones.[387]

Donde no se conoce o no se revela cuál es el país de procedencia:
Para la legislación del lado del usuario, la mayor dificultad surge donde el país de procedencia no se conoce o el usuario no lo revela. En esas situaciones, sería difícil para el país usuario imponer una obligación de distribución de beneficios. Es posible que no se pueda determinar el país que es fuente de una muestra particular a través del análisis científico, incluso si dentro del país hay técnicos y equipo relevante.[388] Legislativamente, parecería esencial proveer un mecanismo para la distribución de beneficios en estos casos. Pareciera que cualquier enfoque práctico para abordar esta situación necesita dos elementos:

- un mecanismo para una distribución de beneficios menos directa, tal como la creación de un fondo fiduciario usado para ayudar a países en vías de desarrollo, o un proceso obligatorio bajo el cual el

[387] Una versión de este enfoque se encuentra en JAPÓN: *Guidelines for Access to Genetic Resources for Users in Japan*, bajo estas directrices los usuarios pueden acudir al gobierno en busca de ayuda en las negociaciones y procesos de ABS en los países de procedencia, siempre que los usuarios hayan cumplido con dichas directrices.

[388] Leif Christoffersen, Diversa Corporation, comunicación personal, 7 de mayo de 2005. En Ruiz y Lapeña, 2007, Capítulo 5 hay más discusión sobre el potencial legal de la tecnología moderna para identificar las especies que son fuente de ciertos recursos genéticos. En todos los casos, la identificación no distingue el país de procedencia a menos que ya se sepa que es una especie endémica con un rango de distribución estrecho encontrada sólo en un país particular. Además, cada uso de esta clase de proceso analítico puede ser muy caro. Puede ser difícil usar estos procesos como herramienta principal de ejecución/supervisión – es decir, para la determinación general de que la especie en cuestión no tiene su origen en el país usuario, pero puede ser posible exigirle al usuario que lleve a cabo dicho análisis, en caso de que no se conozca el país de procedencia o no se divulgue la información.

usuario brinda tal asistencia directamente a uno o más países en vías de desarrollo; y

- una(s) fórmula(s) legislativa(s) para determinar el monto apropiado y la forma de pago de la distribución de beneficios.

Aunque la creación de un fondo fiduciario es una tarea relativamente manejable,[389] el elemento de valoración, como se discutió en el Capítulo 5, es una medida legislativa muy difícil. Hasta la fecha, se ha hecho poco esfuerza para abordar los asuntos de valoración económica más relevantes para el desarrollo legislativo.[390]

[g] Confirmación de los datos suministrados por el usuario

El último reto legislativo a ser considerado en esta sección es la confirmación de datos. Para que un marco legislativo sea efectivo, es esencial ofrecer algún mecanismo para asegurarse de que las notificaciones, la documentación y los reportes estén completos y correctos. La experiencia reciente con la implementación de CITES ha demostrado cuán fácil es manipular informes, declaraciones, notificaciones y documentación en relación con el origen de las especies y otros factores.[391] Aunque estos infractores constituyen sólo un pequeño porcentaje de las personas que importan y exportan especies de CITES, ellos suponen un enorme volumen de tráfico ilegal de partes y especímenes controlados.

En la implementación del ABS, las oportunidades para tales abusos y la dificultad (casi imposibilidad) de confirmar la validez de las declaraciones hechas constituyen problemas serios para la elaboración de medidas de proveedor y de usuario. Aunque es posible que la mayoría de los usuarios cumpla honestamente con sus obligaciones de hacer informes, la falla al proveer mecanismos de confirmación es una manera en que la legislación nacional podría crear un incentivo perverso, animando a los inescrupulosos a encontrar las formas de manipular el sistema, debido especialmente al valor potencial de los recursos genéticos.[392]

En algunos casos, los encargados de elaborar políticas y quienes participan en las negociaciones internacionales rápidamente sugieren que la supervisión del ABS puede ser añadida a las responsabilidades de otras instituciones (dos de las más mencionadas con frecuencia son aduanas y oficinas de patentes). No obstante, tomar un rol evaluador importante en la verificación del cumplimiento de ABS probablemente no esté dentro de las calificaciones de los funcionarios en otras instituciones que operan bajo diferentes obligaciones, debido a la naturaleza especializada y técnica de muchas demandas, documentos, notificaciones e informes de ABS.

---

[389] *Ver*, por ejemplo, Burhenne *et al.*, 2003, *International Issues in the Governance of Protected Areas* en el Capítulo 3 ("Fondos Internacionales, 'Asociaciones' y otros Mecanismos para Financiar Áreas Protegidas"). Los problemas normales enfrentados por los fondos fiduciarios son (i) encontrar fuentes para los fondos (no es un problema para este tipo particular de fondo); y (ii) garantizar que los fondos implicados están protegidos de ser reasignados para otros propósitos (por lo general no es una dificultad en países desarrollados).

[390] Un estudio noruego efectuado por Romstad y Stokstad, 2005, discute la valoración de recursos genéticos pero se enfoca sólo en los recursos genéticos como información para la biotecnología más que en observar las contribuciones sociales y biológicas hechas por los recursos genéticos *in-situ*. Su revisión de literatura concluye que, debido a la falta de escenarios alternativos, "el estimado del valor de la mayoría de estudios aplicados hasta la fecha es cuestionable" en página 24.

[391] Estos temas fueron discutidos detalladamente en el *Expert Workshop for EU-CITES Authorities on EC Legislation on Wildlife Trade – Experiences, Challenges and Future Perspectives* (14-17 de noviembre de 2006, Vilm, Alemania). Se encontraron contrabandistas y otros infractores que manipularon permisos de CITES de exportación e importación, ya sea listando la especie errónea, duplicando el permiso para "partes de especies" y usándolo para justificar reexportaciones y ventas de un número de especímenes muy por encima de la cantidad original importada, etc.

[392] En años recientes, muchos entes criminales que anteriormente se habían enfocado en drogas y otros sectores criminales han volcado su atención a crímenes tales como comercio ilegal de vida silvestre, ya que las sanciones y el nivel de ejecución y procesos judiciales es significativamente menor en estos sectores. Anton *et al.*, 2002.

6.5 Propuestas de medidas y herramientas de ABS aceptadas internacionalmente

En años recientes, los problemas de poner en práctica el ABS han sido considerados por diversos expertos, así como por instituciones nacionales y regionales, y las discusiones internacionales bajo el CDB. La preocupación sobre los diversos vacíos en el sistema de ABS han conducido a una variedad de propuestas para herramientas o medidas individuales diseñadas para enfrentar tales vacíos. Aunque ninguna de estas herramientas sustituiría las medidas de usuario, pueden ser útiles, una vez que la mayoría de los países hayan abordado sus responsabilidades nacionales básicas.

La siguiente discusión considera cinco tipos de medidas que han sido propuestas o sugeridas de manera formal o informal. Las primeras medidas están enfocadas en el problema de comunicación internacional entre el país usuario y el país de procedencia. Este es un elemento crítico del sistema de ABS, pero también un asunto que a menudo es difícil de abordar en la práctica.[393]

En la discusión actual, el problema del flujo de información transfronteriza está tratado de diferentes formas, según la dirección en que esté fluyendo la información:

- "Certificados de Origen/Fuente/Procedencia Legal" – propuestas designadas a suministrar información del país de procedencia al país usuario; y

- "Divulgación del origen" por ejemplo en solicitudes de patentes – para proporcionar información del país usuario al país de procedencia.

Las otras tres propuestas discutidas aquí se relacionan con los problemas sustanciales de identificar los países de procedencia y determinar cómo se debe llevar a cabo la distribución de beneficios. Estas propuestas incluyen:

- "Internacionalización" de la distribución de beneficios mediante el uso de fondos centrales y otras herramientas;

- Desarrollo de provisiones "estándar" o "mínimas" aplicables a países que no han adoptado "legislación de ABS" formal; y

- Creación de un "contrato estándar" para regular las negociaciones de ABS.

6.5.1 Validación del país de procedencia: propuestas de certificado

Actualmente se está discutiendo la idea de crear un "certificado de origen, fuente o procedencia legal convenido internacionalmente" (al cual algunos le añaden "cumplimiento").[394] Puede ser obvio, incluso por el título, que esta discusión es un poco prematura, ya que los negociadores principales no saben qué elemento (origen, fuente, procedencia legal o cumplimiento) debe ser certificado. Las diversas propuestas de certificado contienen conceptos muy distintos. En cuanto a cada pieza de información incluida en el certificado, uno debe preguntarse: *"¿Cuál entidad o persona es capaz de certificar este hecho?"*

Por ejemplo, como se indica en el apartado 2.4, los términos "fuente," "origen" y "proveedor" aún no están claramente definidos en las discusiones del CDB. Es totalmente posible que, para un recurso genético particular, el país de procedencia, el país de origen y el país proveedor sean tres países diferentes. Un espécimen puede ser nativo de (se puede encontrar en condiciones *in-situ* en) diferentes países, puede haberse recolectado originalmente en la naturaleza por un investigador, colección *ex-situ* u otra persona que extrajo los recursos de uno de estos lugares y se los llevó a su país natal. Desde el país de ese investigador,

[393] La mayoría de los países, por ejemplo, no autorizan a los funcionarios de gobierno que están por debajo de los rangos más altos interaccionar con funcionarios de gobierno de otros países, a menos que hayan límites y controles claros sobre esa interacción.

[394] *Ver* el mandato original para el trabajo sobre este asunto en PNUMA/CDB/CDP/7/21 VII/19 E (petición) 7, página 304: "Se le solicita al Grupo Ad Hoc… " PNUMA/CDB/CDP/7/21 VII 19 D.

pudo haber sido vendido o transferido a un usuario (directamente o a través de otras transacciones intermediarias). En este ejemplo, es cuestionable si una sola persona, comunidad o entidad que concede el ABS puede certificar la "procedencia legal" de los recursos.

Esa persona tampoco puede validar la "procedencia legal" de los especímenes, ni el "cumplimiento", por parte del usuario o recolector, de las leyes de ABS del país de procedencia, de origen o proveedor). De manera similar, el "cumplimiento" es un proceso continuo en el ABS, puesto que el usuario no sólo debe obtener CIP y TMA, sino también continuar cumpliendo con ellos a través de un largo período de acceso y utilización de los recursos.

Por lo tanto, el contexto, propósito y uso del certificado debe conocerse de antemano, antes de que se pueda crear un certificado. Si se requiere el "certificado de *fuente*" (cuando una ley exige al usuario verificar la fuente del material), será entonces necesario adoptar estándares para determinar el país de procedencia – incluso para documentar la ruta que sigue un recurso particular hasta llegar a las manos del usuario. En algunos casos, también puede ser necesario determinar la fuente muy específicamente, cuando, por ejemplo, se reclame que el material fue recolectado en tierras indígenas, las cuales están sujetas a tratamiento especial bajo las leyes nacionales.

Si se requiere un "certificado de *origen*", se necesitarán estándares y mecanismos para hacer esta determinación taxonómica/geográfica más amplia (posiblemente a través de la búsqueda integrada en todos los inventarios nacionales de biodiversidad). Debido a que para la mayoría de las especies podrían tener muchos países de origen, puede ser necesario incluir algún mecanismo de corte a fin de que el proceso de búsqueda sea razonable.

Las certificaciones de "*procedencia legal*," "*cumplimiento*" también son problemáticas desde una perspectiva práctica. Aquí la dificultad principal es la necesidad de que tal certificado sea "vinculante" de alguna manera. El certificado será usado por un comprador o una entidad como prueba, pero la pregunta es "¿prueba de qué? La "procedencia legal" a menudo es tomada como prueba de que el usuario ha cumplido con los requisitos iniciales relacionados con CIP y TMA antes del acceso o utilización de los recursos. Normalmente, para evitar abusos legales, la entidad que emitió el contrato o permiso de ABS no estaría autorizada para certificar la procedencia legal. Por lo tanto, un certificado de "procedencia legal" normalmente se emitiría o validaría a través de una entidad u oficina diferente o por medio del Fiscal General, a fin de garantizar que los procesos gubernamentales se lleven a cabo de manera legal e imparcial.

