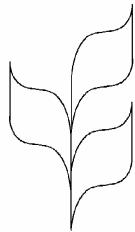




CBD



CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA

Distr.
GENERAL

UNEP/CBD/WG-ABS/5/3
13 de septiembre de 2007

ESPAÑOL
ORIGINAL: INGLÉS

GRUPO DE TRABAJO ESPECIAL
DE COMPOSICIÓN ABIERTA SOBRE ACCESO
Y PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS
Montreal, 8-12 de octubre de 2007
Tema 3 del programa provisional*

ANÁLISIS DE LAGUNAS EN ACTUALES DOCUMENTOS NACIONALES, REGIONALES E INTERNACIONALES, JURÍDICOS Y OTROS, RELATIVOS AL ACCESO Y A LA PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS

Nota del Secretario Ejecutivo

I. INTRODUCTION

1. En su decisión VII/19D, la Conferencia de las Partes dio el mandato al Grupo de trabajo especial de composición abierta sobre acceso y participación en los beneficios de elaborar y negociar un régimen internacional sobre acceso a los recursos genéticos y participación en los beneficios con la finalidad de adoptar uno o varios instrumentos con miras a aplicar efectivamente las disposiciones de los Artículos 15 y 8 j) del Convenio y los tres objetivos del Convenio. En las atribuciones del Grupo de trabajo sobre acceso y participación en los beneficios se prevé que la negociación del régimen internacional esté inspirada, entre otros elementos en “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”.

2. Después de la celebración de la séptima reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, se preparó un documento para la tercera reunión del Grupo de trabajo especial de composición abierta sobre acceso y participación en los beneficios con el título “Análisis de los actuales instrumentos nacionales, regionales e internacionales jurídicos relativos al acceso y a la participación en los beneficios y experiencias adquiridas en su aplicación, incluidas las lagunas”. En esa reunión, para facilitar el ulterior análisis de lagunas en los actuales instrumentos jurídicos y de otra clase, nacionales, regionales e internacionales, relativos al acceso y a la participación en los beneficios, el Grupo de trabajo preparó una matriz para el análisis de lagunas. En base a esta matriz, el Grupo de trabajo invitó a Partes, gobiernos, comunidades indígenas y locales, organizaciones internacionales y a todos los interesados directos pertinentes a proporcionar información a la Secretaría con miras a completar la matriz. En la matriz se incluye una refundición de la información presentada al Grupo de

* UNEP/CBD/WG-ABS/5/1

/...

A fin de reducir al mínimo los impactos ambientales de los procesos de la Secretaría, y para contribuir a la iniciativa del Secretario General en favor de un sistema de Naciones Unidas sin consecuencias respecto de la emisión de dióxido de carbono, sólo se ha impreso un número limitado de ejemplares del presente documento. Se ruega a los delegados que lleven sus propios ejemplares a la reunión y eviten solicitar otros.

trabajo en su cuarta reunión que figuraba en el documento UNEP/CBD/WG-ABS/4/3. Además, se recopilaron las presentaciones relacionadas con la matriz y se pusieron a disposición mediante el documento UNEP/CBD/WG-ABS/4/INF/4.

3. En la decisión VIII/4A, párrafo 9, la Conferencia de las Partes pidió al Secretario Ejecutivo que, para la quinta reunión del Grupo de Trabajo sobre acceso y participación en los beneficios prepare la versión final del análisis de lagunas a que se refiere la decisión VII/19 D, anexo, párrafo a) i), teniendo en cuenta que esta labor se realizará paralelamente y no detendrá la labor relativa a la elaboración y negociación del régimen internacional. En el párrafo 8 de la misma decisión, se invitó a Partes, Gobiernos, comunidades indígenas y locales, organizaciones internacionales y todos los interesados pertinentes a hacer llegar a la Secretaría más información pertinente para el análisis de lagunas.

