



CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA

Distr.
GENERAL

UNEP/CBD/WG-ABS/3/2
10 de noviembre de 2004

ESPAÑOL
ORIGINAL: INGLÉS

GRUPO DE TRABAJO ESPECIAL DE COMPOSICIÓN ABIERTA SOBRE ACCESO Y PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS

Tercera reunión
Bangkok, 14-18 de febrero de 2005
Tema 4 del programa provisional*

ANÁLISIS DE LOS INSTRUMENTOS LEGALES NACIONALES, REGIONALES E INTERNACIONALES VIGENTES EN RELACIÓN CON EL ACCESO Y LA PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS Y EXPERIENCIA GANADA EN SU APLICACIÓN, INCLUSO LA DETERMINACIÓN DE LAGUNAS

Nota del Secretario Ejecutivo

I. INTRODUCCIÓN

1. En la Decisión VII/19 D, la Conferencia de las Partes decidió “dar al Grupo de Trabajo Especial de composición abierta sobre acceso y participación en los beneficios el mandato de elaborar y negociar un régimen internacional sobre acceso a los recursos genéticos y la participación en los beneficios con miras a adoptar un instrumento /instrumentos con el fin de aplicar efectivamente las disposiciones del artículo 15 y del artículo 8 (j) del Convenio y los tres objetivos del Convenio” y recomendó que el Grupo de trabajo especial de composición abierta sobre acceso y participación en los beneficios “funcione de conformidad con las siguientes atribuciones que figuran en el anexo de la presente decisión”. ^{1/}

2. En el preámbulo de la Decisión VII/19 D, la Conferencia de las Partes observó “que se requiere un mayor análisis de los instrumentos y regímenes jurídicos nacionales, regionales e internacionales que están actualmente vigentes relativos al acceso y la participación en los beneficios y de la experiencia adquirida en su aplicación, incluidas las lagunas y sus consecuencias”. Además, en las atribuciones del Grupo de trabajo que figuran en el anexo de la misma decisión se estipula que la negociación del régimen internacional esté inspirada “en, entre otros, el análisis de los instrumentos jurídicos y otros instrumentos nacionales, regionales e internacionales existentes relativos al acceso y la participación en los beneficios, incluyendo contratos de acceso; experiencias adquiridas en su aplicación, los mecanismos de cumplimiento y de observancia y cualquier otra opción.”

3. Por consiguiente, en la presente se proporciona un análisis de los instrumentos jurídicos vigentes y otros a los niveles nacional, regional e internacional relativos al acceso y a la participación en los beneficios, teniéndose en cuenta los instrumentos vigentes que figuran en la lista del anexo a la

* UNEP/CBD/WG-ABS/3/1.

^{1/} Decisión VII/19D, párrafos 1 y 2.

Decisión VII/19 D, en la sección d) sub-párrafo xxiii) de las atribuciones como elementos por considerar por el grupo de trabajo con miras a incluirlos en el régimen internacional.

II. RESEÑA DE LOS INSTRUMENTOS VIGENTES RELATIVOS AL ACCESO Y A LA PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS

A. Instrumentos jurídicos internacionales

4. En esta sección se proporciona una descripción general de los instrumentos internacionales indicados por la Conferencia de las Partes que habrían de ser considerados para incluirlos en el régimen internacional, así como un examen de su pertinencia al acceso y a la participación en los beneficios.

1. Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de la FAO

Descripción general del instrumento

5. El Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura fue adoptado por la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) en noviembre de 2001 y entró en vigor el 29 de junio de 2004. Al 1 de noviembre de 2004, habían ratificado el Tratado 61 países y la Comunidad Europea. Este tratado jurídicamente vinculante cubre todos los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura. Sus objetivos son “la conservación y la utilización sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y la distribución (sic) justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización en armonía con el Convenio sobre la Diversidad Biológica, para una agricultura sostenible y la seguridad alimentaria”.

Componente de acceso y participación en los beneficios

6. Uno de los principales componentes de este Tratado, el Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de Beneficios atiende al acceso y a la participación en los beneficios y respalda la labor de obtentores y agricultores. El Sistema Multilateral se aplica a más de 60 géneros de plantas, que incluyen 64 cultivos y forrajes importantes. Los cultivos cubierta por el Sistema Multilateral figuran en la lista del anexo I del Tratado. Puede considerarse que el Sistema Multilateral es una aplicación particular de los principios del artículo 15, párrafo 2, del Convenio a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura cubiertos por el Sistema Multilateral. En su artículo 10, las Partes contratantes en el Tratado reconocen los derechos soberanos de los Estados sobre sus propios recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y acuerdan establecer un Sistema Multilateral para facilitar el acceso a estos recursos y compartir de forma justa y equitativa los beneficios dimanantes de su utilización. El mecanismo para facilitar el acceso facilitado y la participación en los beneficios es un Acuerdo de transferencia de material (MTA) estándar que ha de adoptar el Órgano rector que establecerá las condiciones para el acceso a estos recursos genéticos y la participación en los beneficios. En el Tratado se establecen varios términos y condiciones obligatorios por incluir en el MTA pero se encomiendan al Órgano rector varias cuestiones de negociación. En el acceso se preverá la utilización y la conservación para la investigación, el mejoramiento y la capacitación para la alimentación y la agricultura. En el Tratado se prevé la participación en los beneficios por conducto del pago de beneficios monetarios y de otro tipo de la comercialización; intercambio de información; acceso y transferencia de tecnología; y creación de capacidad.

7. Se ha establecido un grupo de expertos, en virtud de la Resolución 3/2001 de la Conferencia de la FAO que adoptó el Tratado, a fin de preparar recomendaciones para la primera reunión del Órgano rector relativas a la forma y contenido del Acuerdo de transferencia de material estándar.

2. *El Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio de la OMC*

Descripción general del instrumento 2/

8. El Acuerdo ADPIC entró en vigor el 1 de enero de 1995 como resultado de la Ronda de Uruguay de negociaciones multilaterales de comercio. Se extiende a las esferas de propiedad intelectual tales como los derechos de autor y otros conexos, marcas de fábrica y de comercio, indicaciones geográficas, patentes, incluida la protección de nuevas variedades de plantas, esquemas de trazado de los circuitos integrados, protección de la información no divulgada, incluidos los secretos comerciales y los datos de pruebas.

9. En el Acuerdo se establecen las normas mínimas de protección que han de proporcionar los miembros en cada una de las esferas principales de la propiedad intelectual cubiertas por el Acuerdo ADPIC. También trata de procedimientos y correcciones nacionales para la imposición de los derechos de propiedad intelectual y hace que las controversias entre los miembros de la OMC acerca del respeto a las obligaciones de ADPIC estén sujetas a los procedimientos de solución de controversias de la OMC. En el Acuerdo se prevé también la aplicación de los principios básicos de GATT, tales como los de trato de la nación más favorecida y trato nacional.

10. Entre los objetivos principales del Acuerdo ADPIC se incluyen los de reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo, fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual y asegurarse de que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo. En el artículo 7 del Acuerdo se establece como uno de sus objetivos que la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones.

11. Respecto a las patentes, en el artículo 27 1) del Acuerdo, se definen los requisitos oficiales relativos a la cuestión de materia patentable y se prevé que las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones siempre que sean “nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial”.

12. En el artículo 27, párrafo 3 b) del Acuerdo se prevé que los Miembros podrán excluir de la patentabilidad las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, cualquier país que excluya las variedades de especies vegetales de la protección de patentes debe proporcionar un sistema *sui generis* efectivo de producción. Por lo tanto, los miembros pueden decidir si conceden o no patentes para procesos de plantas animales o biológicos. El Acuerdo insta a un análisis de las disposiciones del artículo 27.3 b) cuatro años después de que el acuerdo entre en vigor. Tal examen está en curso. Además, debe señalarse que en el párrafo 19 de la Declaración de Doha de 2001 se ha ampliado el ámbito del debate. Se prevé que el Consejo de ADPIC debería también examinar la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore, y otros nuevos acontecimientos pertinentes señalados por los Miembros de conformidad con el párrafo 1 del artículo 71. También se prevé que el trabajo del Consejo ADPIC sobre estos temas se regirá por los objetivos y principios enunciados en los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC y tendrá plenamente en cuenta la dimensión de desarrollo.

Pertinencia al acceso y a la participación en los beneficios

13. En el Consejo ADPIC se ha atendido a varias cuestiones relativas a la revisión del artículo 27.3 b), a la relación entre el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Acuerdo ADPIC y a la posibilidad

^{2/} Véanse otros detalles en www.wto.org.

de ampliar los criterios de patentabilidad de inventos basados en materiales genéticos o en los correspondientes conocimientos tradicionales.

14. Aunque algunos miembros han expresado la opinión de que el Acuerdo ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica son ya compatibles, otros miembros han argüido que debería enmendarse el Acuerdo ADPIC para garantizar su compatibilidad con el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Más en concreto se ha propuesto que debería enmendarse el Acuerdo ADPIC de forma que se exija a los solicitantes de patentes divulgar en sus solicitudes el origen de los recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales asociados cuando el asunto objeto de la solicitud se base en los recursos genéticos o en los correspondientes conocimientos tradicionales. Se ha propuesto también que el solicitante presente pruebas de consentimiento fundamentado previo y de participación en los beneficios. Otros opinan que en el Acuerdo ADPIC debería prohibirse la concesión de patentes a cualquier forma de vida. Otros países han propuesto atender a la cuestión de la divulgación del origen de los recursos genéticos y de los correspondientes conocimientos tradicionales como requisito autónomo y otro país ha propuesto que se atienda a la cuestión de la divulgación enmendando el Tratado de cooperación de patentes adoptado bajo la égida de la OMPI. No se ha llegado al consenso todavía sobre esta cuestión. La última propuesta, de la que se dispone como documento IP/C/W/429, de fecha 20 de septiembre de 2004, fue presentada por Brasil, India, Pakistán, Perú, Tailandia, y Venezuela y fue considerada en la reunión del Consejo ADPIC el 21 de septiembre de 2004. En la propuesta se exploran los requisitos de divulgación relativos al origen de los recursos genéticos y de cualesquiera conocimientos tradicionales utilizados en un invento. Se analizan los motivos de tal requisito y se proporcionan propuestas relativas a la forma que pudiera tomar y a las consecuencias de su incumplimiento. No se logró ningún progreso importante en esa reunión.

3. *Convenciones y tratados de la OMPI*

15. La OMPI administra 23 tratados internacionales que tratan de diversos aspectos de la protección de la propiedad intelectual y tiene a 180 países como Estados miembros. Los tratados de pertinencia al sistema de patentes internacionales son aquellos que atañen de modo particular a la cuestión de acceso a los recursos genéticos y a la participación en los beneficios.

16. En septiembre-octubre de 2001, en las 36ª serie de reuniones de las Asambleas de los Estados Miembros de la OMPI, los Estados miembros convinieron en que la OMPI debería iniciar consultas con miras a preparar un proyecto estratégico para el cambio del sistema internacional de patentes.^{3/} Se estudiaron los acontecimientos relativos a varios aspectos de sistema de patentes en varios foros dentro de la OMPI tales como aquellos relacionados con el Tratado sobre el Derecho de Patentes (PLT), el Proyecto de Tratado sobre el Derecho Sustantivo de Patentes (SPLT), la Reforma del Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT) y el Comité intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore. El orden del día sobre patentes de la OMPI ha de asegurar, entre otras cosas, la eficacia de estos procesos e instrumentos y su mutua congruencia.

17. Una Conferencia Diplomática adoptó el 1 de junio de 2000 el Tratado sobre el Derecho de Patentes (PLT). El PLT tiene como finalidad armonizar los requisitos oficiales establecidos por las oficinas de patentes nacionales o regionales para la presentación de solicitudes nacionales o regionales de patentes. Se decidió en esa ocasión por el Comité permanente de la OMPI sobre el derecho de patentes (SCP) iniciar la labor sobre armonización del derecho sustantivo de patentes. En la reunión de noviembre de 2001, el SCP convino en un enfoque para establecer una interfaz sin interrupciones entre el SPLT, el PLT y el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT). Está en la actualidad estudiándose un proyecto del Tratado de derechos de patentes sustantivos. Además, en octubre de 2000 se inició una reforma del Tratado de cooperación en materia de patentes y está en vías de realización. El Tratado de Cooperación en materia de Patentes es un instrumento internacional que permite el procesamiento de una sola solicitud internacional de patente en el caso de patentes en múltiples países miembros del Tratado de Cooperación en materia de Patentes en lugar de tener que tramitar las solicitudes en la oficina nacional de

^{3/} Véanse otros detalles en el sitio web de la OMPI relativos al orden del día sobre patentes.

cada país. Una solicitud de patente internacional está sometida a una “búsqueda internacional” realizada por una de las oficinas importantes de patentes designada por la Asamblea del PCT respecto a estado de la técnica, novedad y actividad inventiva.