De manera similar, en un certificado de "cumplimiento" básicamente uno puede certificar que el recurso genético está siendo utilizado con permiso, o que el usuario ha cumplido con obligaciones relevantes, etc. Sin embargo, si este es el objetivo, por lo general el gobierno del país de procedencia únicamente puede emitir tal certificado para un solo punto en el tiempo. En esencia, el certificado dice "A la fecha mostrada abajo, el funcionario que firma este certificado puede atestiguar, a su leal saber y entender, que XX." Un año (o mes o semana) después, las declaraciones hechas en el certificado pueden dejar de ser ciertas, o el funcionario pudo haber descubierto alguna condición o violación que invalida el certificado. Las únicas soluciones a este problema parecen ser:

(i) crear un certificado que sea completamente vinculante en el país (para que las declaraciones en el certificado no puedan ser anuladas en caso de desconocimiento por parte del oficial, o si se dan cambios o descubrimientos posteriores); o

(ii) ligar el certificado a un punto específico en el tiempo solamente, y crear un sistema que transfiera responsabilidades al país de procedencia junto con la transferencia de los recursos.

Se han sugerido otras clases de demandas de certificados, entre las que destacan certificados relacionados con el transporte de recursos genéticos más allá de las fronteras nacionales. Todos estos deben hacer frente a las cuestiones de verificación y otros problemas de implementación, una vez que hayan sido diseñados y acordados (ver 6.4.4.3[e]–[g]). No obstante, antes de que eso pueda pasar, es necesario determinar cuál es la función específica que pretende desempeñar ese certificado en el sistema de ABS, y asegurar que una

persona que no consiga el certificado podrá sufrir consecuencias legales.[395]

El desarrollo de certificados y otros mecanismos para mejorar el flujo de información transfronteriza con respecto al cumplimiento del ABS puede ser sumamente útil en muchos contextos de ABS. No obstante, hasta que las necesidades contextuales sean desarrolladas en forma suficiente, probablemente es poco provechoso implicarse en discusiones más detalladas sobre los mecanismos que necesitan ser creados para abordarlas.

6.5.2 Comunicación de información pertinente al usuario a los países de procedencia – divulgación del origen

La discusión actual sobre ABS ha generado un problema conceptual con su estructura ya que, éste requiere que los países de procedencia y proveedores lleven a cabo la mayor parte de la puesta en práctica del ABS. Esta carga puede afectar la posibilidad de aplicación. No obstante, si los países de procedencia van a ejercer sus derechos, deben tener información detallada respecto a la utilización de recursos genéticos por parte de usuarios que operan en otros países. Como se menciona en la sección 6.4.4.3[e], la falta de acceso del país de procedencia a dicha información (además de informes no verificados hechos por usuarios que tienen contratos de ABS) representa un gran obstáculo para la funcionalidad del ABS tal como se concibe actualmente. Con el tiempo, se ha reconocido que se necesita de otro mecanismo para suministrar información sobre usuarios que están generando beneficios mediante la utilización de recursos genéticos. Hasta ahora, las únicas leyes o propuestas que abordan esta inquietud se relacionan con la "divulgación del origen." Las medidas de divulgación de este tipo han sido adoptadas como leyes en tres países europeos.[396] En foros sobre CDB y DPI se han hecho públicas ciertas propuestas para la divulgación obligatoria.[397]

Bajo la propuesta de divulgación obligatoria, los solicitantes de patentes cuya innovación fue creada utilizando recursos genéticos tendrían que divulgar la información sobre la fuente, proveedor y/o procedencia legal de esos recursos genéticos en su solicitud de patente. Sin hacer comentarios sobre el proceso político o varios argumentos técnicos en contra de tal requisito,[398] notamos que a la fecha se ha dado poca atención a las interrogantes de mayor importancia en este libro – cómo funcionarán las divulgaciones, y qué impacto pueden tener ellas sobre la consecución del objetivo de distribución justa y equitativa de beneficios.

La efectividad potencial de las propuestas de divulgación para la distribución justa y equitativa de beneficios es debatible, en el mejor de los casos.[399] Muchos expertos han notado que el trabajo de los funcionarios que procesan las solicitudes de patente ya de por sí es difícil y ocupa mucho tiempo. Algunos han advertido sobre los costos adicionales para el sistema de patentes, el cual es totalmente aparte de los ministerios ambientales y de conservación y consigue su financiamiento en el sector privado, y como tal tendrá

---

395 Tvedt, 2006.

396 Nota de la Secretaría Ejecutiva, 2004: "Analysis of Measures to Ensure Compliance with Prior Informed Consent of the Contracting Party Providing Genetic Resources and Mutually Agreed Terms on which Access Was Granted, and of Other Approaches, Including an International Certificate Of Origin/Source/Legal Provenance," PNUMA/CDB/GT-ABS/3/5, sección II, D. Las presentaciones de Dinamarca, Noruega y Suecia abordan este tema. Las presentaciones completas se encuentran en "Submission to the CBD, in preparation for the third meeting of the CBD Ad hoc Working Group on ABS," reproducidas como PNUMA/CDB/GT-ABS/INF/3/1.

397 Se han hecho públicas las propuestas antes del Consejo de los ADPIC de la OMC (ver la propuesta de la UE documento IP/C/W/383); las reuniones de la OMPI sobre el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (ver la propuesta suiza, documento de la OMPI PCT/R/WG/4/13); y el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimiento Tradicional y Folklore de la OMPI. Sin embargo, hasta el momento esto no ha sido sugerido en el Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes para el borrador del Tratado sobre el Derecho Sustantivo de Patentes. Tal solución al reto de distribución de beneficios fue sugerido por Hendrickx, Koester y Prip en 1993.

398 Un análisis excelente y detallado sobre las propuestas de "divulgación obligatorias", en términos de su impacto sobre la ley de patentes, se encuentra en la respuesta que hace la OMPI al CDB, actualmente en forma provisional como Anexo al documento de la OMPI WO/GA/32/8. Estos asuntos también han sido parte importante de las discusiones del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimiento Tradicional y Folklore.

399 Tvedt, 2007.

un incentivo institucional muy débil (en el mejor de los casos) para implementar este requisito.[400] También se ha indicado que el propósito de la divulgación de ABS no está relacionado con el mejoramiento de la patente. Las pocas propuestas de divulgación obligatoria que existen generalmente afirman que la falsa divulgación u otra violación de este requisito no darán como resultado el rechazo o revocación de la patente.[401] En Noruega, el fracaso en la consecución del requisito de ABS de divulgación se considera como un crimen que puede ser castigado mediante multas y encarcelamiento… pero la patente seguirá siendo válida, y la posibilidad de que se impongan esas multas es relativamente limitada. No es nada fácil condenar a una persona que es culpable de no suministrar tal información.[402]

Más aún, a menos que estas divulgaciones estén verificadas de alguna manera, parecería improbable que ofrezcan algún valor que no haya sido ya suministrado por la legislación nacional de ABS en los países de procedencia. Aquellos que sienten que no necesitan cumplir con el ABS del país usuario – porque, por ejemplo, asumen que los recursos no están sujetos a requisitos de ABS – probablemente tampoco sentirán que necesitan cumplir con el requisito de divulgación de la patente.

6.5.3 Mecanismos "internacionalizados" para la distribución de beneficios

Se han propuesto sugerencias para enfrentar el problema de la identificación del país de procedencia o país de origen, en casos en los que la fuente verdadera es desconocida, olvidada o no revelada. Las siguientes secciones discuten propuestas para la "internacionalización" como forma de simplificar el asunto.

6.5.3.1 Fondo internacional y "pagos estándar" o sistema de impuestos

Una opción, la cual primero fue sugerida en las negociaciones del CDB,[403] es la creación de un sistema internacional bajo el cual los beneficios, en forma de pagos estándar, serían recaudados de los usuarios sin hacer alusión a usos específicos o recursos específicos. En este sistema, los "usuarios" serían definidos por categoría de operación (por ejemplo, compañías farmacéuticas, empresas de semillas, etc.) y a todas las personas y entidades dentro de esas categorías se les cobraría. Dichos beneficios serían pagados en un fondo internacional y usados para actividades particulares diseñados para promover la conservación, el uso sostenible y el sustento de comunidades rurales y pueblos indígenas.

Una variante de este enfoque sería crear un sistema en el que los beneficios del uso de una especie particular serían distribuidos entre todos los países que constituyen "países de origen" para esa especie, bajo la definición del CDB.[404] Aunque actualmente los aspectos técnicos y tecnológicos de este enfoque son algo prohibitivos, éste resalta el problema planteado al tener múltiples países de "origen" para cada especie.

La opción del "fondo", aunque por lo general es preferido por expertos legales y aquellos encargados de la implementación del ABS, no tuvo aceptación general en las negociaciones. Eventualmente fue descartada, pues se le dio preferencia al modelo en el cual cada país por aparte controla todos los recursos genéticos encontrados dentro de sus límites jurisdiccionales a

---

400 Aunque los costos adicionales se incrementarán sin duda, la pregunta del costo del sistema debe ser un equilibrio entre costo y beneficio – ¿qué valor adicional para la estructura del ABS se obtendrá de los costos institucionales adicionales? También será necesario determinar cómo estos costos serán distribuidos entre los sectores gubernamentales, y asumidos por las agencias y los individuos más apropiados. Todos estos asuntos son claramente importantes. Desafortunadamente, mucho de la discusión sobre este tema ha sido sujeto de menosprecio, y algunos de los comentarios más ampliamente difundidos sobre los costos de un sistema de divulgación han sido altamente controversiales, pero fácilmente desdeñados porque al parecer estaban basados en datos insuficientes y escaso conocimiento de la legislación sobre ABS y DPI. Wolfe y Zycher, 2005. Este documento se hizo circular muy ampliamente en varios idiomas antes del CDB OSACT-11.

401 *Ver* por ejemplo Directiva sobre Patentes Biotecnológicas de la CE, EC/98/44 (preámbulo).

402 Tvedt, 2007.

403 Glowka *et al.*, 1994, introducción.

404 *Ver*, Vogel, 2007. Este enfoque estaría basado en el "inventario de especies" – un requisito primario del CDB (Artículo 7) en cual ha sido tratado de forma incompleta en muchos países.

través de una combinación de legislación nacional y contratos privados. En los 15 años subsiguientes, sin embargo, el fracaso del ABS para desarrollarse en una herramienta exitosa de pago de beneficios a países individuales ha sido reconocido como un problema de diseño de sistemas. Como se indicó en el apartado 6.4.4.3[f], se puede necesitar cierta clase de "fondo" u otro mecanismo de beneficios más general para aplicar el ABS a los usuarios que no saben o no van a divulgar la fuente del material genético que usan. Es posible desarrollar este mecanismo a nivel internacional y/o ligar tal mecanismo a otros elementos del proceso de ABS. Asimismo hay quienes sienten que dicho fondo puede crear incentivos positivos para que las empresas participen en contratos regulares de ABS.

6.5.3.2 El Fondo bajo el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura

Una manera modificada, más específica de este enfoque ha sido adoptada en la forma del Sistema Multilateral (SM) y Fondo del TIRFAA. Su premisa básica es que las variedades agrícolas (en las colecciones internacionales y otros sitios) deben ser eximidas de procesos estándares de ABS porque los beneficios derivados de la utilización de estos recursos ya de por sí están distribuidos en el mundo a través del acceso irrestricto a las colecciones y a través del desarrollo de variedades y procesos que mejoran la seguridad alimentaria, lo cual beneficia a todos los países. En primera instancia, el SM sirve como un vehículo para maximizar el acceso a los recursos fitogenéticos listados. Además, por otro lado, el acceso provisto a través del SM es en sí mismo considerado como el principal beneficio del sistema.