4. En atención a lo mencionado en el análisis de lagunas presentado en este documento habría de considerarse y leerse conjuntamente lo siguiente:

a) la reseña de acontecimientos recientes en los actuales instrumentos legales y de otra clase a los niveles nacional, regional e internacional relacionados con el acceso y la participación en los beneficios disponible en el documento UNEP/CBD/WG-ABS/5/4;

b) la reseña de acontecimientos recientes a nivel internacional relativos a la al acceso y participación en los beneficios disponible en el documento UNEP/CBD/WG-ABS/5/4/Add.1;

c) la matriz sobre el análisis de lagunas preparada para la cuarta reunión del Grupo de trabajo disponible en el documento UNEP/CBD/WG-ABS/4/3; y;

d) aportes proporcionados por Partes e interesados directos pertinentes para la quinta reunión del Grupo de trabajo disponibles en los documentos de información UNEP/CBD/WG-ABS/5/INF/1 y UNEP/CBD/WG-ABS/5/INF/2.

5. Además, para prestar asistencia a la reunión en el análisis de lagunas, se encargó la realización de los siguientes estudios con miras a obtener información pertinente al análisis de lagunas:

a) un estudio de remedios administrativos y judiciales de que disponen países con usuarios bajo su jurisdicción y en acuerdos internacionales, disponible en el documento UNEP/CBD/WG-ABS/5/INF/3.

b) un estudio analítico de arreglos de acceso y participación en los beneficios en diversos sectores. Este estudio se ha realizado para proporcionar una reseña de la forma por la que diversos sectores atienden al consentimiento fundamentado previo y a las condiciones mutuamente acordadas, incluidos la participación en los beneficios, los derechos de propiedad intelectual y cuestiones de cumplimiento para detectar elementos comunes y divergentes entre los sectores así como lagunas posibles.

6. Solamente se dispondrá de este último estudio sobre arreglos para acceso y participación en los beneficios en la sexta reunión del Grupo de trabajo sobre acceso y participación en los beneficios. El estudio proporciona la información sobre contratos/asociaciones en materia de acceso y participación en los beneficios en varios sectores e ilustrará algunas prácticas de acceso y participación en los beneficios.

7. Para facilidad de referencia y uso en el proceso de negociación, se sigue en el presente documento la estructura de los temas del programa de la quinta y sexta reuniones del Grupo de trabajo sobre acceso y participación en los beneficios. Según se destaca en el programa anotado, los temas del programa se han edificado sobre los posibles elementos de un régimen internacional, los cuales se enumeran en las atribuciones indicadas en el anexo a la decisión VII/19D. Estos elementos se agruparon en conjuntos correspondientes a los títulos temáticos principales. Para analizar las lagunas en el sistema actual, se sigue en el presente documento la misma estructura. En relación con cada uno de estos títulos temáticos, se examina en el documento la forma por la que el Convenio ha tratado a estos elementos, la

forma por la que han sido tratados a los niveles regional y nacional,^{1/} y si han sido considerados por otros instrumentos internacionales y arreglos en materia de acceso y participación en los beneficios. Por último, se indican en el documento posibles lagunas respecto a cada uno de estos títulos temáticos. En la Sección III se examinan otras lagunas en el actual sistema de acceso y participación en los beneficios, y en la Sección IV se somete a la consideración del Grupo de trabajo un resumen. No se ha pretendido que este análisis sea completo puesto que se basa en la información de la que disponía la Secretaría en la fecha de redacción de la nota.

8. Según lo indicado a continuación pueden identificarse algunas lagunas en los actuales instrumentos relativos al acceso y a la participación en los beneficios. No obstante, debe señalarse que está sujeto a diversas interpretaciones lo que constituye una laguna. Las Partes habrán de determinar si las cuestiones suscitadas en el presente documento constituyen lagunas a las que está justificado atender y, de ser así, si debería responderse a ellas mediante un régimen internacional o meramente a los niveles regional o nacional.