18. Además, el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (IGC) de la OMPI fue establecido por la Asamblea General de la OMPI en octubre de 2000 como foro para el debate y el diálogo acerca de la relación entre propiedad intelectual (IP), y los conocimientos tradicionales, recursos genéticos y expresiones culturales tradicionales. Se consideraba que estos temas se referían a uno y otro de los ramos convencionales del derecho de propiedad intelectual y, por consiguiente, no caían dentro del ámbito de otros órganos de la OMPI. ^{4/}

Relación con el acceso y la participación en los beneficios

19. Las cuestiones relativas al acceso y a la participación en los beneficios han sido analizadas esencialmente por el IGC. Sin embargo, varios Estados miembros han manifestado la opinión de que las cuestiones relativas al acceso y a la participación en los beneficios, tales como las de divulgación del origen de los recursos genéticos y los correspondientes conocimientos tradicionales deberían analizarse en el contexto de la reforma del PCT y el desarrollo del SPLT.

20. Entre las cuestiones examinadas por el IGC, es de particular importancia para la negociación de un régimen internacional la cuestión de la divulgación del origen de los recursos genéticos y de los correspondientes conocimientos tradicionales en las solicitudes de patentes. La OMPI realizó un estudio técnico sobre los requisitos de divulgación relativos a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales en respuesta a la invitación de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, ^{5/} y lo puso a disposición de la Conferencia de las Partes en su séptima reunión (UNEP/CBD/COP/7/INF/17). En esta reunión, la Conferencia de las Partes invitó a la OMPI a continuar con la labor sobre esta cuestión mediante su Decisión VII/19 E, párrafo 8.

21. Esta invitación fue considerada por el IGC en su sexto período de sesiones de marzo de 2004. En esta reunión el Comité convino en que la invitación debería ser considerada en primer lugar por la Asamblea General de la OMPI por celebrar en septiembre-octubre de 2004 con miras a determinar cuál de los foros de la OMPI sería el más apropiado para analizar esta cuestión. Aunque varios países opinaban que el IGC era el órgano más apropiado para responder a tal invitación, otros países manifestaron la opinión de que la protección de los recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales frente a una apropiación inadecuada debería atenderse en relación con instrumentos jurídicos relacionados con patentes y en particular incorporando los cambios necesarios a estos instrumentos a fin de asegurar que se preveía en los mismos la declaración de la fuente de los recursos genéticos o de los conocimientos tradicionales. Por consiguiente, estos países sugirieron que la cuestión de la divulgación debería analizarse en el contexto de la reforma del PCT y de los debates relacionados con el SPLT.

22. En el cuarto período de sesiones del Grupo de trabajo sobre las reformas del Tratado de Cooperación en materia de patentes (PCT), celebrada del 19 al 23 de mayo de 2003, Suiza presentó propuestas relativas a medidas de transparencia en virtud del derecho de patentes en la esfera de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales. ^{6/} La esencia de la propuesta consistía en que la legislación nacional sobre patentes pudiera exigir la declaración de la fuente de los recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales en las solicitudes de patentes, si la invención se basaba directamente en tales recursos y conocimientos tradicionales. Se presentaron otros comentarios sobre estas propuestas en la sexta reunión de este Grupo de trabajo (mayo 3-7, 2004) con la finalidad de que el grupo de trabajo pudiera tener un debate más a fondo de sus propuestas. ^{7/} Estos comentarios cubrían el uso de términos y

^{4/} Véanse otros detalles en www.wipo.int/tk/en/igc/

^{5/} Véase la decisión VI/24C, párrafo 4.

^{6/} Documento PCT/R/WG/5/11 de la OMPI.

^{7/} Se presentaron estos comentarios a la SCDB por el Gobierno de Suiza y también se dispone de los mismos como documento PCT/R/WG/6/11 de la OMPI.

expresiones, la fuente de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales, el ámbito de la obligación de declarar esta fuente en las solicitudes de patentes y las posibles sanciones legales por la falta de divulgación o por la divulgación errónea de la fuente. Se manifestaron opiniones divergentes en respuesta a estas propuestas y el grupo de trabajo convino en debatir de nuevo el asunto en su próxima reunión a finales de noviembre de 2004. ^{8/} Las opiniones manifestadas en esta reunión reflejan la falta de consenso entre los Estados miembros de la OMPI con respecto al foro apropiado para debatir asuntos relativos a la cuestión de la divulgación en las solicitudes de patente de la fuente de los recursos genéticos y de los correspondientes conocimientos tradicionales.

23. En su 15º período de sesiones extraordinario de septiembre/octubre de 2004, la Asamblea General de la OMPI consideró la invitación de la Conferencia de las Partes en su séptima reunión relativa a los vínculos entre acceso a los recursos genéticos y requisitos de divulgación en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual. La Asamblea General decidió que la OMPI debería responder positivamente a la invitación de la Conferencia de las Partes y estableció un calendario y modalidades para examinar la cuestión, incluida la celebración de una reunión intergubernamental especial en mayo de 2005 que considerara un proyecto de documento y presentara un proyecto revisado del mismo a la Asamblea General en su período de sesiones ordinario de septiembre de 2005.

4. *Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales*

Descripción general

24. El Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales se firmó en París en 1961 y entró en vigor en 1968. Fue revisado en 1972, 1978 y 1991. La Ley de 1991 del Convenio UPOV entró en vigor en 1998. La finalidad del Convenio UPOV es “asegurar que los miembros de la Unión reconocen el logro de los obtentores de nuevas variedades de plantas concediéndoles un derecho de propiedad intelectual en base a un conjunto de principios claramente definidos”. Por lo tanto, el Convenio prevé una forma *sui generis* de protección intelectual adaptada concretamente al proceso de obtención de vegetales y elaborado con el objetivo de exhortar a los obtentores a preparar nuevas variedades de plantas. Para ser admisible la protección, las variedades han de ser: i) distintas de las actuales variedades comúnmente conocidas; ii) suficientemente uniformes; iii) estables; y iv) nuevas en el sentido de que no deben haber sido comercializadas antes de determinadas fechas establecidas por referencia a la fecha de la solicitud de protección.”^{9/} La Convención ofrece a los obtentores en forma de un “derecho de obtentor”, si esta variedad de planta satisface las condiciones precedentes. El ámbito del derecho de los obtentores está sin embargo limitado por dos importantes excepciones (artículo 15). La primera excepción, conocida como “exención de obtentor” permite el uso de materiales de propagación de la variedad protegida sin autorización previa para los fines de obtención de otras variedades. Con la exención de obtentor se eleva al óptimo la mejora de variedades asegurando que las fuentes de germoplasma continúan siendo accesibles para todos los obtentores. La segunda excepción interesa al derecho de los agricultores de utilizar semillas ahorradas en la granja para nuevas plantaciones. Esto se conoce como “privilegio de agricultores” y se trata con ello de salvaguardar la práctica común de los agricultores de guardar sus propias semillas para los fines de una nueva siembra. Sin embargo, el Convenio exige que se reglamente el privilegio de los agricultores “dentro de límites razonables y a reserva de salvaguardar los intereses legítimos de los obtentores.” Al 1 de agosto de 2004, eran Partes en el Convenio UPOV 55 Estados. La misión de UPOV es “proporcionar y fomentar un sistema efectivo de protección de variedades de plantas con la finalidad de exhortar al desarrollo de nuevas variedades de plantas en beneficio de la sociedad.”^{10/}

Relación con el acceso y la participación en los beneficios

25. En respuesta a notificaciones del Secretario Ejecutivo invitando a organizaciones internacionales pertinentes a contribuir al trabajo sobre acceso y participación en los beneficios, el Vicesecretario General de la UPOV proporcionó respuestas detalladas haciendo hincapié en los aspectos de acceso y

^{8/} Véase el Informe de la reunión en el documento PCT/R/WG/6/12 de la OMPI.

^{9/} Publicación Núm. 437 (E) de la UPOV, 10 de noviembre, edición de 2003.

^{10/} Ibid.

participación en los beneficios que figuran en el Convenio UPOV. Se incluye la ponencia de UPOV en la recopilación de ponencias presentadas por Partes, organizaciones internacionales y otros interesados pertinentes (UNEP/CBD/WG-ABS/3/INF/1).

26. En estas comunicaciones, UPOV destacó la importancia del acceso a los recursos genéticos para asegurar que se logra un progreso en la cría de plantas. Se refirió también al concepto de exención de obtentores en el Convenio UPOV que se hace eco de la opinión de UPOV de que la comunidad mundial de obtentores necesita tener acceso a todas las formas de materiales de cría para que continúe el progreso en la obtención de plantas y por consiguiente para elevar al máximo el uso de los recursos genéticos en beneficio de la sociedad. En las comunicaciones se incluye también una referencia a los principios inherentes a la participación en los beneficios en el Convenio de UPOV, en forma de exención de obtentores y otras excepciones al derecho de obtentores. Se manifiesta la inquietud respecto a cualesquiera otras medidas para participación en los beneficios que pudieran producir barreras innecesarias al progreso en la cría y utilización de recursos genéticos. Por último, UPOV exhorta al grupo de trabajo sobre acceso y participación en los beneficios a reconocer estos principios en su labor y asegurar que cualesquiera de las medidas que desarrolle prestan apoyo a estos principios y al Convenio de UPOV.

5. *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*

Descripción general

27. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar fue adoptada en 1982 y entró en vigor el 16 de noviembre de 1994. En la actualidad son Partes en la Convención 145 Estados. Se adoptó la Convención para establecer “ con el debido respeto de la soberanía de todos los Estados, un orden jurídico para los mares y océanos que facilite la comunicación internacional y promueva los usos con fines pacíficos de los mares y océanos, la utilización equitativa y eficiente de sus recursos, el estudio, la protección y la preservación del medio marino y la conservación de sus recursos vivos.” La Convención establece un marco general que rige todas las actividades en los océanos. Establece regímenes específicos para recursos vivos de alta mar y recursos minerales del fondo marino y oceánico y su subsuelo más allá de los límites de la jurisdicción nacional (“la Zona”) así como para la investigación científica marina. La Parte XII de la Convención incluye disposiciones generales relativas a la protección y preservación del medio marino. Se prevén medidas para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino; prevenir y controlar la introducción de especies extrañas o nuevas; la cooperación mundial y regional para proteger y preservar el medio marino y la vigilancia y evaluación de los impactos ambientales de las actividades. El régimen de la Zona establecido en la Parte XI se basa en el principio de que la Zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad. Sin embargo, la definición del término “recursos”, se refiere únicamente a los recursos minerales, por lo que los recursos biológicos quedan fuera del ámbito del régimen normativo. En la Parte XIII de la Convención se establece el régimen para la investigación científica marina y se afirma el derecho de todos los Estados y de organizaciones internacionales competentes de realizar investigaciones científicas marinas incluida en la Zona. Se prevé que tal investigación se realizará exclusivamente para fines pacíficos y en cumplimiento de la reglamentación pertinente adoptada en el marco de la Convención, incluidos los aspectos de protección y preservación del medio marino.

Relación con el acceso y participación en los beneficios

28. En el párrafo 12 de la Decisión II/10, la Conferencia de las Partes pidió al Secretario Ejecutivo que en consulta con el Departamento de asuntos oceánicos y del Derecho del mar de la Oficina de asuntos jurídicos de las Naciones Unidas emprendiera un estudio acerca de la relación entre el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la UNCLOS respecto a la conservación y utilización sostenible de los recursos genéticos del fondo marino y oceánico y su subsuelo para que el OSACTT pudiera estudiar las cuestiones científicas, técnicas y tecnológicas relativas a prospecciones biológicas de recursos genéticos del fondo marino y oceánico y su subsuelo. Se examinó mediante este estudio la cuestión del acceso a los recursos genéticos en el fondo marino y oceánico y su subsuelo y lo relativo a la participación en los beneficios (UNEP/CBD/SBSTTA/8/INF/3/Rev.1). Una síntesis de este estudio (UNEP/SBSTTA/8/9/Add.3/Rev.1),

/...

fue considerada por la octava reunión del OSACTT y proporciona una útil reseña de la relación entre el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la UNCLOS con respecto a la conservación y utilización sostenible de los recursos genéticos del fondo marino y oceánico y su subsuelo más allá de la jurisdicción nacional y analiza también la cuestión de los recursos genéticos marinos en la Zona. ^{11/}.

29. En el estudio se toma nota de que las disposiciones de la UNCLOS y las del Convenio sobre Diversidad Biológica aunque son complementarias y se apoyan mutuamente en lo relativo a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica marina y costera, existe una laguna jurídica importante respecto a actividades comercialmente orientadas hacia los recursos genéticos de la Área. Aunque en la UNCLOS se incluyen disposiciones relativas a la investigación científica marina, incluso en áreas más allá de la jurisdicción nacional no es claro lo relativo a las prospecciones biológicas. En lo que atañe al Convenio sobre la Diversidad Biológica, en áreas más allá de los límites de la jurisdicción nacional, las disposiciones del Convenio solamente se aplican a actividades y procesos realizados bajo la jurisdicción o control de una Parte que pudieran tener impactos adversos en la diversidad biológica. Por lo tanto, las disposiciones del Convenio relativas al acceso a los recursos genéticos y a la participación en sus beneficios no tienen aplicación a recursos genéticos en áreas más allá de la jurisdicción nacional. El artículo 15 del Convenio sobre la Diversidad Biológica que trata de la cuestión del acceso a recursos genéticos y participación en los beneficios se basa en el principio de la soberanía de los Estados sobre los recursos genéticos. Las disposiciones del artículo 15 se aplican solamente a recursos genéticos que proporcionan Partes contratantes que sean países de origen de tales recursos o de Partes que los hayan adquirido de conformidad con el Convenio. Por lo tanto, quedan fuera del alcance del artículo 15 los recursos genéticos situados en zonas más allá de los límites de la jurisdicción nacional.