El Tratado Internacional adoptó recientemente un "acuerdo de transferencia de material estándar" (ATM estándar) como el formulario de contrato que será usado en todas las transacciones del SM entre colecciones y usuarios.[405] Los usuarios del SM deben pagar una ganancia específica (actualmente establecido en el 1.1% de las utilidades del producto, con excepción de las ventas del producto como mercancía) en el mecanismo financiero del Tratado (se espera que sea un Fondo Fiduciario), la cual

> *debe fluir ante todo, directa o indirectamente, hacia los agricultores de todos los países, especialmente en los países en vías de desarrollo y los países con economías en transición, quienes conservan y utilizan en forma sostenible los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura.*[406]

No obstante, esta obligación no aplicará cuando "tal producto esté a disponibilidad de otros sin restricciones para posterior investigación y reproducción."[407]

Los Centros de Investigación Agrícola Internacional (CIAI) son el elemento más importante del sistema del TIRFAA, muchos de ellos incluyen grandes colecciones de germoplasma vegetal.[408] Estas colecciones ofrecen muchos apoyos funcionales a la operación del Tratado, incluso el hecho de que generalmente estaban usando un sistema estándar de acuerdos de transferencia de material y de mecanismo de supervisión internacional antes de que el Tratado entrara en vigor. Si el sistema del TIRFAA funciona efectivamente, ofrecerá diversos incentivos adicionales para que los países provean material a esas colecciones.

En el momento en que se escribe este documento, existe relativamente poca información acerca de cómo están operando el Tratado, el SM, el acuerdo de transferencia de material estándar y el Fondo, puesto que el sistema ha sido completado muy recientemente. Si se determina que es suficientemente útil, el TIRFAA puede ofrecer un enfoque útil que puede ser aplicado a otros recursos. La FAO ya está considerando la necesidad de desarrollar un mecanismo separado para "Recursos Zoogenéticos para la Alimentación y

---

405 Acuerdo de Transferencia de Material Estándar, adoptado en la primera reunión del Órgano Rector del TIRFAA, disponible en línea en http://www.fao.org/AG/cgrfa/itpgr.htm

406 TIRFAA, Artículo 13.3.

407 TIRFAA, Artículo 13.2(d)(ii).

408 Los CIAI están por lo general comprendidos y unificados bajo el Grupo Consultivo sobre Investigación Agrícola Internacional (GCIAI), *ver* http://www.cgiar.org/who/index.html

la Agricultura," pero ha reconocido que las prácticas de reproducción animal existentes tienen necesidades legales muy diferentes a aquellas de las plantas.

6.5.3.3 Colecciones especiales para el acceso y uso de recursos genéticos

Se ha sugerido otro enfoque internacional para varios tipos de instituciones de investigación. La forma más básica de este enfoque es encontrada en el Código de Conducta Internacional para la Regulación del Acceso y el Uso Sostenible de Microorganismos [MOSAICC, por sus siglas en inglés],[409] creado por un consorcio de colecciones de cultivos, sus usuarios, y autoridades gubernamentales, industriales y ambientales, dirigido a ofrecer buenas prácticas y rastreabilidad con respecto a este importante aspecto de la diversidad biológica. Aunque la puesta en práctica del MOSAICC es voluntaria, el público objetivo por lo general se muestra muy interesado en implementar este sistema, dado que se preocupa particularmente por preservar la investigación y las fuentes de especímenes.

6.5.4 Ventajas y desventajas de los contratos convencionales

En algunas discusiones se ha sugerido que las Partes deben considerar el desarrollo de un "contrato estándar" para ABS, siguiendo la iniciativa del TIRFAA y su recién adoptado ATM estándar. Dado que tal enfoque puede convertirse en una opción en algún momento, es útil considerar cómo sería adoptado y usado, antes de establecerlo como una meta actual.

Inicialmente, hay que considerar el principal obstáculo sistémico que tiene este enfoque – en el sistema actual de ABS, los contratos estándar pueden aplicar únicamente a situaciones de "acceso" en las que los usuarios recolectan recursos directamente en el país de procedencia. Por lo tanto, la adopción de un contrato estándar no eliminaría la necesidad de medidas de usuario y no resolvería el problema de falta de implementación en el país usuario.

Un aspecto de la creación de un acuerdo modelo es la necesidad de hacer que todas las partes se pongan de acuerdo con anticipación para usarlo. Esto constituye, en efecto, una prenegociación de al menos parte de todos los futuros contratos de ABS. Sin embargo, si se adopta en negociación internacional, el acuerdo sólo *comprometería* a los países de procedencia – los cuales constituyen menos de la mitad de los futuros participantes de contratos de ABS. La mayoría de los usuarios no son gobiernos sino empresas privadas e investigadores. Además, en algunos países, lo que es pertinente al proveedor en las negociaciones de ABS también se delega a los propietarios de tierras privadas, quienes negocian en beneficio propio, y reciben la distribución de beneficios directamente.[410]

Muchos países consideran que los recursos genéticos son parte de su patrimonio nacional o propiedad del Estado, protegidos por la responsabilidad fiduciaria del gobierno hacia sus ciudadanos. Al estar de acuerdo con el modelo, en esencia todos los países estarían limitando su capacidad de controlar, negociar y variar los términos y las condiciones por los cuales ellos están vendiendo/transfiriendo esta propiedad.

La negociación de acuerdos estándar o modelo usualmente se enfoca en dos preguntas: (i) *¿Cuáles provisiones serán estandarizadas en el modelo y cuáles serán dejadas en blanco para ser llenadas individualmente?* y (ii) *¿Cuáles provisiones modelo pueden ser modificadas o eliminadas en el curso de las negociaciones, y cómo?* El modelo sólo agiliza las negociaciones cuando éste minimice la capacidad de las partes de alterar las provisiones modelo. Este enfoque fue relativamente directo en el proceso del TIRFAA, dado que el uso principal de los ATM estándar se relacionará con las accesiones de los CIAI. Todas estas colecciones son parte de un solo sistema (el GCIAI) cada vez más sujeto a un régimen de control y estructura de contratación unificados, previo a la adopción del Tratado. Aún así, las negociaciones del ATM estándar resultaron difíciles y controversiales.

[409] Disponible en línea en http://bccm.belspo.be/projects/mosaicc/

[410] Un ejemplo que fue estudiado en el contexto de investigación de este libro se encuentra en la ley australiana.

En el caso del ABS, actualmente hay poca estandarización puesto que todos los países están operando bajo sus propios sistemas individuales de gobierno. Se les ha motivado a adoptar "planes de distribución de beneficios" individualizados[411], arraigando más aún la unicidad de cada negociación de ABS. Si las Partes del CDB convienen generalmente en la adopción de un contrato estándar que incluya suficiente flexibilidad para tratar toda la variabilidad del concepto de ABS y las diferencias legales y políticas entre países de procedencia, es muy probable que el documento no pueda resolver problemas de negociación. Los usuarios de documentos modelo a menudo crean problemas accidentales, al escribir provisiones nuevas que entran en conflicto con provisiones modelo, y luego al fracasar en la exclusión o cancelación de la provisión modelo. Estos casos a menudo conducen a litigios para determinar si el contrato es vinculante y cuáles provisiones aplican. En última instancia, si las provisiones estándar son problemáticas, las Partes las convertirán en directrices o recomendaciones, permitiéndole a los negociadores de cualquier contrato de ABS escoger otras opciones. Un prematuro desarrollo de modelo puede resultar en la (costosa) creación de un modelo que no se usa nunca.[412]

En general, las provisiones de contrato modelo se crean mejor cuando hay experiencia significativa con el funcionamiento del sistema contractual o sector involucrado. Como cualquier abogado especialista en contratos sabe, la experiencia, más que el análisis legal, es la mejor fuente de conocimiento en relación con asuntos, operaciones, sorpresas y controversias que surgen con los contratos.

Esta regla general también se puede aplicar en las negociaciones internacionales. El ATM estándar del TIRFAA pudo ser negociado al comienzo de la existencia del Tratado, ya que las Partes ya tenían muchos años de experiencia con los CIAI y sus contratos modelo. Hay otro riesgo en las negociaciones internacionales que no molesta a los redactores de contratos modelo para negociaciones privadas – los documentos internacionales a menudo deben ser adoptados mediante procesos de negociación plenipotenciarios, lo cual significa que es mucho más difícil revisarlos o enmendarlos cuando la experiencia demuestra que algunas provisiones no están funcionando bien. En consecuencia, puede ser mejor esperar hasta que haya mayor experiencia con los contratos de ABS y su contenido y funcionalidad sean conocidos más generalmente.

6.5.5 Legislación estándar o "predeterminada"

Otra opción que se ha sugerido informalmente es el desarrollo de "legislación estándar" – medidas que aplicarán a transacciones en cualquier país que aún no haya adoptado su propia legislación del lado del proveedor (CIP y TMA inclusive). Aquí también, los derechos y la unicidad de cada país sugerirían que sería difícil desarrollar un solo documento que funcione como legislación predeterminada para los países que no tengan una legislación específica de ABS. Como se menciona más arriba, por ejemplo, el hecho de que un país no haya adoptado una ley específica aparte a fin de ejercer sus derechos soberanos bajo el Artículo 15 no elimina esos derechos soberanos. La mayoría de los países ya tienen alguna ley (escrita o no) que define el papel del gobierno respecto a sus propios recursos, patrimonio, propiedad estatal, y otros asuntos sobre los cuales tiene derechos soberanos. A menudo, esta ley será suficiente para permitirle al gobierno que borde al menos algunos aspectos claves de la parte de acceso del ABS sin adoptar ninguna ley separada.

El problema con la legislación estándar podría ser más obvio, si se considera la misma opción para las medidas de usuario. La mayoría de los países con muchos usuarios bajo su jurisdicción no estarían dispuestos a aceptar medidas de usuario derivadas externamente que ellos no han adoptado legislativamente.

---

[411] Ten Kate, K., A. Wells, M. Baudoin y B. Zapata, "The role of strategic planning in the design of national policy on access to genetic resources and benefit-sharing: The genetic resources component of Bolivia's National Biodiversity Strategy and Action Plan," Jardines Botánicos Reales, Kew (Reino Unido) y Dirección General de Biodiversidad (Bolivia).

[412] Un posible ejemplo de esto se puede hallar en las provisiones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR. Montego Bay, 1998), con respecto a la "investigación científica marina." CONVEMAR, Artículos 143 y 238-265. La amplia variedad de países que usa otros medios para dar autorización a los investigadores en aguas bajo su jurisdicción o dominio significa que las provisiones de investigación científica marina son raramente usadas y no se han desarrollado en una parte útil de gobernanza marina.

Por lo tanto, las provisiones legales predeterminadas contravienen directamente los derechos soberanos más básicos de cada país – el derecho a gobernarse a sí mismos y a controlar todos los demás asuntos dentro de su jurisdicción. La legislación predeterminada sólo puede ser efectiva si el país específicamente la ha firmado y ratificado y luego la ha adoptado como legislación nacional, lo cual de cierta forma es contraproducente para la creación de medidas predeterminadas.

7 Conclusiones: *medidas de usuario* – un elemento necesario del régimen internacional sobre ABS

Finalmente volvemos a los propósitos básicos que nos llevaron a escribir este libro. Los objetivos del CDB son prioridad internacional esencial, ligados al bienestar a largo plazo del planeta y las necesidades aún más urgentes de mitigar la pobreza y promover el mejoramiento sostenible en áreas de salud, seguridad alimentaria y equidad internacional. La biotecnología y el desarrollo moderno son elementos críticos para alcanzar esas prioridades. Esas motivaciones comerciales, al ser alimentadas con acceso y derechos de utilizar material microfísico e información genética, pueden crear un amplio rango de beneficios que pueden ser usados para impulsar el cumplimiento de los objetivos ambientales y de desarrollo. Mecanismos como la transferencia de tecnología, repatriación de información y desarrollo de capacidades también podrían ser fomentados por un emergente mercado en biotecnología, si ese mercado también está inexorablemente relacionado con las metas de conservación y uso sostenible. El CDB no está totalmente claro en cuanto a los mecanismos por los que esta relación y este apoyo funcionarán, pero claramente prevé que el ABS deberá proveer elementos tanto de beneficio como de incentivo.

No obstante, en los 15 años transcurridos, los detalles específicos sobre cómo funcionará el ABS, y cómo servirá a aquellos objetivos primarios han sido sujeto de mucho debate. Este libro ha ofrecido una ruta analítica básica para ayudar a que los países puedan reconocer las razones por las que la puesta en práctica del Artículo 15.7 es en su propio beneficio (individual y colectivamente), y también para ofrecer una base legal sobre la que ellos logren emprender acciones iniciales hacia las metas de

(i) satisfacer los requisitos del debido proceso de ley (eliminando la ambigüedad y la inconsistencia que haría que una ley no se pueda cumplir) dentro de su propio país; y

(ii) facilitar la interacción racional de las leyes del país usuario con las leyes de ABS del país de procedencia en cada transacción.