II. ANÁLISIS DE LAGUNAS

A. *Participación justa y equitativa en los beneficios*

9. Entre los elementos por considerar por el Grupo de trabajo para su inclusión en el régimen internacional (atribuciones del grupo de trabajo, en la decisión VII/19D, Anexo, (d)), los siguientes elementos (i), (ii), (iii), (v), (vi) están relacionados con la participación justa y equitativa en los beneficios:

- “(i) Medidas para promover y alentar la investigación científica en colaboración, así como la investigación con fines comerciales y de comercialización, de conformidad con los Artículos 8 j), 10, 15, párrafo 6, párrafo 7 y Artículos 16, 18 y 19 del Convenio;
- (ii) Medidas para asegurar la participación justa y equitativa en los beneficios de los resultados de la investigación y el desarrollo y los beneficios que se derivan de la utilización comercial y otras de los recursos genéticos, de conformidad con los Artículos 15.7, 16, 19.1, 19.2 del Convenio;
- (iii) Medidas para la participación en los beneficios, comprendidos, entre otros, los beneficios monetarios y no monetarios, y transferencia de tecnología y cooperación eficaces en apoyo de la generación de beneficios sociales, económicos y ambientales;
- (v) Medidas de promoción y salvaguarda de la participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de la utilización de los recursos genéticos;
- (vi) Medidas que garanticen la participación en los beneficios provenientes de la utilización comercial y otras de los recursos genéticos y sus derivados y productos, en el contexto de condiciones mutuamente convenidas;”

10. A continuación se examina la forma por la que la cuestión de la participación en los beneficios ha sido tratada en disposiciones del Convenio sobre la Diversidad Biológica, en instrumentos regionales y nacionales y en arreglos para acceso y participación en los beneficios, con miras a determinar las lagunas. Debe señalarse que las medidas en apoyo del cumplimiento del consentimiento fundamentado previo y de las condiciones mutuamente acordadas, incluidas las mencionadas bajo los elementos (i) y

^{1/} Aunque las Partes pudieran ser tanto usuarios como proveedores de los recursos genéticos, para facilitar el examen de las medidas nacionales relativas a acceso y participación en los beneficios adoptadas por Partes, se examinan en el documento en paralelo las medidas nacionales adoptadas por Partes a título de proveedores de los recursos genéticos y las medidas adoptadas por Partes a título de usuarios de los recursos genéticos.

(ii), se consideran más adelante en la sección C. En esta sección se examina la forma por la que en los régímenes nacionales se ha tratado la cuestión de participación en los beneficios (tipos de beneficios, oportunidad, distribución y mecanismos) así como en los arreglos de acceso y participación en los beneficios.

1. Disposiciones del Convenio

11. Los Artículos 1, 8 j), 15.7, 16.3, 16.4, 17.2, 18.4, 18.5, 19.1 y 19.2 del Convenio tratan directa o indirectamente de la participación justa y equitativa en los beneficios.

2. Directrices de Bonn

12. Las Directrices de Bonn se refieren en la sección IV.D al Artículo 15.7 y en la sección IV.D.3 tratan específicamente de la participación en los beneficios analizando los tipos de beneficios, la oportunidad de los beneficios, la distribución de los beneficios y los mecanismos de participación en los beneficios. Además, en el Apéndice II de las Directrices de Bonn se proporciona una lista de posibles beneficios monetarios y no monetarios.

3. Instrumentos regionales y nacionales

Medidas regionales

13. A continuación se examina la forma por lo que se ha atendido con medidas regionales a la participación en los beneficios por conducto de condiciones mutuamente acordadas, en base al análisis realizado en el documento UNEP/CBD/WG-ABS/3/2.