30. El estudio concluye que los dos convenios incluyen principios, conceptos, medidas y mecanismos útiles que pudieran servir de bloques de construcción para un régimen jurídico específico que se concentre en la conservación y utilización sostenible de recursos genéticos marinos del fondo marino y oceánico y su subsuelo más allá de los límites de la jurisdicción nacional. El principio de patrimonio común de la humanidad en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar pudiera servir como un concepto subyacente importante de construcción para recursos genéticos del lecho profundo del mar. Además, los dos convenios comparten algunos principios y conceptos tales como el de la responsabilidad de los Estados en actividades bajo su jurisdicción y control; el enfoque por ecosistemas; el establecimiento de áreas marinas protegidas; el intercambio de información, la consulta y la notificación relativa a actividades; la evaluación del impacto en el medio ambiente; la utilización sostenible; y la participación justa y equitativa en los beneficios. Estos principios servirían de instrumentos útiles para analizar los aspectos de conservación y de equidad en la gestión de los recursos genéticos del fondo marino y oceánico y su subsuelo más allá de la jurisdicción nacional.

31. La Conferencia de las Partes consideró cuestiones dimanantes del estudio de la relación entre el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la UNCLOS en su Decisión VII/5 sobre diversidad biológica marina y costera ^{12/}. La Conferencia de las Partes reconocía que era necesario continuar con el trabajo sobre esta cuestión y pidió al Secretario Ejecutivo que en consulta con las Partes y con organizaciones pertinentes recopilara información para someterla a la consideración del OSACTT sobre las siguientes cuestiones: información sobre los métodos de identificación, evaluación y vigilancia de los recursos genéticos del fondo marino y oceánico y su subsuelo en zonas más allá de los límites de la jurisdicción nacional; información sobre la situación y tendencias de estos recursos genéticos incluida la identificación de amenazas y las opciones técnicas para su protección.

32. Además, la Conferencia de las Partes invitó “a las Partes a presentar sus inquietudes relativas al asunto de la conservación y utilización sostenible de los recursos genéticos del lecho profundo del mar más allá de los límites de la jurisdicción nacional en la siguiente reunión de la Asamblea General.”

^{11/} Cuando la columna sobre recursos hídricos se convierte en recursos de los mares profundos, el lecho del mar se convierte en “la Zona”.

^{12/} Las secciones pertinentes de la Decisión VII/5 se incluyen en los párrafos 54 a 56.

También invitó a la “Asamblea General a continuar coordinando la labor relativa a la conservación y utilización sostenible de los recursos genéticos del lecho profundo del mar más allá de los límites de la jurisdicción nacional”. Por último, se invitó a las Partes y a otros Estados “a identificar actividades y procesos bajo su jurisdicción o control que pudieran tener impactos adversos significativos en los ecosistemas y especies del lecho profundo del mar más allá de los límites de la jurisdicción nacional para atender a lo relativo al artículo 3 del Convenio”.

6. *La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre*

Descripción general 13/

33. La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres entró en vigor en 1975 y en la actualidad son Partes en la misma 166 Estados. Su finalidad es asegurar que el comercio internacional en especímenes de animales y plantas silvestres no amenaza a su supervivencia.

34. Para ello, CITES reglamenta el comercio internacional en especímenes de especies de fauna y flora silvestres, incluso la exportación, reexportación e importación de animales y plantas vivos y muertos y de partes y derivados de los mismos, en base a un sistema de permisos y certificados que pueden ser utilizados si se satisfacen determinadas condiciones y que han de ser presentados antes de que se autorice que los envíos de especímenes abandonen o entren en un país.

35. Cada Parte en la Convención ha de designar a una o más autoridades administrativas competentes para conceder esos permisos y certificados a reserva del asesoramiento proveniente de una o más autoridades científicas designadas para ese fin.

36. En tres apéndices se enumera una lista de las especies cubiertas por CITES, según el grado de protección que necesitan:

a) En el Apéndice I se incluyen las especies amenazadas de extinción. Se permite solamente el comercio de especímenes de estas especies en circunstancias excepcionales;

b) En el Apéndice II se incluyen especies que si bien en la actualidad no necesariamente están amenazadas de extinción pero cuyo comercio debe controlarse para evitar una utilización incompatible con su supervivencia;

c) En el Apéndice III se incluirán todas las especies que cualquiera de las Partes manifieste que se hallan sometidas a reglamentación dentro de su jurisdicción con el objeto de prevenir o restringir su explotación, y que necesitan la cooperación de otras Partes en CITES en el control de su comercio.

37. Un espécimen de una especie de las listas de CITES puede ser importado o exportado (o re-exportado) de un Estado que sea Parte en la Convención solamente si se ha obtenido el documento apropiado y presentado para su embarque o desembarque en el puerto de entrada o salida.

Relación con el acceso y participación en los beneficios

38. CITES no atiende específicamente a la cuestión del acceso a los recursos genéticos y participación en los beneficios. Sin embargo, en el contexto de los debates relacionados con el acceso y la participación en los beneficios y más en concreto con enfoques para prestar asistencia a las Partes y a los interesados directos en la aplicación de las disposiciones sobre acceso y participación en los beneficios del Convenio sobre la Diversidad Biológica se ha propuesto que el sistema de permisos establecido por la CITES para reglamentar el comercio de especies en peligro constituye una experiencia útil de la cual puede dependerse al examinar la posibilidad de elaborar un certificado internacional de origen/procedencia legal y las implicaciones de tal certificado. Este asunto se examina en el documento UNEP/CBD/WG-ABS/3/5.

7. *El Tratado Antártico*

Descripción general

39. El Sistema del Tratado Antártico es el complejo total de arreglos establecidos para los fines de reglamentar las relaciones entre Estados en la Antártida. En su núcleo está el propio Tratado Antártico. Las Partes originales en el Tratado eran las 12 naciones activas en la Antártida durante el año geofísico internacional de 1957-58. El Tratado fue firmado en Washington el 1 de diciembre de 1959 y entró en vigor el 23 de junio de 1961. Las Partes consultivas en el Tratado Antártico constituyen los 12 Estados originales y otros 14 Estados que se han convertido en Partes adhiriéndose al Tratado y demostrando su interés en la Antártida, por el hecho de realizar allí actividades fundamentalmente científicas.

40. La finalidad primera del Tratado Antártico se expresa afirmando “que es en interés de toda la humanidad que la Antártida continúe utilizándose siempre exclusivamente para fines pacíficos y que no llegue a ser escenario u objeto de discordia internacional.”^{14/} Con este fin, se prohíbe entre otras, toda medida de carácter militar, excepto en apoyo de la ciencia; se prohíben explosiones nucleares y los desechos nucleares; se fomenta la investigación científica y el intercambio de datos; y se mantienen en control todas las reclamaciones territoriales. Para fomentar los principios y objetivos del Tratado, las Partes contratantes procuran poner en práctica medidas relativas a la utilización de la Antártida solamente para fines pacíficos; la facilitación de la investigación científica; la facilitación de la cooperación internacional; las cuestiones relativas al ejercicio de la jurisdicción sobre la Antártida y la preservación y conservación de los recursos vivos de la Antártida. El Tratado se aplica al área al sur de la latitud 60° Sur incluidas todas las barreras de hielo e islas. Sin embargo, se afirma que nada en el Tratado perjudicará ni afectará en modo alguno los derechos o al ejercicio de los derechos de cualquier Estado conforme al Derecho Internacional en lo relativo a la alta mar dentro de esa región. El Tratado se ha complementado mediante recomendaciones adoptadas en reuniones consultivas, con el Protocolo al Tratado Antártico sobre protección del medio ambiente (Madrid, 1991) y con dos convenciones por separado la Convención para la conservación de las focas antárticas (Londres, 1972) y la Convención sobre conservación de recursos vivos marinos antárticos (Canberra, 1980). La Convención sobre la reglamentación de las actividades en recursos minerales antárticos (Wellington, 1988) negociada entre 1982 y 1988 no entrará en vigor.

41. La Convención sobre conservación de recursos marinos antárticos, 1980, proporciona un marco para la conservación de recursos vivos marinos incluidas las medidas para controlar y reglamentar la recolección de tales recursos. Trata de asegurar que la recolección y las actividades asociadas se conformen a los principios básicos de conservación (artículo II). Establece también una Comisión para la conservación de los recursos vivos marinos antárticos (artículo VII), cuyo mandato incluye el de facilitar investigaciones y estudios completos sobre los recursos vivos marinos antárticos y sobre el ecosistema marino antártico; supervisar y evaluar tales recursos; determinar las necesidades de conservación; y formular y adoptar medidas de conservación (artículo IX).

42. El Protocolo al Tratado Antártico sobre protección del medio ambiente de 1991, establece un régimen completo para la protección del medio ambiente antártico y los ecosistemas dependientes y asociados y designa a la Antártica como reserva natural, consagrada a la paz y a la ciencia. El Protocolo requiere que las actividades en el área del Tratado Antártico serán planificadas y realizadas de tal manera que se limite el impacto perjudicial sobre el medio ambiente antártico y los ecosistemas dependientes y asociados (artículo 3). Se definen los impactos perjudiciales en el sentido de que incluyen cambios perjudiciales en la distribución, cantidad o capacidad de reproducción de las especies o poblaciones de especies de la fauna y la flora; peligros adicionales para las especies o poblaciones de tales especies en peligro de extinción o amenazadas; y degradación o el riesgo sustancial de degradación de áreas de importancia biológica o de vida silvestre. En el Anexo II del Protocolo se establece un sistema de permisos relativos a la recolección de fauna y flora antárticas. Solamente se expiden permisos para el suministro de especímenes conducentes a estudios científicos o a información científica y para el

^{14/} Preámbulo del Tratado Antártico.

suministro de especímenes a museos, herbarios, jardines zoológicos y botánicos o otras instituciones o usos educacionales o culturales.

Relación con el acceso y la participación en los beneficios

43. Las disposiciones del Convenio sobre acceso y participación en los beneficios no se aplican a la región Antártica puesto que este territorio está más allá de los límites de la jurisdicción nacional. Sin embargo, las prospecciones biológicas se están convirtiendo en un tema por tratar en la región Antártica. Según un estudio realizado por el Instituto de Estudios Superiores de la Universidad de las Naciones Unidas (UNU/IAS), “Una cantidad cada vez mayor de investigación científica sobre la flora y fauna Antárticas se está realizando con miras a identificar recursos genéticos y bioquímicos comercialmente útiles” y “...es probable que esta tendencia vaya en aumento” (traducción no oficial) ^{15/}

44. Según se indica en este estudio, se debatió en primer lugar lo relativo a las prospecciones biológicas en el sistema del Tratado en 1999 y ha recibido desde entonces atención regular en las reuniones del Comité sobre investigación de la Antártica (SCAR), el Comité para la protección del medio ambiente (CEP) y la Reunión consultiva del Tratado Antártico (ATCM).

45. La investigación comercial no reglamentada en la Antártica está ahora creando inquietudes entre los investigadores pues pudieran ser que no se disponga para la investigación básica de productos patentados y la recolección no reglamentada de muestras pudiera causar daños ecológicos. ^{16/}

46. Aunque el Sistema del Tratado Antártico no regula directamente las actividades de prospecciones biológicas, existen disposiciones pertinentes a la consideración de la cuestión, según lo demostrado en lo precedente, en el Tratado Antártico, su Protocolo sobre protección del medio ambiente y la Convención sobre la conservación de recursos vivos marinos antárticos (CCAMLR). La Convención sobre la reglamentación de las actividades para recursos minerales antárticos (CRAMRA) puede también proporcionar alguna orientación en cuanto a desarrollar medidas que reglamenten las actividades de prospecciones biológicas. Se examinan con más detalle estas disposiciones en el estudio de UNU/IAS.

47. El Comité científico sobre investigación de la Antártica ha propuesto que el Sistema del Tratado Antártico pueda ser revisado a fin de incluir la reglamentación relativa a prospecciones biológicas. También se ha propuesto que UNCLOS y el Convenio sobre la Diversidad Biológica deberían ser examinados para ayudar a encontrar soluciones a la cuestión de las prospecciones biológicas en la Antártica.

48. Las Partes en el Sistema del Tratado Antártico están considerando la cuestión de prospecciones biológicas en el Órgano rector, la reunión consultiva del Tratado Antártico (ATCM). Las prospecciones biológicas en la Antártica formaban parte del orden del día de la vigésima séptima reunión del ATCM, celebrada del 24 de mayo al 4 de junio de 2004 y pronto se dispondrá del informe final de la reunión.