La falta de experiencia y de ejemplos nacionales en el área de medidas de usuario nos ha impedido hacer un juego completo de conclusiones finales sobre estos puntos. Sin embargo, con base en la aplicación de estándares legales y legislativos primordiales, así como el cuerpo existente de comentarios, datos, análisis y opiniones sobre ABS, algunas de nuestras conclusiones son muy claras.

Primero, indicamos que todos los países requieren adoptar medidas de usuario bajo el Artículo 15.7 del CDB. A diferencia de los requisitos del CDB pertinentes al proveedor (acceso), el Artículo 15.7 no especifica acciones particulares que deben ser llevadas a cabo, sino que especifica los resultados que deben ser obtenidos – "distribuir en forma justa y equitativa los resultados de investigación… y los beneficios derivados de la… utilización de recursos genéticos." Aunque las Directrices de Bonn ofrecen una lista de medidas de usuario que podrían ser útiles para satisfacer el Artículo 15.7, éstas no son las únicas opciones. Si con ellas no se logra alcanzar los resultados requeridos, entonces se necesitarán otras medidas.

Segundo, concluimos que ningún país ha adoptado con éxito las principales medidas de usuario que son necesarias – es decir, una provisión básica que requiere que los usuarios bajo su jurisdicción distribuyan en forma justa y equitativa los beneficios derivados de su utilización de recursos genéticos con origen en otro país. Virtualmente ninguno de los requisitos legislativos del lado del usuario establecidos en las Directrices de Bonn ha sido adoptado por país alguno.

Tercero, notamos una necesidad fundamental de la cual se puede pensar que subyace bajo el completo

fracaso de los países en adoptar la legislación de usuario del ABS – es la falta de una estructura unificada, consistente internamente para aclarar las definiciones clave y los activadores de las obligaciones de ABS. Aunque reconocemos la dificultad que implica desarrollar tal estructura, sugerimos que es posible extraer los primeros elementos de una estructura funcional del lenguaje del CDB, y hemos ofrecido una serie de elementos alrededor de los cuales se puede construir la implementación nacional funcional:

> ***"recursos genéticos"*** – un metaconcepto que incorpora ciertas características de cada especie, ya sea obtenidas y utilizadas directamente (por medio de la obtención de muestras y especímenes) o indirectamente (a través de la utilización de información tal como secuencias génicas, fórmulas bioquímicas y otras propiedades únicas de las especies). Representan un derecho el cual no es obtenido con los especímenes pero debe ser aceptado por el país de procedencia. Los recursos genéticos no son determinables externa u objetivamente al mirar el recurso, porque el potencial para usar recursos genéticos está presente, en cierta medida, en casi todo espécimen biológico.
>
> ***"utilización de recursos genéticos"*** – un concepto objetivo que puede ser verificado por medio de inspección, informes, resultados y otros factores determinables externamente. Quien se involucra en la utilización de recursos genéticos activa la aplicación de medidas de usuario de ABS con respecto a esas actividades.
>
> ***"beneficios derivados" de la utilización de recursos genéticos"*** – otro concepto objetivamente verificable que constituye el "segundo activador" de las medidas de usuario. Cuando surgen beneficios de la utilización, el usuario se ve completamente obligado a distribuir un porcentaje justo y equitativo de esas ganancias.

Aunque ninguno de estos tres elementos es fácil de adoptar o aplicar, juntos se pueden interrelacionar para formar una estructura internamente consistente para las medidas de usuario que podría decirse que abordarán la amplia gama de situaciones a las cuales aplicaría el Artículo 15. También proveerán una base para la puesta en práctica de otros compromisos del CDB relacionados con recursos genéticos, entre ellos componentes de transferencia de tecnología, construcción de capacidades, oportunidades biotecnológicas e implementación de la bioseguridad.

Cuarto, los asuntos de valoración y equidad en ABS aún nadan en aguas más bien oscuras y turbulentas, legislativamente. Aunque estos temas se han escudriñado significativa y constantemente, su rol en la implementación legislativa no ha sido discutido en gran medida. Su aplicación más importante está en el área de las medidas del lado del usuario – supervisión del cumplimiento con los contratos de ABS y con la obligación más amplia de distribuir beneficios.

Quinto, uno de los vacíos más importantes que impide mayor progreso hacia la funcionalidad de ABS es la brecha los usuarios que no saben o no divulgan el país de procedencia de los recursos que están usando no están obligados a comprometerse en la distribución de beneficios o alguna actividad sustituta. Aún más que la imposibilidad de hacer cumplir los contratos de ABS en la práctica, el fracaso al adoptar las medidas de usuario para cerrar este vacío ha convertido al ABS en un sistema muy poco efectivo, y ha cerrado muchas alternativas para incrementar su efectividad.

La casi total falta de medidas de usuario nacionales existentes (es decir, medidas legales, administrativas y de otro tipo que tiene un país para abordar las responsabilidades, los derechos y las necesidades de los usuarios de recursos genéticos foráneos quienes están bajo la jurisdicción del país) ha impedido la preparación de un análisis de "mejores prácticas", sino más bien ha dado lugar a una discusión acerca de los elementos primordiales que serían necesarios para cumplir los requisitos del Artículo 15.7 y las Directrices de Bonn. Como mínimo, esos requisitos parecen necesitar ***ya sea***

(i) provisiones que imponen una obligación de distribución de beneficios sobre todos los usuarios de recursos genéticos de origen foráneo, incluso

aquellos quienes no han conseguido un contrato de ABS, o quienes han obtenido los recursos genéticos a través de una tercera persona, fuera del país de origen; o

(ii) medidas de incentivo/motivación que son suficientes para engendrar un alto nivel de distribución de beneficios por parte de usuarios que buscan obtener el incentivo o la ventaja.

Si las últimas medidas citadas son suficientemente fuertes, pueden eliminar por completo la necesidad de medidas obligatorias. No obstante, incluso en ese caso, el proceso legislativo del lado del usuario no será gratuito, ya que aún habrá necesidad de supervisar las medidas de incentivo a fin de garantizar que sólo estén disponibles para usuarios que cumplen con los requisitos de ABS.

Se ha propuesto una serie de mecanismos para la implementación del ABS del lado del usuario y esto puede ser útil en el futuro, pero no creará un régimen efectivo, a menos y hasta que los países adopten una estructura básica de medidas de usuario. Mientras tanto, no es apropiado que los países en vías de desarrollo basen su confianza en los *requisitos de divulgación de información* o en *sistemas de certificados* que no estén ligados a la puesta en práctica o compromisos aplicables de distribución de beneficios. Las discusiones de la OMPI y del CDB parecen prestar mucha atención a estas herramientas, dada la etapa en que se encuentran las negociaciones actuales. El acuerdo pendiente sobre los objetivos de las negociaciones o sobre la manera en la cual debe ser conceptualizada la estructura del ABS, las divulgaciones de información y los certificados constituirán, a lo sumo, declaraciones voluntarias permisivas y sin verificar.

Hay esperanza de que las actuales negociaciones en curso del CDB sobre un "régimen internacional de ABS" puedan producir resultados concretos y utilizables. Un resultado que se desea fuertemente puede ser que las Partes adopten interpretaciones acordadas de términos clave. Las negociaciones también podrían desarrollar estructuras de colaboración entre cada país usuario y país de procedencia en diversas áreas, entre ellas:

- supervisión de usuarios;
- recolección y control de datos;
- aplicación de protección de secreto industrial conforme la cual los usuarios pueden suministrar información crítica con confianza, lo cual permite que el sistema de ABS funcione como un mercado transparente en el cual todas las partes tienen expectativas razonables;
- desarrollo de acuerdos y relaciones bilaterales que ayuden a los usuarios que buscan acceso a los recursos genéticos;

y otras. Estos resultados podrían a su vez producir suficiente especificidad en todo el régimen como para facilitar la creación de mecanismos formales, tales como certificados diseñados para tratar las necesidades particulares de información que tiene el régimen.

No obstante, otra posibilidad es que las negociaciones podrían simplemente adoptar un proceso para el desarrollo del régimen a largo plazo, y autorizar la creación de certificados y otras herramientas cuando éstas sean necesarias. Por otro lado, también es posible que las negociaciones produzcan resultados mucho menos concretos, por ende devolviéndole la responsabilidad a los estados de desarrollar legislación nacional e involucrarse en el lento proceso de ajuste por el cual los diversos enfoques de todos los países se volverán, eventualmente, interoperables.

Hay una pregunta final que debe ser abordada: ¿Por qué algún país habría de adoptar medidas de usuario? Esencialmente, como es visto independientemente en cada país, pareciera que las medidas de usuario requieren que las comunidades industriales y de investigación del país les paguen dinero a otros países. Esto puede ser políticamente difícil de "vender" a los legisladores de cualquier país, y puede constituir un gran desincentivo que impida que los legisladores adopten medidas de usuario verdaderas. Por consiguiente, es esencial enunciar la razón fundamental de la legislación de distribución de beneficios del CDB, desde la perspectiva del país usuario y de los intereses comerciales y de mercado.

En última instancia, hay muchas razones fundamentales que son válidas por igual. Los países que no son capaces de explotar estos recursos por sí mismos llevan a cuestas los costos significativos y las oportunidades perdidas respecto a la protección de su biodiversidad. Estos sacrificios serían compensados por aquellos que explotan esos recursos en formas nuevas y quienes de otra manera no recompensarían ninguno de los costos ambientales y de conservación. No obstante, la expresión más práctica de la razón para dar este paso fue enunciada por la Comisión Europea:

> *El tema de ABS potencialmente es una situación mutuamente beneficiosa para el comercio y el ambiente, ya que los beneficios que surgen del uso comercial de recursos genéticos pueden ser empleados para fomentar la protección de la biodiversidad y puesto que la expectativa de tales beneficios es un incentivo para la conservación.*[413]

De la misma manera, la adopción de medidas de usuario por parte de todas las Partes del CDB y de los que no son partes sería una situación en la que todos los usuarios de recursos genéticos saldrían ganando. Las medidas del lado del usuario pueden proporcionar un equilibrio en el ABS el cual es actualmente muy ponderado+++ (y a veces miope) al abordar sólo los intereses de los países de procedencia y proveedores. Las medidas del usuario pueden aumentar la confianza de los países de procedencia, permitiéndoles agilizar y regular sus procesos de ABS, al disminuir las cargas reguladoras que actualmente agobian a los investigadores y el pequeño porcentaje de usuarios de recursos genéticos que obtienen esos recursos mediante bioprospección en países de procedencia.

[413] CE, 2003.

CODA: Aún *más allá del acceso* – otras obligaciones de ABS que debe cumplir el usuario en el CBD

Un aspecto importante de las medidas y obligaciones del lado del usuario está contenido en los compromisos que hacen los países bajo otras obligaciones primordiales del CDB, los cuales (aparte de las obligaciones financieras generales de las Partes bajo los artículos 19 y 20) se relacionan con garantizar o promover

- la participación del país de procedencia en investigación y desarrollo científicos basados en los recursos genéticos de dicho país;
- transferencia de tecnología; e
- intercambio de información.

Estas responsabilidades no se pueden pasar fácilmente a los usuarios. En consecuencia, cualquier país con jurisdicción sobre usuarios de recursos genéticos de origen extranjero puede necesitar proporcionar mayor nivel de acción y participación gubernamental directa a fin de que estos compromisos sean cumplidos.