14. En las medidas regionales se prevé el desarrollo de acuerdos de acceso y participación en los beneficios y se incluye una lista mínima de términos y expresiones que han sido cubiertos por el acuerdo (Artículo 11 del proyecto de acuerdo ASEAN; Decisión 391, capítulo III, artículo 17; acuerdo Centroamericano, artículo 19; Ley modelo de África, artículo 8). No existe nada igual a la Decisión 391 por cuanto prevé tanto la firma del contrato de acceso entre la autoridad nacional competente y el solicitante del acceso (capítulo III) como la firma de un contrato auxiliar entre el solicitante y el proveedor de los recursos genéticos (título IV, artículo 41) y un anexo al contrato sobre recursos genéticos, entre el proveedor de los conocimientos asociados (científicos o tradicionales), a los que también se tiene acceso when it is also being accessed (capítulo III). Es también digno de mención que tanto en la Ley modelo de África como en el proyecto de acuerdo ASEAN se prevé que deberían intervenir las comunidades indígenas y locales en la negociación de los acuerdos de acceso y participación en los beneficios.^{2/} Según lo estipulado en estos instrumentos regionales, en los contratos de acceso y participación en los beneficios deberían incluirse los beneficios no monetarios así como los beneficios monetarios, según proceda (p.ej. Decisión 391, artículos 17 y 35).

15. Por último, es interesante señalar que en la Ley modelo de África se sugiere el establecimiento de un Fondo de genes de la comunidad, cuyos fondos provienen de la participación en los beneficios de comunidades agrícolas locales que serán utilizados para financiar proyectos desarrollados por las comunidades agrícolas (Parte VII, artículo 66).

Medidas nacionales adoptadas por Partes a título de proveedores de los recursos genéticos

16. En cuanto a las medidas de acceso y participación en los beneficios adoptadas por los países, según se indica en el documento UNEP/CBD/WG-ABS/5/4, es difícil deducir conclusiones generales del análisis de estas medidas pues los países han adoptado distintos enfoques. Según fuentes oficiales, por lo menos 58 países están en trámites de elaborar, o ya han adoptado, medidas para acceso y participación en

^{2/} Véanse otros detalles en el artículo 7 de la Ley Modelo de África y el artículo 11 del proyecto de acuerdo ASEAN.

los beneficios. Entre estos 58 países, se han incluido en la base de datos del Convenio sobre la Diversidad Biológica 39 países. Algunos han adoptado medidas que se refieren al acceso y a la participación en los beneficios sin proporcionar procedimientos detallados para tal acceso y participación.

17. En base a la información disponible sobre medidas de acceso y participación en los beneficios, una de las principales conclusiones por deducir es la ausencia de un enfoque armonizado por razón de la multiplicidad de enfoques que han sido adoptados por Partes y países en base a su legislación vigente, a sus necesidades y a sus estructuras constitucionales. Aunque algunos países han adoptado una sola medida en relación con el acceso y la participación en los beneficios, otros han adoptado un conjunto de medidas (p.ej. una estrategia, una ley y directrices). Además, varios países están todavía en el proceso de desarrollar sus regímenes nacionales y por lo tanto el conjunto de medidas es frecuentemente incompleto.

18. Respecto a la participación en los beneficios en particular, los instrumentos regionales prevén que los contratos de acceso y participación en los beneficios incluyan tanto beneficios no monetarios como monetarios. En las medidas nacionales, varían las indicaciones relativas a los tipos de beneficios por compartir, dependiendo de las medidas. En general, se prevén en las medidas tanto beneficios no monetarios, tales como los de creación de capacidad, acceso a la tecnología y transferencia de la tecnología monetarios, como monetarios provenientes de la utilización comercial de los recursos a los que se permite el acceso mediante la compartición de regalías y/o pagos por determinados hitos.

19. Es interesante señalar que en algunas de las medidas para acceso y participación en los beneficios (es decir, legislación y/o reglamentación) se indica que los acuerdos de acceso y participación en los beneficios han de negociarse antes de que pueda concederse el acceso, y en otras se presenta también una lista de los posibles beneficios por compartir.