8. Instrumentos sobre derechos humanos

Descripción general

49. La Conferencia de las Partes incluyó en la lista de instrumentos internacionales vigentes por examinar, los siguientes instrumentos sobre derechos humanos: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En lo que sigue se proporciona una descripción general de cada uno de estos instrumentos y de otros que pudieran ser pertinentes y se destacan los vínculos posibles con el acceso y la participación en los beneficios según sean aplicables a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales. Lo que es más importante, estos instrumentos sobre derechos humanos constituyen el contexto para continuar el desarrollo de normas en el sistema internacional. Se dispone de

^{15/} Dagmar Lohan y Sam Johnston, “Bioprospecting in Antarctica: Existing Activities, Policies and Emerging Issues for the Treaty System”, Universidad de las Naciones Unidas, Tokyo, pág.1.

^{16/} Véase el artículo en *Nature*, 11 de agosto del 2004, sobre los resultados de la reunión del Comité científico sobre investigación de la Antártica.

ejemplares de estos instrumentos sobre derechos humanos y de otros en el sitio web de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, <http://www.ohchr.org/english/law/index.htm>

50. La Declaración Universal de Derechos Humanos fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Según lo establecido en su Preámbulo, la Asamblea General proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos“ como ideal común por el que todos los pueblos y naciones ... promuevan el respeto a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y aseguren por medidas progresivas de carácter nacional e internacional su reconocimiento y aplicación universales y efectivos”.

51. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR) fue adoptado y estuvo abierto a la firma, ratificación y adhesión mediante la Resolución 2200A (XXI) de la Asamblea General del 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Detalla los derechos civiles y políticos básicos de los pueblos y de todos los individuos. Entre los derechos de los pueblos se citan: el derecho a la libre determinación; el derecho de disponer libremente de sus riquezas y productos nacionales y el de no ser privado de sus propios medios de subsistencia. Entre los derechos de los individuos se citan: el derecho de recurso legal cuando se han violado sus derechos (incluso si el infractor actuaba en capacidad oficial); el derecho a la vida; el derecho a la libertad y a la libertad de movimientos; el derecho a la igualdad ante la ley; el derecho a la suposición de inocencia hasta que se pruebe la culpabilidad; el derecho a apelar una convicción; el derecho a ser reconocido como persona ante la ley; el derecho de carácter privado y protección y que ese carácter privado sea incluido por ley; libertad de pensamiento, conciencia, y religión; libertad de opinión y expresión; libertad de asamblea y asociación.

52. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR) fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión mediante la Resolución 2200A (XXI) de la Asamblea General del 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976. De modo análogo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 1 y 2 (parte 1) se concentran también en el derecho de la libre determinación como derecho de todos los pueblos y observa que los Estados tienen una obligación de promover la libre determinación. Describe los derechos económicos, sociales y culturales básicos de los individuos y de las naciones, incluido el derecho de: libre determinación; de salario equitativo e igual por trabajo de igual valor; de igual oportunidad para todos de ser promovidos, de fundar sindicatos; de huelga; de obtener remuneración o compensación de otro modo por permiso de maternidad; de educación primaria libre y de acceso a la educación a todos los niveles; y derechos de autor, de patentes y de marcas comerciales para la propiedad intelectual.

Relación con el acceso y la participación en los beneficios

53. Aunque no haya un vínculo directo con el acceso y la participación en los beneficios, el desarrollo y la aplicación de un régimen de acceso y participación en los beneficios en el marco del Convenio puede tener un impacto positivo o negativo en el respeto y ejercicio de los derechos encuadrados en estos instrumentos, particularmente en lo que atañe a la protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales.

54. La Declaración Universal está sustentada por el principio de no discriminación (artículo 7). Dada la discriminación histórica y las desventajas sociales que afectan a las comunidades indígenas y locales, la no discriminación (a excepción de las medidas de discriminación positivas) debería sustentar el desarrollo de normas establecidas para protegerlas) y/o su propiedad (es decir, conocimientos tradicionales). Pudiera además inferirse que deben protegerse los conocimientos tradicionales por lo menos con la misma categoría que otras formas de propiedad intelectual, sea que se expresen individual o colectivamente. Además, el artículo 29 (1) de la Declaración indica que: “Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”. Esto va en apoyo del concepto indígena de que los titulares particulares de los conocimientos colectivos son responsables ante la comunidad para salvaguardar, utilizar y transmitir tales conocimientos y , por consiguiente, esto es pertinente a los regímenes de acceso y participación en los beneficios.

55. El artículo 47 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 47) estipula que: “Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de

todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales. .” En este artículo lo mismo que en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se reconoce un principio básico relativo al acceso a los recursos genéticos que es el reconocimiento de los derechos soberanos sobre los recursos naturales.

56. Además, la oración “disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales”, parecería implicar que los Gobiernos controlarían y administrarían sus recursos naturales que lógicamente llevarán consigo el establecimiento de mecanismos a fin de evitar una apropiación indebida de las riquezas y recursos naturales, reglamentar el acceso y asegurar arreglos de participación en los beneficios que sean justos y equitativos.

57. El artículo 1, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos, Económicos Sociales y Culturales estipula que:

“Todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.”

Si el concepto de “riquezas y recursos nacionales” y “beneficio recíproco” y “medios de subsistencia” incluyera y se aplicara a los regímenes de acceso y participación en los beneficios debería acordarse a las comunidades indígenas y locales el derecho de determinar libremente el uso de sus conocimientos tradicionales y de los recursos genéticos y que los regímenes de acceso y participación en los beneficios deberían construirse en base a este principio. Además, los conceptos que figuran en el entorno del artículo 15 del Pacto, tales como el derecho a participar en la vida cultural y de gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones y, también el disfrute de la protección de los intereses morales y materiales consiguientes a cualquier producción científica, literaria o artística, de la que una persona sea el autor, pueden además tenerse en cuenta en el contexto del acceso y de la participación en los beneficios con miras a asegurar el equilibrio entre los derechos de los que proporcionan los conocimientos o los recursos genéticos y los recursos de la comunidad y los derechos de la comunidad en sentido más amplio..

58. Es también digno de nota que la Convención de la Organización Internacional del Trabajo Núm. 169 (OIT 169) continúa siendo el único instrumento internacional que trata concretamente de las comunidades indígenas y locales. Su pertinencia para la construcción de los regímenes de acceso y participación en los beneficios está en que proporciona un contexto mínimo de derechos y determina las normas mínimas para la participación de las comunidades indígenas y locales en sus propios negocios y en el fomento de medidas especiales para garantizar la protección plena de sus derechos.

B. Acuerdos regionales

59. La nota del Secretario Ejecutivo sobre el uso de términos y expresiones, otros enfoques y medidas de cumplimiento (UNEP/CBD/WG-ABS/2/2) preparado para la segunda reunión del Grupo de trabajo especial de composición abierta sobre acceso y participación en los beneficios, proporciona una reseña de los cuatro acuerdos regionales relacionados con el acceso y la participación en los beneficios: la Decisión 391 del Pacto Andino sobre el Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos; el proyecto de Acuerdo de Centroamérica sobre acceso a los recursos genéticos y a los recursos bioquímicos y a los correspondientes conocimientos tradicionales; el proyecto de acuerdo marco ASEAN sobre acceso a los recursos biológicos y genéticos; y la ley modelo de África para la protección de los derechos de las comunidades locales, agricultores y obtentores y para la reglamentación del acceso a los recursos biológicos.

60. Entre estos cuatro instrumentos debe notarse que la Decisión 391 del Pacto Andino es un instrumento jurídicamente vinculante y es más profuso que los otros instrumentos. Las Decisiones de la Comunidad Andina son obligatorias para los países miembros ^{17/} desde la fecha de su aprobación por la Comisión. Respecto al acuerdo ASEAN y al acuerdo de Centroamérica, ambos acuerdos están todavía en

^{17/} Entre estos se incluyen: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

forma de proyecto. Por último, la Ley Modelo de África proporciona un modelo para el desarrollo de la legislación sobre acceso y participación en los beneficios en los países de África y también atiende a cuestiones tales como derechos de los agricultores, derechos de los obtentores de plantas y derechos y responsabilidades de la comunidad. A continuación se proporciona una reseña general de la forma por la que estos acuerdos han atendido al establecimiento de autoridades nacionales competentes, al consentimiento fundamentado previo, a términos mutuamente convenidos, incluidos la participación en los beneficios, los derechos de propiedad intelectual y las medidas de cumplimiento. ^{18/} Debe señalarse que no se pretende explicar las peculiaridades de cada uno de estos instrumentos.

61. *Autoridades nacionales competentes.* En cada uno de los acuerdos se prevé el establecimiento de una autoridad nacional competente por parte de sus Estados miembros. Sus obligaciones se establecen con más o menos detalles. Además, cada uno de los acuerdos, a excepción de la ley modelo de África, prevén el establecimiento de un Comité regional constituido por representantes de la autoridad nacional competente y en algunos casos de otros interesados directos pertinentes. ^{19/} Sus obligaciones se fijan también en cada uno de los acuerdos con más o menos detalles y en general incluyen la coordinación regional del intercambio de información.

62. *Consentimiento fundamentado previo* está cubierto en todos los acuerdos de modo similar. Se prevé que el consentimiento fundamentado previo de las autoridades nacionales competentes sea obtenido antes de tener acceso a los recursos. También se prevé que haya de presentarse una solicitud en la que se incluyan requisitos similares, tales como entre otros: la identificación del solicitante; la divulgación de información relativa a colaboradores locales y al área geográfica concreta en la que está situado el recurso genético. La intervención de las comunidades indígenas y locales y/o otros interesados directos pertinentes en los procedimientos fundamentados previos se analizan en el proyecto de acuerdo ASEAN (artículo 10), en el proyecto de Acuerdo de Centroamérica (artículo 13) y en la Ley Modelo de África (artículo 5). Es también de interés señalar que el proyecto de Acuerdo de Centroamérica prevé que la autoridad nacional competente otorgará el certificado de origen estableciendo la legalidad del acceso al recurso y a los conocimientos tradicionales (artículo 21).

63. *Términos mutuamente convenidos, incluida la participación en los beneficios.* En los instrumentos regionales se prevé el desarrollo de acuerdos de acceso y participación en los beneficios e incluye una lista mínima de términos y condiciones que han de estar cubiertos por el Acuerdo (artículo 11 del proyecto de Acuerdo ASEAN; Decisión 391, capítulo III, artículo 17; Acuerdo de Centroamérica, artículo 19; Ley Modelo de África, artículo 8). La Decisión 391 está particularmente caracterizada porque prevé la firma de la autoridad nacional competente y del solicitante en el contrato de acceso (Capítulo III) y la firma en un contrato accesorio concertado entre el solicitante y el proveedor de los recursos genéticos (Título IV, artículo 41). También es digno de nota que tanto la Ley Modelo de África como el Acuerdo ASEAN prevén que las comunidades indígenas y locales estén implicadas en la negociación de los acuerdos de acceso y participación en los beneficios. ^{20/} Según lo establecido en estos instrumentos regionales, en los contratos de acceso y participación en los beneficios han de incluirse beneficios no monetarios y beneficios monetarios según corresponda (p. ej., Decisión 391, artículos 17 y 35).

64. La transferencia de los recursos biológicos o genéticos a terceras partes se analiza mediante la Decisión 391 (artículo 17), el Acuerdo de Centroamérica (artículo 19) y la Ley Modelo de África (artículo 8). Mientras que la Decisión del Pacto Andino y el Acuerdo de Centroamérica prevén la inclusión en el contrato de acceso de la transferencia a terceras partes, en la Ley Modelo de África se prevé que la transferencia a terceras partes de recursos biológicos, de sus derivados o de los

^{18/} Se incluye el texto de estas medidas en la base de datos sobre medidas ABS disponibles en la dirección: <http://www.biodiv.org/programmes/socio-eco/benefit/measures.aspx>

^{19/} Véase el Artículo 51 de la Decisión 391, artículo 39 del proyecto de acuerdo de Centroamérica, artículo 8 del proyecto de acuerdo ASEAN.

^{20/} Véanse más detalles en el Artículo 7 de la Ley Modelo de África y el Artículo 11 del proyecto de Acuerdo ASEAN.

conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales esté sometida a la autorización de la autoridad nacional competente y de la comunidad local pertinente.

65. La Decisión 391 (artículo 21) y el Acuerdo de Centroamérica (artículo 23) prevén el establecimiento de registros por parte de las autoridades nacionales competentes para incluir información relativa a las solicitudes de acceso y a los acuerdos de acceso y participación en los beneficios.

66. Por último es interesante observar que la Ley Modelo de África prevé el establecimiento de un fondo de genes de la comunidad, obteniéndose sus fondos de la participación en los beneficios con las comunidades agrícolas locales que serán utilizados para financiar proyectos desarrollados por las comunidades de agricultores (Parte VII, artículo 66).