CODA 1 Promoviendo la "participación plena del país de procedencia" en la investigación científica

El Artículo 15.6 identifica una obligación más de ABS relacionada con el uso de recursos genéticos (más allá de la obligación de propiciar la distribución de beneficios):

> *Cada Parte Contratante deberá esforzarse por desarrollar y llevar a cabo investigación científica basada en recursos genéticos provistos por otras partes Contratantes con la plena participación de, y donde sea posible en, dichas Partes Contratantes.*

Aunque el Artículo 15.6 no ha sido bien promovido o desarrollado, sus requisitos pueden encontrarse entre los más importantes del Artículo 15. En esencia, estas provisiones son un compromiso afirmativo con la investigación científica, y aplican sólo a recursos genéticos.[414] Este compromiso carga sobre sus hombros una obligación adicional – esta investigación deberá ser desarrollada y efectuada con la "participación plena" del país de procedencia y, donde sea posible, en ese país.

CODA 1.1 Deber de efectuar investigación

El Artículo 15. 6 sugiere que los gobiernos usuarios deben involucrarse como mínimo en la investigación científica o en su promoción. Sin embargo, actualmente pocos gobiernos pueden estar involucrados directamente con el nivel y volumen de estudio científico que permitiría el desarrollo de programas y actividades de investigación científica basadas en recursos genéticos, y su puesta en práctica en el país de procedencia. Esto sugiere la necesidad de destinar fondos e incentivos para el desarrollo de asociaciones entre gobiernos y sus compañías, universidades e instituciones de investigación (privada, paraestatal y gubernamental), que son los vehículos principales por medio de los cuales los países desarrollados se involucran en la "investigación científica basada en recursos genéticos."

[414] El otro compromiso con el desarrollo tecnológico es el Artículo 18.5, el cual pide a las Partes *"promover el establecimiento de programas de investigación conjuntos para el desarrollo de tecnologías relevantes a los objetivos de este Convenio."*

CODA 1.2 Establecimiento de centros y actividades de investigación en el país de procedencia

Aparentemente, los otros requisitos del Artículo 15.6 no pueden ser transferidos a la industria. En la mayoría de los países no se acepta que el gobierno fuerce a las compañías privadas a establecer operaciones en un país determinado para que formen asociaciones o tomen otras acciones, aunque pueden ofrecer incentivos y alicientes para los que hagan eso. Más aún, el Artículo 15.6 no exige a los gobiernos simplemente que regulen, sino que actúen. Parece claro que, para dar pie a este cambio de lugar (y así al desarrollo de capacidades) en el campo de la investigación genética, será necesario que los gobiernos actúen para ofrecer incentivos o motivaciones a las compañías que, de otro modo, probablemente no incurrirían en gastos adicionales ni en requisitos administrativos asociados al desarrollo de proyectos y centros de investigación extranjeros.

Hasta la fecha, ha habido poca información provista a través de los informes del CDB y procesos similares, con respecto al esfuerzo coordinado de algún país en la puesta en práctica del Artículo 15.6. En cierto grado, esta reticencia puede ser causada por los mismos factores políticos internos mencionados al inicio de este capítulo – después de todo, hay un argumento que dice que un incremento de la capacidad de investigación de los países en vías de desarrollo puede aumentar la competencia con las compañías de países usuarios.[415]

CODA 1.3 Creación de oportunidades

El Artículo 15.6 conceptualiza una clase muy importante de distribución de beneficios y transferencia de tecnología, la creación de oportunidades de investigación y desarrollo. En términos de los objetivos del CDB de promover la conservación y el uso sostenible, esta provisión de "oportunidad de investigación" parece ser aún más importante que la distribución de beneficios, por diversas razones. Primero, un programa dirigido que crea empresas de investigación y las ayuda en su desarrollo y funcionamiento exitoso, necesariamente proveerá un entendimiento más amplio a lo largo del país sobre la importancia de la preservación de la diversidad biológica del país. Aun si se comunicara sólo de manera informal, el hecho de que un sector educado y empleado dentro del país reconozca este valor más ampliamente, por definición complementará el grado de aceptación por parte del electorado – el asiento de las tomas de decisiones principales en los sistemas democráticos alrededor del mundo.

Segundo, como lo demuestran las empresas actuales de investigación genética localizadas en y operadas por países en vías de desarrollo, el desarrollo local de empresas y capacidades en este campo llena un vacío crítico que virtualmente no es satisfecho por los centros de investigación existentes en los países desarrollados – del desarrollo de soluciones basadas en recursos genéticos a problemas ambientales locales específicos, seguridad alimentaria y de otro tipo. Aunque los centros y compañías de los países desarrollados ofrecen sus soluciones al mundo, su análisis de los problemas a ser abordados por la investigación genética está fuertemente teñido por la gama de asuntos que son más relevantes para América del Norte y Europa. Por ejemplo, mientras que el desarrollo multinacional de organismos modificados genéticamente se ha enfocado en ayudar a los agricultores a combatir problemas específicos (tolerancia a ciertos pesticidas y resistencia a ciertos lepidópteros plaga), los problemas más apremiantes para los agricultores de Guatemala y Sudáfrica, por ejemplo, se han estado adaptando a condiciones y problemas más localizados.[416] Los centros y proyectos de investigación genética en estos dos países en gran parte no han necesitado (o intentado) desarrollar productos que podrían competir con multinacionales, pero han

[415] *Ver* por ejemplo, ESTADOS UNIDOS: Acta de Transferencia Tecnológica Nacional, 15 USC Sec. 3701, la cual incluye una variedad de incentivos, entre ellos el acceso a tecnología federal, como alicientes para la investigación y el desarrollo, así como transferencia de tecnología internacional y asistencia técnica por parte de empresas estadounidenses.

[416] Discutido brevemente en in Hårstad, 2005, revisión de información más detallada desarrollada a través de los proyectos de bioseguridad de PNUMA- FMAM, disponible en línea en http://www.unep.ch/biosafety/ Este sitio web ofrece gran cantidad de información relacionada con el nivel de utilización de los recursos genéticos a través de modificación genética moderna en laboratorio por parte de más de 100 países en vías de desarrollo y países en transición económica.

hecho su trabajo a la medida para enfrentar una serie de preocupaciones locales más relevantes.

De manera similar, los desarrollos académicos significativos relacionados con propiedades potencialmente interesantes tales como las propiedades antiparasíticas de la sangre de los cocodrilos (en estudio y documentado en el mundo académico)[417] actualmente tienen poco atractivo financiero para compañías farmacéuticas de países desarrollados. Sin embargo, los esfuerzos intensivos para determinar cómo estas propiedades podrían ser utilizadas farmacéuticamente pueden ser de importancia crucial para los investigadores en África, donde el número de muertes por parásitos amebianos (e infecciones diarreicas relacionadas) es significativo.[418] El desarrollo farmacéutico de estas propiedades en medicamentos comerciables puede no generar nunca las ganancias disponibles para los productos dirigidos a mercados del norte, pero, si se desarrolla a través de programas patrocinados o respaldados puede tener un impacto positivo mayor que todos los US$ 21500000 gastados anualmente por Estados Unidos en todos sus programas de desarrollo internacional y de ayuda económica y técnica.[419]

CODA 2 Obligaciones de transferencia de tecnología como respaldo del tercer objetivo

Como se ha mencionado anteriormente, el CDB parece reconocer que puede no ser posible progresar en todo el ámbito del tercer objetivo por medio del Artículo 15 únicamente. Aunque es claro que los negociadores prefieren el Artículo 15 y su método de transmitir los requisitos de ABS a las compañías usuarias, el Convenio también reconoce las necesidades más amplias de equidad del objetivo de distribución de beneficios. En relación con esto, indica cierto número de obligaciones nacionales específicas, separadas que tienen las Partes, además del Artículo 15. No obstante, todos estos requisitos están ligados específicamente al ABS, en cuanto a que utilizan el mecanismo de identificación básico del "país que provee los recursos genéticos" como el destinatario de ciertas clases particulares de beneficios y respaldo al desarrollo nacional.

En general, estas provisiones pueden ser consideradas en dos grupos – (i) provisiones que exigen que los países usuarios adopten legislación adicional (o extiendan el alcance de la legislación de distribución de beneficios más allá del "usuario" inmediato de recursos genéticos particulares), y (ii) provisiones ligadas a asuntos de responsabilidad nacional directa (tales como los artículos 20 y 21 (recursos financieros) del CDB), los cuales claramente no pueden ser "cesados" mediante la imposición de la obligación sobre compañías usuarias.

CODA 2.1 Transferencia de tecnología y la distribución de beneficios menos directos

En el primer grupo, el Convenio identifica varias áreas en las que los países pueden intentar promover el logro del tercer objetivo mediante legislación y políticas. De esa manera, las partes se han comprometido específicamente a adoptar medidas para proporcionarle al país de procedencia "acceso a tecnología y la transferencia de esa tecnología,"[420] *"participación en actividades de investigación biotecnológica"*[421] y *"fomento de la prioridad*

[417] *Ver*, Merchant *et al.,* 2006.

[418] *Ver,* sistema de información de la OMS, disponible en http://www.who.int/topics/es

[419] De la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, Solicitud de Presupuesto, disponible en línea en inglés (resumen) en http://www.usaid.gov/policy/budget/cbj2008/fy2008cbj_highlights.pdf

[420] Artículo 16.3 del CDB, que estipula que *"Cada Parte Contratante adoptará medidas legislativas, administrativas o de política adecuadas, según proceda, con objeto de que asegure a las Partes Contratantes, en particular aquellas que son países en desarrollo, que aportan recursos genéticos, el acceso a la tecnología que utilice ese material y la transferencia de esa tecnología, en condiciones mutuamente acordadas, incluida la tecnología protegida por patentes y otros derechos de propiedad intelectual, donde sea necesario, mediante las provisiones de los artículos 20 y 21 de acuerdo con el derecho internacional y en consistencia con los párrafos 4 y 5 más abajo."*

[421] Artículo 19.1 del CDB, que dice que *"Cada Parte Contratante adoptará todas las medidas legislativas, administrativas o de política practicables para asegurar la participación efectiva en las actividades de investigación sobre biotecnología de las Partes Contratantes, en particular de los países en desarrollo que aporten recursos genéticos para tal investigación y donde sea posible en tales Partes Contratantes."*

de acceso a los resultados y beneficios derivados de las biotecnologías,"[422] donde las tecnologías, actividades y los resultados provistos utilizan recursos genéticos de ese país.

Individualmente, cada una de estas provisiones es interesante; sin embargo, la importancia colectiva de la transferencia de tecnología (artículos 16, 18 y 19) en la consecución de todos los objetivos del CDB es más relevante para el análisis actual y no ha sido estudiada en forma adecuada. En este punto, el análisis simplemente señala estas tres cláusulas secundarias, y considera sólo dos puntos primarios – la integración de las responsabilidades de transferencia de tecnología con las provisiones de ABS del Artículo 15 y (ii) las distinciones relativamente sutiles entre estas tres provisiones específicas.

CODA 2.2 Transferencia de tecnología como elemento de distribución de beneficios

Los ámbitos de los artículos 16 y 18, "transferencia de tecnología" y "cooperación técnica (construcción de capacidad)" no son parte del sistema de distribución de beneficios del Artículo 15 y difícilmente hacen referencia alguna a "recursos genéticos." Estos artículos imponen un requisito más amplio – respaldar todos los tres objetivos y la puesta en práctica de todos los artículos operativos. Su relevancia para el ABS puede ser discernida al sus provisiones generales con aquellas dirigidas a los países con usuarios bajo su jurisdicción. De manera similar, la determinación de qué constituye "utilización de recursos genéticos" bajo el Artículo 15 y cuándo deja de aplicar el sistema de ABS (discutido en 3.3.2.6) puede también ser relevante para determinar el punto en el cual las responsabilidades del usuario señaladas en el Artículo 15 se convierten en las responsabilidades indicadas en los artículos 16 y 18 para países usuarios.

CODA 2.3 Comparación de las obligaciones de "transferencia de tecnología"

Cuatro provisiones distintas del CDB se enfocan directamente en la transferencia de tecnología hacia países de procedencia (artículos 15.7, 16.3, 19.1 y 19.2) y una quinta lo hace de manera indirecta (las provisiones del Artículo 15.6 se relacionan con la "participación plena" del país de procedencia en la investigación científica). Parece apropiado considerar brevemente las diferencias entre ellas. En esta discusión es provechoso recordar una regla básica de la interpretación estatutaria – asumir que toda provisión en un estatuto tiene un propósito. En otras palabras, no se debe asumir que una provisión no tiene sentido o que está repetida. Esto plantea una pregunta: ¿Se extienden más allá las obligaciones de los países desarrollados de transferir tecnología con respecto a los países de procedencia que han aportado recursos genéticos?