20. En base al análisis de las medidas nacionales presentadas en el documento UNEP/CBD/WG-ABS/5/4, parece ser que en la mayoría de los sistemas nacionales vigentes se prevé que las condiciones mutuamente acordadas para el acceso y participación en los beneficios han de establecerse en un documento o en un conjunto de documentos en los que pudieran incluirse permisos, contratos y acuerdos de transferencia de materiales. En las medidas se prevé en general la participación en los beneficios con el Estado (o la autoridad nacional competente), o con las comunidades indígenas y locales u otros proveedores de los recursos ^{3/}, y en la mayoría de los casos con ambos ^{4/}. Pueden establecerse las condiciones para la participación en los beneficios en diversas clases de acuerdos. Dependiendo del régimen nacional, las condiciones pueden establecerse en un contrato de acceso, un acuerdo de transferencia de materiales con otras condiciones mutuamente acordadas (respecto a las condiciones del acceso, al uso de los recursos colecciónados, al compromiso de notificarlo, etc.) o en un acuerdo por separado de participación en los beneficios. En algunos países, el acuerdo en el que figuran los arreglos de participación en los beneficios se negocia por conducto de la autoridad nacional competente (ANC) ^{5/} mientras que en otros, la ANC se limita a aprobar el acuerdo negociado entre las comunidades indígenas y locales o cualesquiera interesados directos pertinentes y el solicitante ^{6/}. En algunas medidas se prevé también la consulta a los interesados directos pertinentes por parte de la ANC antes de que se concierte

^{3/} Tal como en la Afganistán Environment Act bajo la sección 64; en la reglamentación de Australia bajo la sección 8A.07; en la South African Biodiversity Act bajo la sección 80 (1) (c); y en la Vanuatu Environmental Act bajo la sección 36 (6)(b)(iii).

^{4/} Este es el caso, por ejemplo de Bolivia, Brasil, Etiopía, Panamá y Filipinas. Es interesante señalar que Etiopía otorga a las comunidades locales el “derecho de obtener el 50 % de los beneficios compartidos por el Estado en forma monetaria provenientes de la utilización de sus recursos genéticos”: Ethiopian Proclamation, sección 9 (2).

^{5/} Tal como en el decreto de Bolivia, sección 36; la Bhutan Biodiversity Act, secciones 9 (f) y 10; la Indian Biological Diversity Act, sección 21; y la Ethiopian Proclamation, secciones 14 (2) (3) y 16 (9) (10).

^{6/} Véanse por ejemplo, la Afganistán Environment Act, sección 64 (4); la reglamentación de Australia, sección 8A.07; las Medidas Provisorias de Brasil, secciones 27 y 29; las Philippines Guidelines para actividades de bioprospección, sección 14; la South-African Biodiversity Act, artículos 82 (2), 82 (3), 83 (2) y 84 (2); y la Vanuatu Environment Act, artículo 34 (6) (a).

un acuerdo 7/ o de la posibilidad de acuerdos paralelos entre el solicitante y ambos ANC e interesados directos pertinentes (comunidades locales, proveedores).8/ debe señalarse que en muchas de las medidas nacionales se prevé también que los propietarios/titulares de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos reciban una parte alícuota de los beneficios provenientes de la utilización de sus conocimientos tradicionales. 9/

21. Las indicaciones relativas a las clases de beneficios por compartir varían dependiendo de las medidas. En general, se prevén en las medidas tanto beneficios no monetarios, tales como creación de la capacidad, acceso a la tecnología y transferencia de la tecnología como beneficios monetarios provenientes de la utilización comercial de los recursos a los que se tiene acceso por conducto de la repartición de regalías.10/ A título de beneficio no monetario, algunos países prevén la intervención de ciudadanos o instituciones locales en la investigación, recolección y desarrollo tecnológico de los productos provenientes de los recursos biológicos y genéticos 11/. En algunas de las medidas se requiere también la divulgación del origen de los recursos genéticos o de los conocimientos tradicionales mencionados en publicaciones así como otros usos y divulgaciones 12/. Sin embargo, es interesante señalar que algunos países solamente se concentran en beneficios monetarios 13/ o en beneficios no monetarios 14/. Aunque algunos países solamente tratan de beneficios equitativos caso por caso, 15/ otros establecen el porcentaje mínimo o máximo de su participación en los beneficios. 16/ Pocos países proporcionan además otros detalles relativos a la finalidad a la que hayan de asignarse los beneficios obtenidos, por ejemplo, la conservación de la diversidad biológica y el fomento de los conocimientos de la comunidad. 17/ Algunos países también prevén el establecimiento de fondos en los que se depositarán