67. Los *Derechos de propiedad intelectual* están cubiertos en todos los acuerdos regionales a excepción del Acuerdo ASEAN. El proyecto de Acuerdo de Centroamérica (artículo 26) prevé que la presentación del certificado legal de origen estableciendo la legalidad del acceso sea solicitada por las autoridades de propiedad intelectual pertinentes antes de la inscripción de productos y procesos que pudieran implicar el uso de recursos genéticos y conocimientos tradicionales. Si no se presenta el certificado de origen o no se respetan las leyes de acceso ni las condiciones del contrato de acceso, se impedirá el otorgamiento de cualquier aprobación o inscripción del solicitante.

68. La Decisión 391 del Pacto Andino, dentro de la sección sobre “Disposiciones complementarias” prevé que “Los Países Miembros no reconocerán derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre recursos genéticos, productos derivados o sintetizados y componentes intangibles asociados, obtenidos o desarrollados a partir de una actividad de acceso que no cumpla con las disposiciones de esta Decisión. Adicionalmente, el País Miembro afectado podrá solicitar la nulidad e interponer las acciones que fueren del caso en los países que hubieren conferido derechos u otorgado títulos de protección.”^{21/} Además, “Las oficinas nacionales competentes en materia de Propiedad Intelectual exigirán al solicitante la indicación del número del registro del contrato de acceso y copia del mismo, como requisito previo para la concesión del respectivo derecho, cuando tengan certeza o indicios razonables de que los productos o procesos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen.”^{22/} Se refuerzan estas disposiciones mediante la Decisión 486 de la Comunidad Andina, 2000, sobre el régimen de propiedad intelectual común en la que también se prevé que pueda declararse la nulidad o invalidez de cualquier patente si no se presentara un ejemplar del contrato de acceso o si no se hubiera obtenido el consentimiento fundamentado previo de las comunidades indígenas y locales en el caso de un producto o proceso basado en recursos genéticos o conocimientos tradicionales (Capítulo IX, artículo 75).

69. Por último, en la Ley Modelo de África no se reconocen las patentes sobre formas de vida y procesos biológicos.^{23/}

70. En el proyecto de Acuerdo de Centroamérica se incluye un capítulo que trata de la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas y locales.

71. *Medidas de cumplimiento.* Los instrumentos regionales prevén en general sanciones en circunstancias concretas tales como el acceso a los recursos genéticos sin autorización o sin el consentimiento fundamentado previo y si no se respetan las condiciones del contrato o de la legislación sobre acceso y participación en los beneficios. Dependiendo del Acuerdo, las sanciones pudieran incluir la revocación de la autorización de acceso (artículo 14 de la Ley Modelo de África), la rescisión y anulación de un contrato (artículo 39 de la Decisión 391, artículo 19 del Acuerdo de Centroamérica), multas y otras sanciones civiles y por delitos.

^{21/} Segunda disposición de las “Disposiciones complementarias”.

^{22/} Tercera disposición de las “Disposiciones complementarias”.

^{23/} Artículo 9, 1) de la Ley Modelo de África.

72. El proyecto de Acuerdo ASEAN prevé que las controversias entre un usuario de los recursos y un Estado miembro se resolverán a nivel nacional de conformidad con las disposiciones de la reglamentación nacional de acceso (artículo 9).

73. En el proyecto de Acuerdo de Centroamérica, los mecanismos jurídicos adecuados para impedir la piratería biológica de recursos genéticos, de sustancias bioquímicas y de los correspondientes conocimientos tradicionales han de ser establecidos por los Estados miembros a nivel nacional para aplicar las sanciones administrativas, civiles y por delitos (artículo 27)

1. Experiencia en la aplicación

74. La experiencia en la aplicación de los enfoques regionales es bastante limitada. Según lo indicado anteriormente, ambos Acuerdos, el de Centroamérica y el del Marco ASEAN están todavía en forma de proyecto. En cuanto a la Decisión 391 de la Comunidad Andina y a la Ley Modelo de África, en los párrafos siguientes se proporciona alguna información sobre su aplicación.

75. En monografías realizadas en los países de la Vertiente del Pacífico se prevé alguna información respecto a la aplicación de la Decisión 391 de la Comunidad Andina. Según los autores de estos estudios los países andinos no tienen ninguna política de acceso y participación en los beneficios anterior a la adopción en 1996 de la Decisión 391. Cuando se adoptó esta decisión se convirtió en algo vinculante y fue automáticamente integrada a la legislación nacional. Mediante la Decisión 391 no se exigía el desarrollo de ninguna nueva ley nacional aunque “ambigüedades técnicas” protestas sociales, inquietudes políticas y limitaciones institucionales, entre otros factores obligaron a Bolivia, Ecuador, Perú, y recientemente a Colombia a formular políticas nacionales para facilitar la aplicación de la Decisión 391 en su contexto nacional.”^{24/}

76. Según un análisis de la Ley Modelo de África y su aplicación, el desarrollo y adopción ^{25/}, de la Ley Modelo de África fue crítico para el desarrollo de la legislación de acceso y participación en los beneficios en la región. Se ha propuesto que los países de África en el proceso de elaborar legislación y adaptarla al marco de la Ley Modelo puedan en general clasificarse en cuatro categorías:

a) Países con legislación *sui generis* que entrañan diversos componentes de la Ley Modelo y que tienen la capacidad interna para su aplicación. En este grupo se incluyen Egipto, Namibia, y Zimbabwe;

b) Países con un proyecto de legislación *sui generis* en el que se sigue la Ley Modelo y en los que está pendiente la promulgación de la ley. En este grupo se incluyen entre otros, Etiopía, Nigeria, Sudáfrica, Uganda y Zambia;

c) Países de África Occidental y Central de habla francesa (miembros de la Organización de propiedad intelectual de África (OAPI)), que mediante la revisión y ratificación del Acuerdo Bangui se adhirieron al sistema *sui generis* de estilo UPOV para la protección de variedades de plantas;

d) Países sin legislación que cumpla con ADPIC/CDB que están solamente ahora contemplando la posibilidad de elaborar un sistema *sui generis* de protección según la Ley Modelo u otros instrumentos jurídicos. Pertenece a esta categoría la mayoría de los países de África. Aunque la mayoría prefiere la Ley Modelo, muchos son objeto de presiones externas para no conformarse a la misma.”^{26/}

77. Según el mismo análisis, varios factores han contribuido a la lenta respuesta por parte de los países de África en cuanto a desarrollar legislación nacional en la que se tenga en cuenta la Ley Modelo.

^{24/} Carrizosa, Santiago, Stephen B. Brush, Brian D. Wright, and Patrick E. Mc Guire (eds) 2004. *Accessing Biodiversity and Sharing the Benefits: Lessons from Implementation of the Convention on Biological Diversity*. IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge, UK, Chapter 1, p. 9.

^{25/} J. A. Epkere, “African Model Law on the Protection of the Rights of Local Communities, Farmers and Breeders, and for the Regulation of Access to Biological Resources”, Chapter 19 available in Kent Nnadozie, Robert Lettington, Carl Bruch, Susan Bass, Sarah King (eds), *African Perspectives on Genetic Resources – A Handbook on Laws, Policies and Institutions*, Environmental Law Institute, 2003.

^{26/} Ibid, pág. 283.

Entre estos factores se incluyen la falta de capacidad, pericia y experiencia y conocimientos nacionales para redactar jurídicamente una transposición de la Ley Modelo a la legislación nacional, las limitaciones en la capacidad de aplicación, la falta de información sobre la utilidad de proteger los conocimientos tradicionales y las interpretaciones incoherentes del significado de la ley entre los diversos países.

C. Medidas nacionales que responden al acceso y participación en los beneficios

78. En la presente sección se examinan las medidas sobre acceso y participación en los beneficios incluidas en la base de datos establecida por la Secretaría y se hace hincapié en las lecciones aprendidas a partir de monografías de países en las que se examinan los desarrollos de acceso y participación en los beneficios en algunas regiones.

79. Se examinan en una nota de estudio por separado del Secretario Ejecutivo (UNEP/CBD/WG-ABS/3/5) las medidas adoptadas por los Gobiernos con usuarios bajo su jurisdicción para asegurar el cumplimiento del consentimiento fundamentado previo de la Parte contratante que proporciona los recursos genéticos y en condiciones mutuamente convenidas para la concesión del acceso.

1. Base de datos del Convenio sobre la Diversidad Biológica sobre medidas de acceso y participación en los beneficios

80. Se estableció por parte de la Secretaría una base de datos en la que figuraban medidas administrativas, legislativas y de política para atender a las disposiciones de acceso y participación en los beneficios del Convenio, en respuesta a la Decisión VI/24 D, párrafo 6, por la que la Conferencia de las Partes pedía a las Partes y organizaciones pertinentes que pusieran a disposición del Secretario Ejecutivo “información detallada sobre las medidas adoptadas para aplicar el acceso y la participación en los beneficios, incluido el texto de cualquier ley u otras medidas elaboradas para reglamentar el acceso y la participación en los beneficios”. La finalidad de la base de datos es facilitar el acceso a esta información de Partes e interesados directos pertinentes.

81. Aunque muchas Partes presentaron información a la Secretaría sobre sus medidas nacionales relativas al acceso y participación en los beneficios, la Secretaría realizó investigación para determinar las medidas disponibles de fuentes oficiales tales como sitios web nacionales de gobiernos que son Partes en el Convenio. Estas medidas ^{27/} se incluyeron en la base de datos la cual, sin embargo, no puede ser completa.

82. Al 20 de octubre de 2004, se incluían en la base de datos medidas adoptadas en 26 países. Estos países se encuentran a diversos niveles de aplicación del acceso y de la participación en los beneficios y han adoptado distintos enfoques para reglamentar el acceso y la participación en los beneficios que corresponden a sus estructuras administrativas, prioridades, características culturales y sociales a nivel nacional.

83. En algunos de estos países, las leyes generales sobre medio ambiente, desarrollo sostenible o diversidad biológica analizan lo relativo al acceso y a la participación en los beneficios con más o menos detalles y prevén el establecimiento de directrices o de reglamentación sobre acceso y participación en los beneficios. Algunas de estas directrices o reglamentación ya han sido adoptadas (p.ej., Costa Rica, India, Malawi), mientras que otras están en forma de proyecto (p.ej., Australia, Filipinas) y otras todavía no se han redactado (p.ej., Bulgaria, Gambia, Kenya, Perú, Uganda, Venezuela).

84. Para fines del siguiente análisis, los países que tienen medidas nacionales incluidas en la base de datos del Convenio sobre la Diversidad Biológica han sido subdivididos en las tres siguientes categorías:

a) Países que mencionan el acceso y a la participación en los beneficios en su estrategia nacional sobre diversidad biológica o en su legislación ambiental o sobre diversidad biológica pero que todavía no han reglamentado ninguna clase de detalles sobre acceso y participación en los beneficios. En

^{27/} Ejemplares de las medidas incluidas en la base de datos fueron recopiladas a partir de sitios web gubernamentales nacionales o de fuentes oficiales tales como la base de datos legislativa computadorizada FAOLEX de la FAO que incluye leyes y reglamentaciones nacionales sobre recursos nacionales de alimentación, agricultura y renovables resources.

estas medidas se prevé en general el desarrollo de reglamentación de acceso y participación en los beneficios y se incluyen algunas especificaciones generales relativas a elementos por analizar en la reglamentación: Entre los países de esta categoría se incluyen: Argentina, Camerún, Cuba, Gambia, Kenya, Panamá y Uganda.

b) Países que tienen legislación sobre diversidad biológica o medio ambiente con algunas disposiciones generales sobre acceso a los recursos genéticos o a los recursos biológicos que pudieran incluir una disposición para el establecimiento de una reglamentación de acceso y participación en los beneficios. En esta categoría se incluyen los siguientes países: Bulgaria, Ecuador, México y Nicaragua.

c) Países que han analizado con más detalles el acceso y la participación en los beneficios.^{28/} En base al examen de las medidas adoptadas por los países de esta categoría, se proporciona a continuación un análisis comparativo de las disposiciones principales de estas medidas que atienden al establecimiento de autoridades nacionales competentes, al consentimiento fundamentado previo, a las condiciones mutuamente convenidas incluida la participación en los beneficios, a los derechos de propiedad intelectual y a las medidas de cumplimiento.

85. Sin embargo, es difícil deducir conclusiones generales del análisis de estas medidas porque los países han adoptado diversos enfoques en términos de los tipos de medidas adoptadas. Aunque algunos países solamente han adoptado una medida, otros han adoptado un conjunto de medidas, incluidas por ejemplo, una estrategia nacional, una ley y directrices. Varios países están todavía en trámites de desarrollar sus sistemas nacionales y, por consiguiente, el conjunto de medidas es frecuentemente incompleto (p.ej., varios países están en trámites de elaborar directrices o reglamentación como complemento de su legislación). Además, son diversos los procedimientos y estructuras nacionales establecidos. Algunos países cuentan con diversos niveles de gobierno responsables de reglamentar el acceso y la participación en los beneficios. Por ejemplo países tales como Australia y Brasil han elaborado medidas tanto a nivel nacional/federal como a nivel estatal.