Una de las diferencias más claras entre el Artículo 15.7 y otras provisiones relacionadas con distribución y transferencia de tecnología es su descripción de los países a los cuales se debe distribuir la tecnología o los resultados. Aunque el Artículo 15 aplica a cualquier país "que ha aportado los recursos genéticos" sin distinción, los artículos 16.3, 19.1 y 19.2 aplican "especialmente" a los "países en vías de desarrollo." Esta es una diferencia relevante.

La existencia de estas tres provisiones adicionales específicas de transferencia de tecnología relacionadas con recursos genéticos, resalta el hecho de que la intención del Artículo 25 era crear un mecanismo neutral para el reconocimiento equitativo y la compensación de la contribución de los recursos genéticos a los productos y la investigación. También enfatiza el hecho de que la meta global de equidad del Convenio no puede ser alcanzada solamente con dicho mecanismo neutral, sino que debe ser suplementada con provisiones especiales para países en vías de desarrollo que son fuente de recursos genéticos relevantes. La referencia específica a la "equidad" en el Artículo 15.7 no se repite en las provisiones de transferencia de tecnología de los artículos 15.6, 16.3 y 19.1. El Convenio parece reconocer que será necesario transferir tecnología y promover la transferencia de tecno-

[422] Artículo 19.2 del CDB, que estipula que *"Cada Parte Contratante adoptará todas las medidas practicables para promover e impulsar en condiciones justas y equitativas, el acceso prioritario de las Partes Contratantes, especialmente los países en desarrollo, a los resultados de las biotecnologías basadas en recursos genéticos aportados por esas Partes Contratantes. Tal acceso se dará bajo términos mutuamente acordados."*

logía y la "participación" nacional de países en vías de desarrollo en el desarrollo tecnológico y de productos, incluso más allá de las equidades particulares de la transacción individual.

Otra distinción obvia entre las provisiones es la naturaleza de la información, la tecnología y los resultados que se transfieren. Aunque los artículos 15 y 16 se enfocan sobre cualquier investigación o información que surge de la utilización de recursos genéticos, el Artículo 19 se enfoca específicamente en "biotecnología." En el CDB, la diferencia entre biotecnología y otro tipo de utilización de recursos genéticos no está completamente clara; en cambio, sí es claro que las provisiones del Artículo 19 son por lo general más fuertes y más exigentes que los artículos 15 y 16, que sugieren que los gobiernos nacionales tienen un rol mucho más grande con respecto a la "biotecnología" (sea lo que sea).

Hay una distinción adicional entre estas cuatro provisiones con respecto al tipo de acción que se espera de cada país. Los artículos 15.7, 16.3 y 19.1 exigen "medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda," mientras que el Artículo 19.2 demanda "todas las medidas practicables." Una vez más, este lenguaje más fuerte y más amplio parece indicar que las Partes sienten que hay al menos dos categorías de utilización de recursos genéticos – "biotecnología" y "otra utilización" – y que la primera mencionada está sujeta a un mayor nivel de obligación nacional. En la dirección opuesta, el Artículo 15.6 simplemente solicita a las Partes que se "esfuercen" en poner en práctica medidas de investigación en el país de procedencia y con la participación del país de procedencia. Esto también sugiere menor grado de obligación cuando el desarrollo involucrado no es "biotecnología."

CODA 3 Otras responsabilidades de los países usuarios relacionadas con el recurso genético

Finalmente, se indicó que varios otros requisitos del CDB están directamente enfocados en el objetivo de distribución de beneficios y deben ser integrados con otras medidas del país usuario bajo el ABS. De éstos, uno de los más importantes es el Artículo 17, el cual requiere que los países "faciliten el intercambio de información, de todas las fuentes disponibles públicamente…, tomando en cuenta las necesidades especiales de los países en vías de desarrollo." También indica específicamente que "tal intercambio de información incluirá, donde sea posible, la repatriación de información." Esta provisión puede ser muy importante para el régimen del ABS, si los países usuarios hacen un esfuerzo positivo para ponerla en práctica. Un comentario frecuente hecho durante las negociaciones del CDB se refería al hecho de que la información tomada del país de procedencia o basado en ese país raramente se distribuye o se repatría. Con respecto a la afirmación de que esta información está "disponible públicamente," se señala que los países de procedencia a menudo no tienen ningún medio práctico para buscarla o acceder a ella. La repatriación podría también constituir la base de un "registro" a través del cual los países usuarios se mantengan al tanto de la información y los recursos genéticos que han sido accesados, utilizados o de otro modo "adquiridos… en concordancia con el Convenio."

Sin embargo, tal vez sean más importantes las provisiones relacionadas con el ABS presentes en los artículos 20 y 21, con respecto a la provisión de ayuda financiera, tanto para la puesta en práctica del sistema de ABS, como para contribuciones reales y distribución de beneficios. En distintas partes, el CDB destaca específicamente que se debe recurrir a los artículos 20 y 21 "cuando sea necesario," para facilitar

[423] *Ver,* artículos 1 (en cuenta la frase "y mediante financiación apropiada" en su descripción del objetivo de distribución equitativa de beneficios); 15.7 (que indica que las medidas legislativas, reguladores y de otro tipo deben ser complementadas, "cuando sea necesario, a través del mecanismo financiero establecido por los artículos 20 y 21"), 16.3 (que demanda la disponibilidad de transferencia de tecnología "cuando sea necesario, a través de las provisiones de los artículos 20 y 21 y en conformidad con el derecho internacional"); y los párrafos preliminares decimoquinto y decimosexto (que solicitan "recursos financieros adicionales y nuevos y el acceso adecuado a tecnologías relevantes.")

la creación y operación de sistemas nacionales de ABS y para respaldar y crear incentivos mediante los cuales la distribución de beneficios se puede hacer realidad.[423] Por consiguiente, es necesario notar que bajo el Artículo 20.1 los países tienen la obligación a través del mecanismo financiero y de lo contrario, "proveer, [cada uno] según sus capacidades, apoyo financiero e incentivos en conexión con esas actividades nacionales que se hacen con la intención de cumplir los objetivos de este Convenio." Más específicamente, se espera que las Partes de los países desarrollados "proporcionen, y las Partes de los países en vías de desarrollo se beneficien con, recursos financieros relacionados con la puesta en práctica de este Convenio por medio de canales bilaterales, regionales y otras vías multilaterales." (Art. 20.3)

Quizás, en términos generales, lo más importante para la creación de un régimen funcional de ABS a nivel nacional e internacional, es el llamado que hace el Convenio a las Partes para que consideren el fortalecimiento de las instituciones financieras existentes con el fin de proveer los recursos financieros para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica" (Art. 21.4).

Referencias

Anton, M., N. Dragffy, S. Pendry y T.R.Young (eds). 2002. *Proceedings of the international Expert Workshop on the Enforcement of Wildlife Trade Controls in the EU.* IUCN-ELC y TRAFFIC International.

Barber, C.V. 2005. "Defining the Purpose, Scope and Modalities of an International Regime on Genetic Resources Access and Benefit Sharing: Some Issues for Discussion." Paper presented at the International Expert Workshop on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing, Cape Town, 20–23 September 2005.

Beattie, A. 2005. "New Products and Industries from Biodiversity", Chapter 10 in *Ecosystems and Human Well-being: Current State and Trends.* Millennium Ecosystem Assessment.

Benavidez, P. 2004. "Philippines: Evolving Access and Benefit-sharing Regulations. " Carrizosa, S., S. Brush, B. Wright and P. McGuire (eds), *Accessing Biodiversity and Sharing the Benefits: Lessons from Implementing the Convention on Biological Diversity,* pp 153-175. IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 54. IUCNELC, in collaboration with BMZ, Germany and GRCP, University of California, Davis.

Bhatti, S., S. Carrizosa, P. McGuire y T. Young. 2007. *Contracting for ABS: The Legal and ScientificImplications of Bioprospecting Contracts.* IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 67/4, The ABS Series.

Börkey, P, M. Glachant y F. Lévêsque. 1999. *Voluntary Approaches for Environmental Policy:* An Assessment. OECD.

Bostyn, S.J.R. 2002. "A European Perspective on the Ideal Scope of Protection and the Disclosure Requirement for Biotechnological Inventions in a Harmonised Patent System – The Quest for the Holy Grail? " *The Journal of World Intellectual Property* 5(6): 10131046.

Brown, M.G. 1994. "Is your Measurement System Well Balanced?" *Journal for Quality and Participation* 17(6): 611.

Bryant P.J. y D.S. Simpson. 1984. Intrinsic and extrinsic control of growth in developing organs. *Quarterly Review of Biology* 59:387415.

Cabrera Medaglia, J. y C. López Silva. 2007. *Addressing the Problems of Access: Protecting Sources, While Giving Users Certainty.* IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 67/1, The ABS Series.

Casas-Castañeda, F. 2005. "User and provider country measures in the context of the international regime on access and benefit sharing." Paper presented at the International Expert Workshop on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing, Cape Town, 20–23 September 2005.

Chambers, W.B. 2003. "Emerging International Rules on the Commercialization of Genetic Resources – The FAO International Plant Genetic Treaty and CBD Bonn Guidelines." *The Journal of World Intellectual Property* 6(2): 311328.

Chaytor, B., R. Gerster y T. Herzog. 2002. "The Convention on Biological Diversity – Exploring the Creation of a Mediation Mechanism." *The Journal of World Intellectual Property* 5(2): 157180.

Commoner, Barry. 2002. "Unraveling the DNA Myth: The spurious foundation of genetic engineering." *Harper's Magazine*, February, p. 39.

Correa, C. 2004. "The WIPO Draft Substantive Patent Law Treaty: A Review of Selected Provisions," Working Papers 17, South Centre.

Coughanowr, C., M. Ngoile y O. Lindén. 1995. "Coastal Zone Management in Eastern Africa Including Island States." *Ambio* 24(78).

Dahr, B. y R.V. Anuradha. 2004. "Access, Benefit Sharing and Intellectual Property Rights." *The Journal of World Intellectual Property* 7(5): 597639.

Dedeurwaerdare y Frison. 2006. *Infrastructures publiques et régulations sur l'Accès aux ressources génétiques et le Partage des Avantages qui découlent de leur utilisation pour l'innovation dans la recherche des sciences de la vie: Accès conservation et utilisation de la diversité biologique dans l'intérêt général.* Service Public Fédéral Santé Publique, Sécurité de la Chaîne Alimentaire et Environnement, Belgium Environmental Directorate.

Dross, M. y F. Wolff. 2005. *New Elements of the International Regime on Access and Benefit Sharing of Genetic Resources – the Role of Certificates of Origin.* German Federal Agency for Nature Conservation.

Dutfield, G. 2002. "Sharing the Benefits of Biodiversity – Is there a Role for the Patent System?" *The Journal of World Intellectual Property* 5(6): 899932.

Farnsworth, E.A., 2006. "Comparative Contract Law." Reimann, M. and R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, pp. 899937. Oxford University Press.

Fernández Ugalde, J.C. 2005. "User and provider country measures in the context of the international regime." Presented in International Expert Workshop on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing, Cape Town, 2023 September 2005.

Fowler, C., G. Hawtin, R. Ortiz, M. Iwanaga y J. Engels. 2004. "The Question of Derivatives – Promoting Use and Ensuring Availability of Non-proprietary Plant Genetic Resources." *The Journal of World Intellectual Property* 7(5): 641663.

Fowler, C., M. Smale y S. Gaiji. 2001. "Unequal Exchange? Recent Transfers of Agricultural Resources and their Implications for Developing Countries." *Development Policy Review* 19(2): 181204.

Gervais, D. 2003. "TRIPS, Doha and Traditional Knowledge." *The Journal of World Intellectual Property* 6(3): 403419.

Girsberger, M.A. 2004. "Transparency Measures under Patent Law regarding Genetic Resources and Traditional Knowledge – Disclosure of Source and Evidence of Prior Informed Consent and Benefit Sharing." *The Journal of World Intellectual Property* 7(4): 451490.