7/ Tal como en la Ethiopian Proclamation, secciones 14 (2) (3) y 16 (9) (10)y en la Indian Biological Diversity Act, sección 21 y en las Biological Diversity Rules, secciones 14 (5) (6) y 20 (5), por ejemplo.

8/ Tal como en la Bhutan Biodiversity Act, sección 10 y en el Decreto de Panamá, secciones 38 y 41.

9/ Véanse las Australian Regulations, sección 8A.08; Bhutan Biodiversity Law, sección 38 (b); Decreto de Bolivia, secciones 15 (2), 44 y 47; Medidas Provisorias de Brasil, sección 9; Ethiopian Proclamation, secciones 16 (10), 17(15) y 18; Indian Biological Diversity Act, sección 21 y Indian Biological Diversity Rules, sección 20 (8); Ley General de Panamá, sección 105; South African Biodiversity Act, en las secciones 82 (1) (b) y 82 (3); y Vanuatu Environmental Act, sección 34 (6) (a).

10/ Por ejemplo, véanse Bhutan Biodiversity Act, sección 10; Medidas Provisorias de Brasil, sección 25, Ethiopian Proclamation, secciones 19; Indian Biological Diversity Act, sección 21 (2) y Biological Diversity Rules, sección 20; Kenyan Regulations, sección 20; Philippines Guidelines for Bioprospecting activities, secciones 15-17; y Ugandan Regulations, sección 20.

11/ Por ejemplo, véanse la Reglamentación de Bolivia, sección 42 (b); Kenyan Regulations, sección 20 (1); Malawi Procedures and Guidelines for Access and Collection of Genetic Resources, secciones E(2) (3) y H (1); Ugandan Regulations, secciones 15 (2) h) y 20 (2) (a); y Ley sobre Diversidad Biológica de Venezuela, artículo 74(4). En Filipinas, en las actividades comerciales de bioprospección comercial, se exige la participación de un colaborador local (sección 19). Es también interesante observar que en las Medidas Provisorias de Brasil se menciona que la investigación acerca de recursos genéticos debería de preferencia realizarse en territorio brasileño (sección 16 (7)).

12/ Véanse, por ejemplo, las Medidas Provisorias de Brasil, sección 9 y el Decreto de Panamá, sección 23. Se indican a continuación los requisitos para la divulgación del origen/fuente/procedencia legal en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual.

13/ Tal como Sudáfrica, bajo la sección 85 de la Biodiversity Act.

14/ Tal como Venezuela, bajo la sección 74 (4) de la Ley sobre diversidad biológica. .

15/ Tal como en Ethiopian Proclamation, sección 18; Indian Biological Diversity Rules, sección 20; y Ugandan Regulations, sección 20 (2).

16/ Por ejemplo, en Costa Rica, la parte interesada debería depositar, para investigación básica o bioprospección hasta el 10 % del presupuesto de investigación o de bioprospección y para explotación económica ocasional o regular, pagar hasta el 50% de las regalías obtenidas. (Ley sobre diversidad biológica, sección 76 y Decreto sobre normas generales para acceso a los recursos genéticos, sección 9 (4) (5)). En Filipinas, debe entregarse anualmente al gobierno nacional y a los proveedores de los recursos una cantidad mínima del 2% del total de las ventas globales en bruto de los productos fabricados o derivados de las muestras recopiladas durante todo el tiempo en el que se venda el producto (25% al gobierno y 75% a los proveedores) (directrices para actividades de bioprospección en Filipinas, sección 16).