2. *Reseñas de las medidas a nivel nacional*

86. Frente a estos antecedentes, en los párrafos siguientes se proporciona una reseña de la forma por la que los elementos de los regímenes de acceso y participación en los beneficios, tales como las autoridades nacionales competentes, el consentimiento fundamentado previo, las condiciones mutuamente convenidas incluida la participación en los beneficios, los derechos de propiedad intelectual y las medidas de cumplimiento han sido atendidas por los países. Esto no es necesariamente exhaustivo y no se tiene la intención de proporcionar un análisis detallado de los diversos sistemas de acceso y participación en los beneficios que haya adoptado cada país.

87. *Autoridades nacionales competentes.* Cada una de estas medidas prevé el establecimiento de una o varias autoridades nacionales competentes. En algunos casos, la autoridad nacional competente es una organización ya existente, mientras que en otros casos se crea una nueva organización mediante la medida relativa al acceso y participación en los beneficios. En algunas de estas medidas se proporcionan también indicaciones relativas a la composición y a las tareas de las autoridades nacionales competentes (p.ej., India).

88. *Consentimiento fundamentado previo.* En cada país ha de presentarse algún tipo de solicitud de acceso a fin de obtener el acceso a los recursos genéticos.^{29/} En estas disposiciones también se prevén indicaciones relativas a la información concreta que deba incluirse en una solicitud de acceso y al procedimiento que lleve a la aprobación o al rechazo. En algunos países se exigen también tasas de

^{28/} Las medidas examinadas fueron adoptadas por los siguientes países: Australia, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Filipinas, Guyana, India, Malawi, Perú, Sudáfrica, Vanuatu y Venezuela.

^{29/} Por ejemplo: Malawi, sección D(3), India, Capítulo X, 41(3); proyecto de directrices sobre prospecciones biológicas en Filipinas, Capítulo IV, sección 10, sección 14; Costa Rica, artículo 76 de la legislación, artículo 4 del reglamento; India, sección 41(3).

solicitud o de recolección. ^{30/} La autoridad nacional competente determina la aprobación o el rechazo de conceder el acceso. Sin embargo, en la mayoría de las medidas examinadas se exige también el consentimiento fundamentado previo de la autoridad pertinente/del proveedor de los recursos en el área geográfica en la que se tiene acceso a recursos genéticos. Estos proveedores de los recursos son en general las comunidades indígenas o locales u otros interesados directos pertinentes tales como propietarios privados o autoridades de áreas de conservación. Por lo tanto, sin el consentimiento fundamentado previo de los interesados directos pertinentes, la autoridad nacional competente no puede otorgar el acceso al solicitante.

89. Además, algunos países han adoptado distintos requisitos para acceso, dependiendo del tipo de solicitante. Por ejemplo, en la Indian Biological Act se prevén distintos procedimientos para los ciudadanos nacionales y los extranjeros que deseen obtener el acceso a recursos genéticos. ^{31/} Otros países tales como Costa Rica y Filipinas han establecido diversos requisitos dependiendo de que el acceso se conceda para fines comerciales o para fines no comerciales. ^{32/} Por último, algunos países expiden un certificado una vez obtenido el consentimiento fundamentado previo o el permiso de exportación. ^{33/}

90. *Condiciones mutuamente convenidas incluida la participación en los beneficios.* En la mayoría de los sistemas nacionales vigentes se prevé que las condiciones mutuamente convenidas para acceso y participación en los beneficios se establezcan en el acuerdo. En algunas medidas ^{34/} se prevén también distintos tipos de acuerdo dependiendo de que se tenga acceso a los recursos genéticos para fines de investigación o para fines comerciales. En las medidas se prevé en general que el acuerdo haya de ser aprobado por la autoridad nacional competente. Sin embargo, algunas medidas prevén que el contrato haya de ser negociado entre comunidades indígenas o locales o cualesquiera interesados directos pertinentes y el solicitante. ^{35/} En la mayoría de las medidas se prevé también con más o menos detalles un número mínimo de cláusulas por incluir en el contrato. ^{36/} Las cláusulas estándar incluyen: el área geográfica en la que se tiene acceso a los recursos genéticos, la cantidad a la que se tiene acceso, la finalidad del acceso, la duración del contrato. Entre las medidas se prevé también en general la participación en los beneficios con la autoridad nacional competente o con las comunidades indígenas y locales o con otros proveedores de los recursos y en la mayoría de los casos para ambos. ^{37/} Las indicaciones relativas a los tipos de beneficios por compartir varían en función de las medidas. Algunas de las medidas parecen concentrarse en beneficios no monetarios, tales como la intervención de una institución local en la investigación, recolección y desarrollo tecnológico de los productos derivados de los recursos biológicos y genéticos, ^{38/} mientras que otras se concentran en beneficios monetarios

^{30/} Por ejemplo, véase el artículo 63 de la Ley sobre diversidad biológica de Costa Rica, Malawi, sección E(8), Ley sobre diversidad biológica de Sudáfrica, artículo 82.

^{31/} Por ejemplo, el consentimiento fundamentado previo de la autoridad nacional sobre diversidad biológica se solicita para los extranjeros según lo definido en virtud del Capítulo II, sección 3(2) de la Ley sobre diversidad biológica, 2002. Se establecen diversos procedimientos para ciudadanos de India en el Capítulo IV de la misma ley.

^{32/} Por ejemplo, véase el artículo 71 de la legislación de Costa Rica y la sección 14-15 de la Ley de la República de Filipinas 9147.

^{33/} Por ejemplo, el proyecto de directrices sobre proyecciones biológicas de Filipinas, en la sección 12.2 (C) y Anexo IV, prevé la expedición de un certificado PIC una vez se haya obtenido el consentimiento fundamentado previo. La reglamentación de Costa Rica en el artículo 19 prevé que haya de expedirse por la oficina técnica de CONAGEBIO un certificado de origen certificando la legalidad del acceso y la observancia de los términos establecidos en el permiso de acceso. La reglamentación de Guyana en el artículo 33 prevé que haya de obtenerse un certificado de exportación de la autoridad nacional competente antes de la exportación de cualquier espécimen de Guyana.

^{34/} Por ejemplo, véase la Gestión ambiental nacional de Sudáfrica: Ley de diversidad biológica, 2004, artículos 83-84.

^{35/} Por ejemplo, véase la ley de Vanuatu, artículo 34 (6) (a), y la ley de Sudáfrica, artículo 82 (3) (b).

^{36/} Por ejemplo, véase el artículo 37 de la reglamentación de Bolivia y los artículos 83-84 de la Ley sobre diversidad biológica de Sudáfrica.

^{37/} Proyecto de directrices de Filipinas, en el marco de la sección 15, prevé la participación en los beneficios entre el Gobierno nacional y los proveedores de los recursos en el caso de prospecciones biológicas.

^{38/} Por ejemplo, las directrices de Malawi, sección H(1), E(2)(3), y la legislación de Venezuela, artículo 74(4) atienden a beneficios no monetarios.

derivados de la utilización comercial de los recursos a los que se tiene acceso por conducto de la distribución de regalías. Algunos países ^{39/} prevén también el establecimiento de fondos en los cuales se guardarán los beneficios no asignados a interesados directos. Por último, se establecen también en las medidas algunas condiciones relativas a la transferencia de los recursos genéticos a terceras partes. ^{40/}

91. *Los Derechos de propiedad intelectual* en cuanto se relacionan con el acceso y la participación en los beneficios se analizan en una mayoría de los sistemas de acceso y participación en los beneficios examinados de distintos modos y con diversa amplitud. ^{41/} En varias de las medidas se consideran los derechos de propiedad intelectual en el contexto de la participación en los beneficios por conducto de la distribución de regalías. ^{42/} Además, para los países del Pacto Andino, en virtud de las Decisiones 381 y 486, solamente en pocas de las medidas examinadas ^{43/} se incluyen referencias concretas al requisito de divulgación del origen de los recursos genéticos y a los correspondientes conocimientos tradicionales en las solicitudes de propiedad intelectual respecto a productos o procesos basados en recursos genéticos o en los correspondientes conocimientos tradicionales. Sin embargo, debe señalarse que en algunos países, incluso algunos que no han elaborado medidas concretas relativas al acceso y a la participación en los beneficios, se atiende a la cuestión de la divulgación en su legislación sobre patentes. ^{44/}

92. Además, se han incluido en las medidas sobre acceso y participación en los beneficios varios de los requisitos específicos relativos a los derechos de propiedad intelectual. Por ejemplo, la legislación de Costa Rica ^{45/} prevé que la autoridad competente en derechos de propiedad intelectual debe consultar a la autoridad nacional competente antes de conceder la protección de propiedad intelectual a innovaciones que impliquen componentes de la diversidad biológica para asegurar que se satisfacen los requisitos adecuados de acceso. La Indian Biodiversity Act prevé que deba obtenerse la aprobación previa de la autoridad nacional competente (autoridad nacional sobre diversidad biológica) antes de solicitar derechos de propiedad intelectual para una invención que se base en un recurso biológico obtenido de la India ^{46/} Otros países tales como Perú ^{47/} y Venezuela, ^{48/} prevén que las autoridades pertinentes examinen las patentes y otros derechos de propiedad intelectual inscritos fuera de sus respectivos países en base a los recursos genéticos nacionales o a conocimientos colectivos de las comunidades indígenas, a fin de poder proclamar su nulidad o los beneficios dimanantes de su utilización.

93. *Medidas de cumplimiento.* Entre las medidas examinadas se incluyen en general disposiciones que tratan de cumplimiento. Estas disposiciones pueden extenderse, dependiendo del país, a la

^{39/} Por ejemplo, la Ley sobre Diversidad Biológica de India 2002, Capítulo V, sección 21(3) y Capítulo VII, sección 27(2) y la Gestión Ambiental Nacional de Sudáfrica: Ley de Diversidad Biológica, 2004, artículo 85.

^{40/} Por ejemplo, véase India, Capítulo V, artículo 20, la Ley sobre Diversidad Biológica de Venezuela, artículo 74-3, la Ley sobre Diversidad Biológica de Sudáfrica, artículo 84 VII.

^{41/} Véanse las medidas adoptadas por Brasil, Costa Rica, Guyana, India, Perú, Filipinas, Vanuatu y Venezuela. Debe notarse que en los países del Pacto Andino, los derechos de propiedad intelectual relativos al acceso y a la participación en los beneficios se analizan mediante las decisiones 391 y 486 de la Comunidad Andina.

^{42/} Por ejemplo, el artículo 5 de la Reglamentación de Costa Rica prevé la obligación de pagar hasta el 50% de regalías.

^{43/} La Ley provisional de Brasil, en el artículo 31 prevé que “la persona o institución que solicite derechos de propiedad debe informar acerca del origen de los materiales genéticos y de los conocimientos genéticos y los correspondientes tradicionales según proceda” y la Ley sobre Diversidad Biológica de Costa Rica en el artículo 80 declara que antes de concederse la protección de propiedad intelectual para invenciones que implican elementos de la diversidad biológica, las autoridades de propiedad intelectual deben obtener el certificado de origen expedido por la autoridad nacional competente ABS y el consentimiento fundamentado previo. La oposición de la autoridad nacional competente impedirá el registro de una patente o la protección de la innovación.

^{44/} Por ejemplo Dinamarca, Egipto y Noruega.

^{45/} Artículo 80 de la Ley sobre Diversidad Biológica de Costa Rica.

^{46/} Véase la sección 6(1) y 19(2) de la Ley sobre Diversidad Biológica de India, 2002.

^{47/} Véase el artículo 4 c) de la Ley de Perú de protección al acceso a la diversidad biológica peruana y los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas.

^{48/} Véase el artículo 83 de la Ley sobre Diversidad Biológica de Venezuela.

supervisión, presentación de informes, imposición de la ley, infracciones/ofensas, castigos/sanciones y resolución de controversias.

94. Solamente algunas medidas se refieren a la supervisión, presentación de informes e imposición de la ley para asegurar el cumplimiento de las medidas de acceso y participación en los beneficios. Entre los mecanismos establecidos en algunos países se incluyen la designación de inspectores, la intervención de la sociedad civil para fines de supervisión y los requisitos de presentación de informes impuestos a los usuarios. ^{49/}

95. En las medidas se indica en general que cualquier infracción de las disposiciones de la legislación, reglamentación o directrices y cualquier acceso no autorizado a los recursos genéticos o biológicos estarán sujetos a sanciones. Además, en muchas medidas se indica que la falta de observancia de las cláusulas de un acuerdo relativo al acceso y a la participación en los beneficios estará también sujeta a sanciones. Además, algunas medidas, tales como la Ley sobre Diversidad Biológica del Estado de Queensland ^{50/} y la Ley sobre Diversidad Biológica de Sudáfrica ^{51/} prevén sanciones si cualquier persona presenta documentos o información falsos o erróneos en una solicitud de permiso de recolección.