Glowka, L., F. Burhenne-Guilmin, H. Synge, J.A. McNeely y L. Gündling. 1994. *A Guide to the Convention on Biological Diversity.* IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 30.

Glowka, L. 1998. *A Guide to Developing National Legislative Frameworks to Determine Access to Genetic Resources.* IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 34.

Hårstad, J. *et al*. 2005. *Evaluation of GEF Support for Biosafety.* GEF.

Hendrickx, F., V. Koester y C. Prip. 1993. "Convention on Biological Diversity Access to Genetic Resources: A Legal Analysis." *Environmental Policy and Law* 23(6): 254–255.

Hiemstra, S.J., Drucker, A.G., Tvedt, M.W., Louwaars, N., Oldenbroek, J.K., Awgichew, K., Abegaz Kebede, S., Bhat, P.N. & da Silva Mariante A. (2006). *Exchange, Use and Conservation of Animal Genetic Resources: Identification of policy and regulatory options,* CGN Report 2006/06. Wageningen (NL) Centre for Genetic Resources.

Hirsch, L. 2005. "Provider and User Country Measures – Do Two Wrongs Ever Make a Right?" Paper presented at the International Expert Workshop on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing, Cape Town, 20–23 September 2005.

Hodges, T.J. y A. Daniel. 2005. "Deep Sea Genetic Resources and the International ABS Regime: Reflections on the Challenges Ahead." Paper presented at the International Expert Workshop on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing, Cape Town, 20–23 September 2005.

Holm-Müller, K., C. Richerzhagen y S. Täuber. 2005. *Users of Genetic Resources in Germany.* BFNSkripten 126. German Federal Agency for Nature Conservation.

Hubert, P. y S. Hernandez. 2005. "Evaluation économique de l'utilisation des ressources génétiques en France." Interim report.

IISD, Stratos y J. Cabrera. 2005. *A Guide to Using the Working Draft ABS Management Tool.* Swiss State Secretariat For Economic Affairs.

Jalbert, O. 2005. "Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing under the Convention on Biological Diversity, the Bonn Guidelines and the Negotiation of the International Regime on Access and Benefitsharing." Feit, U., M. den Driesch and W. Lobin (eds.), *Access and Benefit-sharing of Genetic Resources: Ways and Means for Facilitating Biodiversity Research and Conservation While Safeguarding ABS Provisions,* pp. 9-18. BfN Skripten 163. German Federal Agency for Nature Conservation.

Krasner, S. 1982. "Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables." *International Organization* 36(2): 185205.

Latorre, F. 2005. *Review of the Experience of Implementation by UK Stakeholders of Access and Benefitsharing Arrangements under the Convention on Biological Diversity.* DEFRA, Royal Botanic Gardens Kew.

Lesser W. 1998. *Sustainable use of Genetic Resources under the Convention on Biological Diversity, Exploring Access and Benefit Sharing Issues.* CAB International.

Lettington, R. y D. Dogley. 2006. *Commentary on the Development of the Republic of Seychelles Access to Genetic Resources and Benefit-sharing Bill.* IPGRI.

McAfee, K. 1999. *Selling Nature to Save it? Biodiversity and Green Developmentalism.* Environment & Planning D: Society and Space. Pion.

Merchant, M.E., K. Mills, N. Leger, E. Jerkins, K. Vliet y N. McDaniel. 2006. "Comparisons of Innate Immune Activity of all Known Living Crocodilian Species." *En Proceedings of the 18th Working Meeting of the Crocodile Specialist Group*, pp. 343-359. Montélimar: IUCN CSG. [Also see poster presentation at that meeting: M. Merchant et al., "Effects of Bacterial Lipopolysaccharide on Peripheral Leukocytes in the American Alligator," p. 364].

Mgbeoji, I. 2006. "Analysis of Four Claims of Unauthorised Access and Misappropriation of Genetic Resources and Associated Traditional Knowledge." Reprinted in: Young *et al.,* 2007, *Covering ABS: Addressing the Need for Sectoral, Geographical, Legal and International Integration in the ABS Regime.* IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 67, The ABS Series, Book 5.

Moore, G. y W. Tymowsky. 2005. *Explanatory Guide to the International Treaty on Plant Genetic Resources.* IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 57.

Nuffield Council on Bioethics. 2001. *The Ethics of Patenting DNA.* The Nuffield Foundation of Bioethics.

Oldam, P. 2004. "Global Status and Trends in Intellectual Property Claims." *Genomics, Proteonomics and Biotechnology.* CESAGEN.

bin Osman, M. 2005. "Issues of bioprospecting and implementation of ABS legislation at national and regional levels." Paper presented at the International Expert Workshop on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing, Cape Town, 20–23 September 2005.

Parnham y Rispin. 2000. *Residential Property Appraisal*, Spon Press.

Pau Pedrón, A. 2002. "The Register as an Instrument of Security in Property Transactions." Sánchez Jordán, M.E. and A. Gambaro, *Land Law in Comparative Perspective*, pp. 8795. Kluwer Law International.

Pythoud, F. 2005. "The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, a key component of the International Regime on Access and

Benefit Sharing." Paper presented at the International Expert Workshop on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing, Cape Town, 20 – 23 September 2005.

Reid, W., S. Laird, C. Meyer, R. Gámez, A. Sittenfeld, D. Janzen, M. Gollin y C. Juma. 1993. *Biodiversity Prospecting: Using Genetic* Resources for Sustainable Development. World Resources Institute.

da Rocha Vianna, H. 2005. "Objectives and Possible Elements of an International Regime, and its Nature." Paper presented at the International Expert Workshop on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing, Cape Town, 20 – 23 September 2005.

Romstad, E. y G. Stokstad. 2005. "Valuation of Genetic Resources." Study provided by the Norwegian Council of Genetic Resources, www.genressurser.no.

Rosenthal, J.P. 2006. "Politics, Culture, and Governance in the Development of Prior Informed Consent in Indigenous Communities." *Current Anthropology* 47(1): 116.

Rosenthal, J., "Measure to Ensure Compliance with CBD and Access Legislation." Presented at the International Expert Workshop on Access to Genetic Resources and Benefit-sharing, Cuernavaca, 24 – 27 October 2004.

Rosenthal, J.P., D. Beck, A. Bhat, J. Biswas, L. Brady, K. Bridbord, S. Collins, G. Cragg, J. Edwards, A. Fairfield, M. Gottlieb, L.A. Gschwind, Y. Hallock, R. Hawks, R. Hegyeli, G. Johnson, G.T. Keusch, E.E. Lyons, R. Miller, J. Rodman, J. Roskoski y D. Siegel-Causey. 1999. "Combining High Risk Science with Ambitious Social and Economic Goals." *Pharmaceutical Biology* 37, supplement. Swets & Zeitlinger.

Rosenthal, J.P. 1996. "Equitable Sharing of Biodiversity Benefits: Agreements on Genetic Resources." *Investing in Biological Diversity: Proceedings of the Cairns Conference.* OECD.

Ruiz, M. y I. Lapeña (eds.) 2007. *A Moving Target: Genetic Resources and Options for Tracking and Monitoring their International Flows.* IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 67/3, The ABS Series.

Safrin, S. 1998. "Hyperownership in a Time of Biotechnological Promise: The International Conflict to Control the Building Blocks of Life." *The American Journal of International Law* 98: 641.

Sampath, P.G. 2004. "Intellectual Property Rights on Traditional Medicinal Knowledge – A Progress-Oriented Perspective." *The Journal of World Intellectual Property* 7(5): 711737.

Scott, P.T. 2005. "User and provider country measures in the context of the international regime: Some thoughts and observations based on the experiences of the Uniform Biological Material Transfer Agreement Project." Presented at the International Expert Workshop on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing, Cape Town, 20 – 23 September 2005.

Shany, V. 2003. *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals.* Oxford University Press.

Smith, A. y T. Young. 2006. "Innovative financial and incentive mechanisms for promoting the conservation of High Conservation Value Forests." Forest Stewardship Council.

Svarstad H. y S. S. Dhillion. 2000. "*Responding to bioprospecting: Rejection or regulation?*" In Svarstad and Dhillion (eds). Bioprospecting. Spartacus.

Swiderska, K. 2001. *Stakeholder Participation in Policy on Access to Genetic Resources, Traditional Knowledge and Benefit Sharing. Case studies and recommendations.* Biodiversity and Livelihoods Issues, No 4. IIED.

Ten Kate, K. y S. Laird. 1999. *The Commercial Use of Biodiversity*. Reino Unido: Earthscan.

Tobin, B. 2004. "Certificates of Origin, Legal Provenance and Source: Mutually Exclusive or Complementary Elements of a Comprehensive Certification Scheme." *International Expert Workshop*

on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing: Record of Discussion, pp. 271277 at 275. CONABIO and Environment Canada.

Tosh, D. y W. Rayburn. 2006. *Uniform Standards of Professional Appraisal Practice.* 13th Ed. Dearborn Real Estate Education.

Tvedt, M.W. 2007. [En prensa] "The Disclosure Obligation in Norwegian Legislation: Is it Likely to Lead to Fair and Equitable Benefit Sharing?"
Tvedt, M.W., S.J. Hiemstra, Drucker, N. Louwaars, K. Oldenbroek. 2007. *Legal Aspects of Exchange, Use and Conservation of Farm Animal Genetic Resources.* The Fridtjof Nansen Institute 1/2007.

Tvedt, M.W. 2006. "Elements for Legislation in User Countries to Meet the Fair and Equitable Benefit-Sharing Commitment." *The Journal of World Intellectual Property* 9(2): 189 - 212.

Tvedt, M.W. 2005. "How Will a Substantive Patent Law Treaty Affect the Public Domain for Genetic Resources and Biological Material?" *The Journal of World Intellectual Property* 8(3): 311 - 344.

UNCITRAL (undated) "commentary on the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods" and Travaux Préparatoires, available online in UNCITRAL's website: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_travaux.html

UNU-IAS. 2003. *User Measures – Options for Developing Measures in User Countries to Implement the Access and Benefit-Sharing Provisions of the Convention on Biological Diversity.* UNU-IAS.

Vogel, J. 2007. "Reflecting Financial and other Incentives of the TMOIFGR: The Biodiversity Cartel." Ruiz and Lapeña, (eds.), *A Moving Target: Genetic Resources and Options for Monitoring their International Flows*, ch. 3. IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 67/3, La Serie ABS.

Waldron. 1993. Impreso en Chisum, D. S. N., Craig Allen & Schwartz, Herbert F. & Newman, Pauline & Kieff, F. Scott (1998). *Principles of Patent Law.* New York, Foundation Press.

Westerlund, L. 2001. *Biotech Patents – Equivalency and Exclusions under European and U.S. Patent Law.* Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet.

WIPO Study No. 3. WIPO *Technical Study on Patent Disclosure Requirements Related to Genetic Resources and Traditional Knowledge.* WIPO Publication No. 786(E).

Wolfe, T.A. y B. Zycher. 2005. *Biotechnological and Pharmaceutical Research and Development Investment Under a Patent-Based Access and Benefit-Sharing Regime.* Pacific Research Institute.

Young, T. 2007. *Covering ABS: Addressing the Need for Sectoral, Geographical, Legal and International Integration in the ABS Regime.* IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 67/5, La Serie ABS.

Young, T. 2006a. "An Analysis of Claims of Unauthorized Access and Misappropriation of Genetic Resources and Associated Traditional Knowledge," distributed at AHWG-ABS-4 as UNEP/CBD/WG-ABS/4/INF/6.

Young, T. 2006b. "An Implementation Perspective on International Law of Genetic Resources: Incentive, Consistency and Effective Operation." Yearbook of International Environmental Law 15: 393 (anchor article). Oxford University Press.

Young, T. 2005. "Summary Analysis: Legal Certainty for Users of Genetic Resources under Existing Access and Benefit-sharing (ABS) Legislation and Policy," distribuido en AHWG-ABS-3 y UNEP/CBD/WGABS/3/INF10.

Young, T. 2004. [En prensa]. "An Examination of Environmental Certification Systems and Standards Development: IUCN Situation Analysis." (IUCN/III-C).