17/ Este es, por ejemplo, el caso de Etiopía con su Proclamación para proporcionar acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos y derechos de la comunidad, sección 18 (2). En este régimen se requiere también que los

los beneficios recibidos por el Estado o los que no se asignen a interesados directos. 18/ Por último, en algunas de las medidas se establecen también las condiciones respecto a la transferencia de los recursos genéticos a terceras partes o se prevé que tales condiciones hayan de fijarse en el acuerdo. 19/

22. *Los derechos de propiedad intelectual* por cuanto se relacionan con el acceso y la participación en los beneficios se consideraban, de diversos modos y con distinta amplitud, en la mayoría de los regímenes de acceso y participación en los beneficios examinados. 20/ En varias de las medidas, los derechos de propiedad intelectual se consideran en el contexto de la participación en los beneficios mediante la compartición de regalías 21/ o se prevé que en el acuerdo se reconozca la propiedad conjunta de los derechos de propiedad intelectual 22/ o se establecen condiciones mutuamente convenidas para determinar quién sea el propietario/titular de estos derechos 23/.

Medidas adoptadas por Partes a título de usuarios de los recursos genéticos

23. Se examinan en lo que sigue estas medidas en el apartado sobre Medidas para prestar apoyo al cumplimiento del consentimiento fundamentado previo y de las condiciones mutuamente acordadas.

4. Arreglos de acceso y participación en los beneficios

24. El estudio analítico sobre arreglos de acceso y participación en los beneficios en distintos sectores ayudará a determinar la forma de atender en esos sectores a la participación en los beneficios. Proporcionará información respecto a los tipos de beneficios monetarios y no monetarios ofrecidos, el calendario correspondiente a los beneficios (a corto plazo, a medio plazo y a largo plazo), la distribución de los beneficios entre aquellos que han sido identificados como contribuyentes a la gestión de los recursos, y a los procesos científicos y/o comerciales. Se examinarán también los mecanismos para la participación en los beneficios tales como fondos fiduciarios, empresas en común y licencias en términos preferenciales. También se indicará si han sido tratadas las cuestiones establecidas en los Artículos 15, 16 y 19 del Convenio, tales como participación en actividades de investigación biotecnológica, transferencia de tecnología y resultados y beneficios provenientes de las biotecnológicas.

25. Las monografías presentadas para cada sector revelarán los elementos comunes y divergentes entre los sectores en términos de la forma por la que se atiende a los diversos aspectos de la participación en los beneficios anteriormente mencionados.

5. Lagunas posibles en la participación justa y equitativa en los beneficios

beneficios obtenidos por las comunidades locales provenientes de la utilización de sus recursos genéticos o de los conocimientos de la comunidad se inviertan en beneficio común de la comunidad de que se trate (sección 9(3)). El procedimiento para asegurar la aplicación de estos dos requisitos será especificado mediante una nueva reglamentación (secciones 9 (4) y 18 (2)). Véanse también la Reglamentación de Bolivia, sección 40; las Medidas Provisorias de Brasil, sección 33; las Indian Biological Diversity Rules, sección 20 (7); y el Decreto de Panamá, sección 40 (a).

18/ Por ejemplo, Medidas Provisorias de Brasil, sección 33; Indian Biological Diversity Act, secciones 21 (3) y 27 (2) y las Biological Diversity Rules, sección 20 (8); y South African Biodiversity Act, sección 85.

19/ Por ejemplo, véanse Afganistán Environment Act, sección 65 párr.1 (7); Australian Regulations, sección 8A.08; Bhutan Biodiversity Act, sección 9 (d); Ethiopian Proclamation, sección 17 (9); Indian Biological Diversity Act, artículo 20 y Biological Diversity Rules, sección 19; South African Biodiversity Act, artículo 84 (1) (vii); Ugandan Regulations, sección 15 (2) d; y Ley sobre la Diversidad Biológica de Venezuela, artículo 74 (3).