96. Las sanciones tienen muchos parecidos en una u otra medida. Varían desde un aviso por escrito, a una multa (en algunos casos se incluye una escala de multas), apoderamiento de muestras, suspensión de la venta de productos, revocación o cancelación del permiso o licencia de acceso, revocación del acuerdo, prohibición de emprender prospecciones de recursos biológicos y genéticos y por último prisión. En algunas disposiciones se atiende también a los mecanismos de solución de controversias, tal como en el proyecto de directrices de Filipinas. ^{52/}

97. La mayoría de estas medidas son relativamente recientes. Por lo tanto, son limitadas las lecciones aprendidas o la experiencia adquirida en su aplicación. Sin embargo, Filipinas proporciona un caso interesante, por ser uno de los primeros países que reglamentó el acceso y la participación en los beneficios, constituido por el desarrollo y aplicación de la Orden ejecutiva 247 sobre acceso a los recursos genéticos y se ha adoptado una nueva legislación que trata del acceso y de la participación en los beneficios, la Ley de conservación y protección de los recursos de la vida silvestre (promulgada el 30 de julio de 2001), y se ha elaborado un proyecto de nuevas directrices de aplicación en materia de prospecciones biológicas. Se considera que han de ser abrogadas las disposiciones de la Orden ejecutiva 247, que sean obviamente contradictorias e irreconciliables con la ley sobre la vida silvestre. ^{53/} Una de las principales características de la nueva legislación es que se han establecido ahora procedimientos distintos para los recursos genéticos, dependiendo de que hayan de ser utilizados para la investigación o para fines comerciales. Según algunos autores que han examinado la experiencia de Filipinas, pueden deducirse las siguientes lecciones: la participación de los interesados directos es esencial para elaborar, promulgar y aplicar políticas, leyes, reglas y reglamentación en materia de acceso y participación en los beneficios; la definición del alcance y cobertura de una reglamentación nacional de acceso y participación en los beneficios es una inquietud prioritaria; los impactos posibles en las actividades de investigación

^{49/} En Australia, la Ley sobre Diversidad Biológica es parte de la Ley del Estado de Queensland, en su parte 8, incluye disposiciones amplias sobre la vigilancia e imposición de la ley. Se prevé la designación de inspectores y detalles de la autoridad y obligaciones de estos inspectores. La reglamentación de Costa Rica, en el artículo 20, prevé que el oficial técnico desempeñará las obligaciones de verificación y de control mediante inspecciones sobre el emplazamiento en el que se ha concedido el acceso. En el caso de Filipinas, el proyecto de directrices sobre prospecciones biológicas, en la sección 26 indica que el gobierno exhorta a la función de la sociedad civil en cuanto a vigilar la aplicación de las empresas de prospecciones biológicas. También se declara en la sección 22 que el usuario de los recursos presentará un informe anual sobre la marcha de las actividades a los organismos de ejecución del caso.

^{50/} Véase el artículo 52 de la Ley sobre Diversidad Biológica de Queensland.

^{51/} Véase el artículo 93 a) de la Ley sobre Diversidad Biológica de Sudáfrica.

^{52/} Sección 30 del proyecto de directrices de Filipinas y de la resolución de controversias.

^{53/} Véanse otros detalles en la nota de Paz Benavidez titulada “Los retos en la aplicación de la reglamentación ABS de Filipinas: Vigilancia e imposición de las actividades de prospecciones biológicas en Filipinas” presentado en el seminario internacional de expertos genéticos y participación en los beneficios que se celebró en Cuernavaca, México, del 24 al 27 de octubre de 2004.

científica deben ser atentamente considerados al diseñar y aplicar las medidas nacionales de acceso y participación en los beneficios; es necesario explorar y elaborar enfoques creativos para obtener el consentimiento y la participación en los beneficios de las comunidades locales, incluidos los pueblos indígenas; debería establecerse un sistema institucional, eficiente y efectivo; y en aquellas regiones en las que los países comparten recursos genéticos pudieran requerirse mecanismos regionales . ^{54/}

98. Aunque varios países han adoptado medidas sobre acceso y participación en los beneficios, la mayoría de las Partes en el Convenio todavía no han incorporado a sus medidas nacionales la cuestión del acceso y de la participación en los beneficios. En varios países, se reglamenta el acceso y la participación en los beneficios, en virtud de medidas adoptadas antes de la entrada en vigor del Convenio, por lo que este acceso y gestión de los recursos biológicos está sujeto a una reglamentación establecida sin tener en la mente lo relativo al acceso y a la participación en los beneficios. Se ha comprobado que estas medidas pueden proporcionar soluciones útiles para responder a situaciones de acceso y participación en los beneficios. Sin embargo, aunque en general se prevé el otorgamiento de permisos de recolección o de investigación como condiciones para el acceso, es poco frecuente que se incluya la cuestión de la participación en los beneficios.

3. Monografías

99. Aunque la experiencia actual relativa a los regímenes de acceso y participación en los beneficios es escasa, en varios proyectos recientes ejecutados en doce países de África ^{55/} y en países de la Vertiente del Pacífico ^{56/}, se han examinado acontecimientos de países que están en el proceso de preparar o que ya han elaborado marcos para acceso y participación en los beneficios. Los datos indicados en los párrafos siguientes se han obtenido a partir de estas monografías y en ellos se hace hincapié en las lecciones aprendidas de las mismas. Se ilustran las dificultades con las que se enfrentan varios de los países para la elaboración de regímenes de acceso y participación en los beneficios y para su aplicación.

100. Se reconoce en general que el desarrollo de medidas nacionales de acceso y participación en los beneficios ha demostrado ser difícil para muchos países debido a varios factores: falta de experiencia y conocimientos técnicos, limitaciones presupuestarias, estructuras de gobierno y de apoyo político débiles, conflictos sociales locales y conflictos en materia de propiedad de los recursos genéticos.^{57/}

101. De acuerdo a las monografías realizadas en doce países de África ^{58/}, los regímenes actuales que rigen el acceso a los recursos genéticos y la participación en los beneficios en esos países son en gran parte sectoriales y desiguales. Un enfoque común ha sido el de adaptar las estructuras y marcos jurídicos vigentes en los sectores pertinentes, tales como áreas protegidas, silvicultura y ciencia y tecnología, al acceso y a la participación en los beneficios. Este enfoque ha llevado a una falta de coherencia y de coordinación. Sin embargo, parece ser que las políticas y la reglamentación sobre acceso y participación en los beneficios están evolucionando en varios de esos países hacia estructuras centralizadas con más

^{54/} Véase « Developing and implementing national measures for genetic resources access regulation and benefit-sharing » by Charles V Barber, Lyle Glowka and Antonio G M La Vina, in « Biodiversity and Traditional Knowledge – Equitable Partnerships in Practice », editado por Sarah Laird, en la serie Peoples and Plant Conservation, Earthscan, 2002, p. 404 et al.

^{55/} Véase información más detallada sobre las doce monografías de África, Kent Nnadozie, Robert Lettington, Carl Bruch, Susan Bass, Sarah King (eds) *African Perspectives on Genetic Resources – A Handbook on Laws, Policies, and Institutions*, Environmental Law Institute, 2003.

^{56/} Véase información más detallada sobre monografías de países realizadas en los países de la Vertiente del Pacífico, Carrizosa, Santiago, Stephen B. Brush, Brian D. Wright, and Patrick E. Mc Guire (eds) 2004. *Accessing Biodiversity and Sharing the Benefits: Lessons from Implementation of the Convention on Biological Diversity*. IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge, UK.

^{57/} Conclusiones del seminario internacional sobre “Acceso a los recursos genéticos y participación en los beneficios: lecciones aprendidas de la aplicación del Convenio sobre la Diversidad Biológica”, celebrado en Davis, California, del 29 al 31 de octubre de 2003.

^{58/} Véase un análisis más detallado sobre los enfoques de acceso y participación en los beneficios adoptados en Camerún, Egipto, Etiopía, Ivory Coast, Kenya, Madagascar, Nigeria, Senegal, Seychelles, Sudáfrica, Uganda, y Zambia en la publicación mencionada en la nota al pie 55.

armonía. Los marcos de reglamentación desarrollados en Etiopía, Sudáfrica y Uganda son ilustración de esta tendencia. En los doce países de África examinados es interesante observar que la agricultura predomina claramente en las políticas de acceso y participación en los beneficios.

102. No habiendo medidas jurídicas o reglamentarias para atender a las circunstancias concretas del acceso y de la participación en los beneficios se han elaborado contratos de acceso que complementen la estructura actual de permisos y tasas. En países tales como Kenya se usan frecuentemente el modelo de Seychelles y Sudáfrica o contratos normalizados.

103. Los autores de estas monografías señalan los puntos fuertes y débiles destacados en los estudios ^{59/}. Entre los puntos débiles se incluyen: marcos e instituciones inadecuados o inexistentes, falta de capacidad, de toma de conciencia y de participación. Se destacó lo relativo a marcos e instituciones jurídicos inadecuados o inexistentes en todos los países a excepción de Etiopía. Dependiendo del país, los factores responsables de esta debilidad fueron la ausencia de enfoques coordinados y armonizados para acceso y participación en los beneficios, un fallo de elevar al óptimo el uso de la capacidad y de los recursos de las instituciones nacionales, una capacidad limitada de imposición de la ley y sanciones ineficaces y una ausencia de coordinación con las políticas nacionales más amplias. La falta de capacidad fue indicada en todos los países examinados como parte del proyecto. Aunque la falta de capacidad más común es de índole administrativa, jurídica y de políticas, en algunos países la falta de capacidad está concentrada en la ausencia de pericias particulares tales como en taxonomía o en la habilidad de realizar investigación independiente sobre recursos genéticos. Respecto a la toma de conciencia y a la participación se destacan en el estudio la necesidad de aumentar la toma de conciencia y participación de las comunidades nacionales que son custodias de los recursos genéticos para que puedan aplicarse eficazmente las estrategias de acceso y participación en los beneficios.

104. Entre los puntos fuertes relativos a los recursos genéticos en estos países se incluyen la existencia de una gran diversidad de especies y la capacidad consiguiente a una red de instituciones de investigación, particularmente en el sector agrícola. Se propone que los beneficios no monetarios tales como la transferencia de tecnología, capacitación e infraestructura pudieran prestar mayor asistencia a África en el desarrollo de productos de valor añadido basados en sus recursos genéticos.

105. A fin de afrontar los retos con los que se enfrentan los países vecinos que comparten recursos genéticos, se ha propuesto que quizá sean inadecuados los enfoques meramente nacionales para acceso y participación en los beneficios y que pudieran requerirse mecanismos regionales que faciliten la imposición de los requisitos de acceso y participación en los beneficios, la cooperación a nivel técnico y el intercambio de información. En ausencia de un marco regional, las diferencias en los requisitos de acceso y participación en los beneficios entre los países vecinos pudieran ser una desventaja para algunos países por contraposición a otros. Por ejemplo, probablemente los usuarios de los recursos genéticos se verán atraídos hacia países que tengan sistemas considerados como más flexibles o con los que sea más fácil entenderse. ^{60/}

106. Según las monografías realizadas en los países de la Vertiente del Pacífico, de los 41 países que son Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica solamente nueve (22 por ciento) han elaborado leyes o políticas nacionales de acceso y participación en los beneficios, 26 (63 por ciento) están en trámites de formular estas leyes y políticas y seis (15 por ciento) no se han ocupado de ningún proceso que lleve al desarrollo de tales marcos. ^{61/}

^{59/} Véase la publicación de la nota al pie 55, páginas 72-73.

^{60/} Véase un análisis más detallado sobre los beneficios de los enfoques regionales al acceso y a la participación en los beneficios en la publicación mencionada en la nota al pie 60, págs. 79-80 y “Developing and implementing national measures for genetic resources access regulation and benefit-sharing” by Charles V Barber, Lyle Glowka and Antonio G M La Viña in “Biodiversity and Traditional Knowledge – Equitable Partnerships in Practice”, edited by Sarah Laird, People and Plants Conservation Series, Earthscan, 2002.

^{61/} Véase la publicación de la nota al pie 56, Capítulo 1, página 1.