Leyes NACIONALES:

AUSTRALIA: Regulaciones sobre la Protección Ambiental y la Conservación de la Biodiversidad, 2000, Reglas Estatutarias 2000 Nº 181, que fueron reformadas (tomando en cuenta las modificaciones hasta SLI 2006 Nº 131, Partes 8A, 9, 10 y 17).

AUSTRALIA: Ley de Biodescubrimiento de Queensland, Ley Nº 19, 24 de agosto de 2004; y otros documentos disponibles en la base de datos de ABS de Medidas del CDB hasta marzo de 2007.

BRASIL: Medida Provisional Nº 2,186-16 que implementa los Artículos del CDB 1, 8j, 10c, 15 y 16, (23 de agosto de 2001).

COSTA RICA: *Estrategia Nacional de Biodiversidad,* 1999. Accesada vía la base de datos de Medidas de ABS del CHM.

COSTA RICA: *Normas Generales para el Acceso a los Elementos y Recursos Genéticos y Bioquímicos de la Biodiversidad;* Decreto No. 31 514, 2003, promulgado en aplicación de lo dispuesto a la Ley Orgánica del Ambiente (N° 7554 de 4 de octubre de 1995) §§ 46-47; y la Ley de Biodiversidad (N° 7788 del 30 de abril de 1998), § 62.p

COMISIÓN EUROPEA: Directiva UE sobre Protección Legal de las Invenciones Biotecnológicas (CE/98/44).

COMISIÓN EUROPEA: CE 2003 "Comunicación de la Comisión para el Parlamento Europeo y el Consejo, la implementación por la CE de las 'Directrices de Bonn' sobre el acceso a los recursos genéticos y la distribución de beneficios, según el Convenio sobre la Diversidad Biológica," COM (2003) 821 final, Bruselas, 23.12.2003.

COMISIÓN EUROPEA: CE 2002, "Segundo Informe de la Comunidad Europea para el Convenio sobre la Diversidad Biológica: Informe Temático sobre el Acceso y la Distribución de los Beneficios" (CHM).

COMISIÓN EUROPEA: 2001. Regulación (CE) No 761/2001 que posibilita la participación voluntaria por parte de las organizaciones en un esquema de Comunidad Eco-Manejada y de Auditoría (EMAS).

ESTADOS UNIDOS: La Ley Lacey promulgada como Pub. L. 97-79, Sec. 3, 16 de noviembre de 1981 (modificada por última vez en el 2003), codificada en el Código de Estados Unidos en 16 USC §§ 3371-3378. Disponible en línea en http://www.Thomas.gov.

ESTADOS UNIDOS: Ley sobre la Propiedad Robada (NSPA), codificada como 18 Código de Estados Unidos §§ 2314 y 2315. Disponible en línea en http://www.Thomas.gov.

ESTADOS UNIDOS: Ley Federal sobre la Transferencia de Tecnología (FTTA), promulgada el 20 de octubre de 1986 como Legislación Pública Nº 99-502, codificada en 2781, 3701 y 3710 del Código 15 de Estados Unidos. Disponible en línea en http://www.Thomas.gov.

ESTADOS UNIDOS: Servicio de Parques Nacionales, septiembre de 2006, *Distribución de Beneficios de Servicios Generales – Declaración borrador sobre el Impacto Ambiental*, Departamento del Interior, Estados Unidos encontrada en línea en: *http://parkplanning.nps.gov/document.cfm?parkId=442&projectId=12515&documentID=16763*

JAPÓN: METI/KBA. 2006. Directrices para el Acceso a los Recursos Genéticos para los Usuarios en Japón, Ministerio de Economía, Comercio e Industria (adoptada en marzo 2005, publicada en inglés 2006). Disponible en línea en inglés en http://www.mabs.jp/information/oshirase/pdf/iden_tebiki_e.pdf

NORUEGA: Primer anteproyecto de la Ley sobre Diversidad Natural, NOU 2004:28. Disponible en línea en http://www.regjeringen.no/nb/dep/md/NOU-2004-28.html?id=388846

NORUEGA: Borrador de la Ley sobre los Recursos Marinos, NOU 2005:10. Disponible en línea en

http://www.regjeringen. no/Rpub/NOU/20052005/010/PDFS/NOU200520050010000DDDPDFS.pdf.

PAÍSES BAJOS: Secretariato del Estado de Agricultura (sin fecha), Manejo de la Naturaleza y la Pesca, *Fuentes de Existencia: Conservación y el Uso Sostenible de la Diversidad Genética*. Disponible en línea en http://www.absfocalpoint.nl/documents/note_on_biodiversity_Complete.pdf

(Otras leyes citadas pueden ser encontradas en la base de datos del CDB sobre las medidas de ABS en http://www.cbd.int/information/abs-measures.shtml)

Acerca de los autores

Morten Walløe Tvedt

Morten Walløe Tvedt es actualmente investigador asociado senior en el Fridtjof Nansen Institute (FNI) en Oslo, Noruega, donde ha publicado ampliamente en el campo de los derechos de propiedad intelectual, el Convenio sobre la Diversidad Biológica y recursos genéticos. Su principal área de investigación es la interacción entre los acuerdos internacionales relevantes para la diversidad biológica y los recursos genéticos y su puesta en práctica en los países desarrollados y en vías de desarrollo.

Su trabajo más reciente incluye estudios interdisciplinarios de intercambio, uso sostenible y conservación de Recursos Genéticos Animales (RGA) para la FAO y el Banco Nórdico de Genes para Animales de Granja. Esto incluye un estudio sobre la manera en que el trabajo actual para la ulterior armonización de la ley de patentes afectará el manejo de recursos genéticos.

Su tesis doctoral trata sobre la alternativa sui generis para el establecimiento de derechos de propiedad intelectual para variedades de plantas de conformidad con el Artículo 27.3b del Acuerdo ADPIC.

Su primera asignación en diversidad biológica y recursos genéticos tuvo lugar en el proyecto interdisciplinario de investigación *From Plants in the South to Medicines in the North* [De Plantas en el Sur a Medicinas en el Norte], en el cual llevó a cabo un estudio de caso legal sobre la puesta en práctica del CDB por parte de Costa Rica.

Antes de aceptar el puesto en el FNI, trabajó como asistente legal en la firma legal Hjort DA en Oslo. Durante este período de tiempo, trabajaba como consultor para el Ministerio del Ambiente de Noruega en su trabajo para elaborar un Acta de Diversidad Natural el cual, entre diversos temas relacionados con biodiversidad, trata del derecho sobre los recursos genéticos en Noruega y el acceso a esos recursos.

Posee una extensa experiencia como educador en leyes, y ha escrito dos libros de texto en argumentación legal y análisis legal.

Ciudadano noruego, actualmente reside en Bahía, Brasil y en Noruega.

Acerca de los autores

Tomme Rosanne Young

Tomme Rosanne Young actualmente es consultora independiente en derecho y política ambiental y mecanismos internacionales. Empezó su carrera legal en los Estados Unidos, donde trabajó en derecho comercial y de propiedad, evolucionando lentamente para abordar la compleja interacción de tales leyes con las obligaciones ambientales de empresas e individuos. En 1998, fue coautora de un tratado acerca de esta interrelación (Machlin and Young, 1988, *Managing Environmental Risk in Real Estate and Business Transactions,* The West Group, (actualizado anualmente), el cual sigue siendo una referencia estándar y guía práctica en el derecho ambiental de Estados Unidos. Durante sus años en la práctica privada como abogada en Estados Unidos, representó a clientes comerciales, agencias gubernamentales, pueblos y ciudades, y ciudadanos privados en diversos escenarios, entre ellos concesión de permisos administrativos, inspecciones y cumplimiento de normas, negociaciones transaccionales y litigación. A finales de la década de 1980, empezó a trabajar fuera de los Estados Unidos, al representar a algunos clientes privados, pero principalmente trabajando con los sectores gubernamental, intergubernamental, privado y grupos de la sociedad civil en el desarrollo de soluciones prácticas a necesidades y controversias legislativas y transaccionales.

Entre los años 1988 a 2000, se desempeñó principalmente como consultora en legislación ambiental nacional y técnica, específicamente a través de organismos de las Naciones Unidas como la FAO, PNUD y FMAM. En esa capacidad, dio asistencia técnica a 24 países en vías de desarrollo y países en transición y a tres grupos indígenas en el desarrollo de leyes ambientales y el establecimiento de sistemas de regulación. En varias de estas asignaciones, su trabajo se enfocó en la aplicación de conceptos comerciales y financieros y leyes para fines ambientales, como el uso de fondos fiduciarios ambientales y de conservación, sistemas de hipoteca y tarifas, sistemas de permisos comerciales, programas de certificación, sistemas de compensación, incentivos y otras medidas para estos propósitos.

Después del año 2000, Tomme Rosanne Young fungió como Funcionaria Legal Senior en la UICN hasta abril de 2006. Aunque continuó prestando consejo legislativo nacional y asistencia técnica trabajando directamente con gobiernos de nueve países, su labor principal ha sido en el campo de derecho y política internacional, particularmente en el trabajo con y a través de instrumentos ambientales y de conservación globales y regionales, y ha ayudado en su implementación a nivel nacional. Desde el año 2003, ha liderado el Proyecto ABS, bajo el cual ha sido publicado este libro. Su primer trabajo formal en ABS empezó con un proyecto de la FAO iniciado en 1991, bajo el cual ella investigó el tema detalladamente, en preparación para el desarrollo de una guía para la puesta en práctica del CDB por parte de los países miembros de la FAO. Tomme Rosanne Young está orgullosa de decir que sus opiniones sobre los temas de ABS han evolucionado desde ese trabajo inicial.

Ciudadana estadounidense, actualmente reside en Bonn, Alemania.

Publicaciones del proyecto ABS

EPLP No. 54
Accessing Biodiversity and Sharing the Benefits: Lessons from Implementing the Convention on Biological Diversity
Edited by Santiago Carrizosa, Stephen B. Brush, Brian D. Wright, Patrick E. McGuire, 2004
También disponible en chino (2006)

EPLP No. 57
Explanatory Guide to the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture
Gerald Moore and Witold Tymowski, 2005
También disponible en francés (2008) y español (2008)

La Serie ABS

EPLP 67, No. 1
Addressing the Problems of Access: Protecting Sources, While Giving Users Certainty
Jorge Cabrera Medaglia and Christian López Silva, 2007.
También disponible en francés (2008) y español (2008)

EPLP 67, No. 2
Beyond Access: Exploring Implementation of the Fair and Equitable Sharing Commitment in the CBD
Morten Walløe Tvedt and Tomme Young, 2007.
También disponible en francés (2008) y español (2008)

EPLP 67, No. 3
A Moving Target: Genetic Resources and Options for Tracking and Monitoring their International Flows
Manuel Ruiz and Isabel Lapeña, editors, 2007.
También disponible en francés (2008) y español (2008)

EPLP 67, No. 4
Contracting for ABS: The Legal and Scientific Implications of Bioprospecting Contracts
Shakeel Bhatti, Santiago Carrizosa, Patrick McGuire, Tomme Young, editors, 2008

EPLP 67, No. 5
Covering ABS: Addressing the Need for Sectoral, Geographical, Legal and International Integration in the ABS Regime
Tomme Young, editor, 2008

Próximamente estarán disponibles traducciones de la Serie ABS en los idiomas francés y español. El proyecto continúa en la búsqueda de fondos y otro tipo de ayuda para la traducción de los libros a otros idiomas. Personas y organizaciones interesadas pueden contactar al Centro de Derecho Ambiental para mayor información:

Centro de Derecho Ambiental de la UICN
Godesberger Allee 108-112 · 53175 Bonn, Alemania
elcsecretariat@iucn.org

Un amplio rango de publicaciones del Centro de Derecho Ambiental están disponibles en línea:
www.iucn.org/law

UICN
Unión Mundial para la Naturaleza

Programma de Derecho Ambiental de la UICN
Centro de Derecho Ambiental
Godesberger Allee 108-112
53175 Bonn
Alemania
Tel.: ++49.228.2692 231
Fax: ++49.228.2692 250
elcsecretariat@iucn.org
www.iucn.org/law

Ministerio Federal de
Cooperación Económica
y Desarrollo