107. Según los autores, parte de la complejidad y de los retos al tratar del acceso y de la participación en los beneficios depende de la diversidad de repercusiones sociales, económicas, éticas y políticas de las políticas de acceso y participación en los beneficios y de la consecuente necesidad de implicar a una amplia variedad de interesados directos, tales como los centros de investigación agrícola, las organizaciones no gubernamentales sobre medio ambiente, las comunidades indígenas y de agricultores, los organismos gubernamentales, las empresas de biotecnología y las universidades. Dada la gran variedad de interesados directos implicados, se tiene el peligro de anteponer unos a otros. ^{62/}

108. Entre las conclusiones a que llegaron los autores de las monografías sobre países de la Vertiente del Pacífico se incluyen las siguientes: ^{63/}

a) El ámbito amplio de las políticas de acceso y participación en los beneficios ha perjudicado a su aplicación efectiva y eficiente. La mayoría de ellas se extiende a los recursos genéticos (DNA y RNA), biológicos (especímenes o partes de especímenes) y bioquímicos (moléculas, combinación de moléculas y extractos) que se encuentran en condiciones de *in situ* y *ex situ*;

b) No se ha definido claramente en las políticas de acceso y participación en los beneficios elaboradas en los países de la Vertiente del Pacífico el acceso a colecciones *ex situ* anteriores o posteriores a la promulgación del Convenio sobre la Diversidad Biológica;

c) En la mayoría de las políticas de acceso y participación en los beneficios se fomenta la conservación de la diversidad biológica, pero en la práctica, según lo demostrado por la experiencia de Costa Rica, las prospecciones biológicas no han sido una fuente importante de financiación para la conservación de la diversidad biológica si se comparan con otras fuentes de financiación;

d) La vigilancia de las actividades de prospecciones biológicas ha demostrado ser difícil, cara y agotadora de recursos y ningún país de la Vertiente del Pacífico ha establecido sistemas de vigilancia;

e) La cuestión de la intervención de los Estados en la negociación de arreglos de participación en los beneficios ha demostrado ser una cuestión compleja y controvertida, abogando algunos por la necesidad de una intervención directa del Estado, mientras que otros favorecen más bien que se encarguen de la negociación los proveedores directos de los recursos genéticos y de los correspondientes conocimientos tradicionales para evitar los elevados costos de transacción y los procedimientos burocráticos engorrosos;

f) La índole compleja de las políticas de acceso y participación en los beneficios dificulta prever los problemas que pudieran surgir en su aplicación y explica la necesidad de mejoras en el transcurso del tiempo.

109. En base a estas conclusiones, entre las recomendaciones presentadas para prestar asistencia a los países en el desarrollo de políticas de acceso y participación en los beneficios más eficaces se incluyen las siguientes. ^{64/}

a) Transparencia de los derechos de propiedad sobre los recursos genéticos biológicos y bioquímicos como condición para el desarrollo de políticas de acceso y participación en los beneficios;

b) Autoridades nacionales competentes claramente establecidas para tramitar las solicitudes de acceso;

c) Debería claramente establecerse para evitar confusión el tipo de actividades que constituyen la utilización de los recursos genéticos, biológicos y bioquímicos y que han de estar reglamentadas mediante políticas de acceso y participación en los beneficios;

^{62/} Véase la publicación de la nota al pie 56, pág. 295.

^{63/} Véanse otros detalles en la publicación de la nota al pie 56, Capítulo 13, páginas 296-297.

^{64/} Véanse otros detalles relativos a las recomendaciones en la publicación de la nota al pie 56, págs. 297-298.

d) Puede ser digno de consideración establecer una diferenciación en los procedimientos de acceso en función de la técnica y de los pequeños usuarios comerciales. Aunque en algunas políticas de acceso y participación en los beneficios se ha distinguido entre acceso para fines comerciales y acceso para fines no comerciales no se ha establecido ninguna distinción en cuanto a los posibles usuarios de los recursos genéticos (p. ej., biotecnología, industria farmacéutica, semillas, industria agroquímica, ornamentos, medicina botánica, industria alimentaria).

e) Merece la pena aclarar los procedimientos de acceso a recursos disponibles en condiciones de *ex situ*;

f) Han de delinearse claramente los procedimientos relativos al consentimiento fundamentado previo para evitar pérdida de tiempo y procedimientos costosos y deberían simplificarse tales procedimientos para los usuarios no comerciales;

g) Respecto a las normas de participación en los beneficios, en lugar de aplicarse normas mínimas, se propone que pudiera ser más apropiado disponer de una serie de normas por adaptar a la diversidad de actividades de prospecciones biológicas;

h) En las políticas regionales de acceso y participación en los beneficios deberían aclararse las normas de acceso para prospecciones biográficas, y en los países que comparten los mismos recursos genéticos debería evitarse el favorecer a un país más que a otro en base a sus procedimientos de acceso.

110. Por último, respecto a la aplicación de las leyes y políticas de acceso y participación en los beneficios, pueden deducirse, según los autores, las cinco siguientes lecciones del análisis de los países de la Vertiente del Pacífico. ^{65/}

- a) Es más probable que tengan éxito los acuerdos cuando se reduce a un mínimo el número de partes en los mismos;
- b) Es crítica la determinación de una autoridad competente o del punto focal local en cuanto a conceder el acceso y la ambigüedad al respecto puede crear problemas;
- c) La determinación de procedimientos claros de acceso, y particularmente de los requisitos de consentimiento fundamentado previo, son esenciales para acelerar la aprobación de solicitudes y la negociación de los beneficios;
- d) Los Gobiernos han de basarse en la capacidad local para facilitar la aplicación efectiva y eficiente de las leyes y políticas de acceso y participación en los beneficios;
- e) La creación de un foro para un debate equilibrado de conceptos e implicaciones de acceso y participación en los beneficios controvertidos puede facilitar el proceso de solicitudes y el logro de los proyectos de prospecciones biográficas.

III. CUESTIONES POR CONSIDERAR EN BASE AL EXAMEN DE LOS INSTRUMENTOS NACIONALES, REGIONALES E INTERNACIONALES VIGENTES

A. La función de los instrumentos internacionales

111. Esencialmente la relación entre los actuales instrumentos internacionales y el acceso y la participación en los beneficios puede sintetizarse de la forma siguiente:

a) Dejando de lado al Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de la FAO es el único instrumento internacional que trata directamente del acceso y de la participación en los beneficios estableciendo un Sistema multilateral de acceso y distribución de beneficios para una lista de cultivos que figuran en el Anexo I del Tratado;

^{65/} Véanse otros detalles en la publicación de la nota al pie 56, Capítulo 3, páginas 73-74.

b) Aunque instrumentos tales como los Tratados de la OMPI, el Acuerdo ADPIC de la OMC y la Convención UPOV no analizan directamente el acceso y la participación en los beneficios, son de importancia para determinados aspectos del acceso y de la participación en los beneficios, tales como las cuestiones de propiedad intelectual relacionadas con el acceso y la participación en los beneficios;

c) La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y el Tratado Antártico son instrumentos internacionales pertinentes cuando en ellos se examina el acceso a los recursos genéticos más allá de las áreas de jurisdicción nacional;

d) Otros instrumentos no directamente relacionados con el acceso y la participación en los beneficios, tales como CITES, pueden proporcionar lecciones útiles en la elaboración del régimen internacional. Por ejemplo, podrían deducirse lecciones útiles del sistema de permisos internacionales establecido por CITES para reglamentar el comercio internacional de especies en peligro;

e) Por último, los instrumentos sobre derechos humanos prevén amplios derechos políticos, económicos y sociales para las comunidades indígenas y locales y establecen un marco general bajo el cual deberían considerarse la conservación, el mantenimiento y la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos biológicos.

B. Retos a nivel nacional

112. Según lo demostrado anteriormente, en base a la información disponible, parece ser que una mayoría de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica tienen todavía que adoptar medidas concretas sobre acceso y participación en los beneficios. Algunos países han adoptado marcos vigentes mientras que otros han adoptado o están en trámites de adoptar algunas medidas. En varios de estos países, los sistemas nacionales son, por lo tanto, incompletos.

113. En ausencia de disposiciones específicas de acceso y participación en los beneficios, no son frecuentemente claros el ámbito de los recursos y de las actividades reglamentados por la Ley. Algunas de las legislaciones adoptadas para otros fines, antes del Convenio sobre la Diversidad Biológica, pueden aplicarse al acceso a los recursos genéticos. Por consiguiente, el cuerpo de la Ley dentro de un país puede ser incompleto, difícil de determinar y las autoridades nacionales competentes pueden ser unas u otras dependiendo del lugar de los recursos y de los derechos de propiedad dentro de un determinado país. ^{66/}

114. En aquellos países que han adoptado medidas de acceso y participación en los beneficios, son diversos los enfoques en términos de los tipos de medidas adoptadas, de los actuales procedimientos creados, incluida la secuencia de los procedimientos por seguir, y de los marcos institucionales establecidos.

115. Según algunos expertos, la falta de regímenes nacionales claros de acceso y la falta de armonización entre países que han elaborado regímenes de acceso y participación en los beneficios, suscita serias inquietudes entre los usuarios. Estos consideran difícil cumplir con los requisitos jurídicos en distintos países proveedores por ser distintos los requisitos de un país a otro.

^{66/} Kerry ten Kate & Sarah A Laird, “The Commercial Use of Biodiversity – Access to Genetic Resources and Benefit-sharing”, Earthscan, 1999.

116. En cuanto a las medidas de cumplimiento, es digno de nota que pocos países han establecido sistemas de vigilancia y de verificación para asegurar que se respetan los arreglos de acceso y participación en los beneficios, tales como inspecciones o sistemas de presentación de informes. Aunque se han establecido en general sanciones o multas para responder a situaciones de infracción o incumplimiento de los contratos no es claro cómo han de aplicarse en la práctica, una vez hayan abandonado el país los recursos genéticos.

117. Por último, la falta de experiencia en la aplicación hace difícil deducir conclusiones en esta etapa. Se reconoce en general que el desarrollo de medidas nacionales ha demostrado ser difícil para muchos países debido a varios factores: falta de experiencia y conocimientos técnicos, limitaciones presupuestarias, estructuras gubernamentales y de apoyo político débiles, conflictos sociales locales, conflictos sobre la propiedad de los recursos genéticos. ^{67/}

118. Los retos a los que se enfrentan los países se deben frecuentemente a falta de capacidad en diversas esferas, ^{68/} incluida la de negociaciones a los niveles internacional y bilateral en la formulación y aplicación de las políticas y de la legislación nacionales en materia de acceso y participación en los beneficios. Además debido a la falta de capacidad científica y técnica varios países están limitados a proporcionar materiales en bruto. Por consiguiente, pudiera ser necesaria una capacidad reforzada para prestar asistencia en añadir valor a los recursos genéticos en el país proveedor. También ha sido un obstáculo la falta de toma de conciencia en cuanto a cuestiones de acceso y participación en los beneficios entre los interesados directos nacionales, tales como las comunidades locales.

C. El valor de los enfoques regionales

119. Según lo propuesto anteriormente, los enfoques regionales para el acceso y la participación en los beneficios pudieran constituir una respuesta útil a algunos de los retos actuales tales como a la cuestión de los recursos genéticos transfronterizos. Los enfoques regionales facilitarían la cooperación entre los países a nivel técnico y el intercambio de información. Además la armonización de los requisitos de acceso y participación en los beneficios a nivel regional tendría el beneficio de crear condiciones similares en un país y en otro para el acceso y la participación en los beneficios. Esto impediría que los países de una región estén en competencia con los países vecinos para atraer la inversión extranjera en términos perjudiciales. También se proveería a los usuarios de una mayor posibilidad de predecir mediante procesos racionalizados la posibilidad de obtener el acceso a los recursos genéticos. Por último, las instituciones regionales pudieran desempeñar una función importante dando capacidad a los países sin ninguna experiencia y conocimientos específicos a nivel nacional para que se beneficien de la experiencia y de los conocimientos en la región.

D. La función de los intermediarios

120. Según una publicación reciente “casi sin excepción, cada uno de los esfuerzos de recolección para prospecciones de biodiversidad emprendidos en nombre de empresas se ha hecho por conducto de intermediarios”. ^{69/} Varias de las directrices, códigos de conducta y códigos de ética han sido elaborados por asociaciones de jardines botánicos, colecciones microbianas y profesionales para proporcionar orientación a sus constituyentes en la aplicación de los objetivos del Convenio sobre la Diversidad Biológica y más concretamente sobre sus disposiciones de acceso y participación en los beneficios. Sin embargo, teniendo en cuenta la función que han desempeñado estos intermediarios en los arreglos de acceso y participación en los beneficios puede ser necesario considerar la necesidad de que los gobiernos reglamenten estas actividades.

121. Aunque en la mayoría de los casos los intermediarios son instituciones de investigación, jardines botánicos y universidades con experiencia y conocimientos en técnicas de recolección, taxonomía y otras

^{67/} Véase la nota al pie 57.

^{68/} Véase la referencia a la publicación de la nota al pie 55, pág. 81.

^{69/} S. Laird, “Biodiversity and Traditional Knowledge – Equitable Partnerships in Practice”, Peoples and Plants Conservation Series, Earthscan, 2002, chapter 13, p. 422-423.

esferas pertinentes, en años recientes han surgido también empresas especializadas que proporcionan recursos genéticos al sector privado. Estas instituciones intermediarias proporcionan un servicio valioso y pudieran quizás contribuir a asegurar que el acceso y la participación en los beneficios se realizan en términos beneficiosos para los proveedores y para los usuarios finales de los recursos genéticos, de conformidad con el Convenio. Por consiguiente, se ha propuesto que quizá los gobiernos tengan que considerar la importancia de tales intermediarios al elaborar sus regímenes de acceso y participación en los beneficios.⁷⁰ Los esfuerzos de sensibilización del público respecto a los requisitos de acceso y participación en los beneficios pudieran también dirigirse hacia los intermediarios con miras a asegurar que en sus acciones se cumplen los requisitos de acceso y participación en los beneficios.

^{70/} Véase un análisis más detallado en la publicación mencionada en la nota al pie 69 precedente.