20/ Véanse las medidas adoptadas por Afganistán, Bolivia, Brasil, Bhutan, Costa Rica, Etiopía, India, Perú, Filipinas, Uganda, Vanuatu y Venezuela. Debe señalarse que en los países del Pacto Andino, se consideran los derechos de propiedad intelectual relacionados con el acceso y la participación en los beneficios en las decisiones 391 y 486 de la Comunidad Andina.

21/ Por ejemplo, en el artículo 5 del Decreto de Costa Rica se prevé la obligación de pagar hasta el 50% de regalías.

22/ Tal como Bhutan Biodiversity Act, sección 10 (e) y Ugandan Regulations, sección 20 (2) (i).

23/ Por ejemplo, véase la Reglamentación de Bolivia, sección 36; las Medidas Provisorias de Brasil, sección 28 (v); y Indian Biological Diversity Rules, sección 14 (6) (iv).

26. Según se demostró anteriormente, por razón del número limitado de medidas adoptadas de acceso y participación en los beneficios y de los diversos enfoques adoptados, es difícil deducir conclusiones relativas a las lagunas respecto a la participación en los beneficios.

27. No obstante, se ha sugerido que entre las lagunas relacionadas con la participación en los beneficios pudieran incluirse las siguientes:

a) El número limitado de países que han establecido regímenes de acceso y participación en los beneficios puede ser considerado como un obstáculo para crear un entorno favorable con miras a generar beneficios científicos, comerciales y sociales a partir de los recursos genéticos, limitándose la capacidad de participación equitativa en los beneficios.

b) La falta de normas uniformes para la participación en los beneficios

c) El hecho de que no se han elaborado para recursos genéticos transfronterizos medidas armonizadas de participación en los beneficios

d) El hecho de que en las actuales medidas nacionales sobre acceso y participación en los beneficios no siempre se establece el vínculo entre la participación en los beneficios y la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica.

e) La ausencia de medidas adoptadas por las Partes con usuarios bajo su jurisdicción para prestar apoyo a la compartición de los beneficios entre usuarios y proveedores de los recursos genéticos (véanse más adelante las medidas en apoyo del cumplimiento del consentimiento fundamentado previo y de las condiciones mutuamente acordadas).

f) El hecho de que en los procesos relativos al consentimiento fundamentado previo y a las condiciones mutuamente acordadas apenas se distingue entre acceso para fines científicos o acceso para fines comerciales puede haber creado un elemento disuasivo para la investigación científica y hacer que disminuya el potencial de participación en los beneficios no monetarios mediante la cooperación no comercial en investigación científica, tal como el intercambio de investigadores y proyectos de investigación en común. Sin embargo, los recursos a los que inicialmente se tiene acceso para fines científicos pudieran ser subsiguientemente utilizados para fines comerciales.

28. El estudio sobre arreglos en materia de acceso y participación en los beneficios ayudará a determinar las clases de beneficios previstas en estos arreglos para diversos sectores. En base a esas conclusiones será posible determinar si existen lagunas en los actuales arreglos de acceso y participación en los beneficios y a qué nivel ha de atenderse a las mismas.

29. Según lo establecido en las Directrices de Bonn, el desarrollo de Acuerdos normalizados de transferencia de materiales y los arreglos de participación en los beneficios para recursos similares y usos similares ha sido propuesto como un medio de proporcionar certidumbre legal y transparencia y de reducir a un mínimo los costos de transacción.

B. Acceso a los recursos genéticos

1. Disposiciones del Convenio sobre la Diversidad Biológica

30. Los Artículos 1 y 15 del Convenio son pertinentes para el acceso a los recursos genéticos.

2. Directrices de Bonn

31. En las Directrices de Bonn se analiza lo relativo al acceso a los recursos genéticos mediante disposiciones relativas al consentimiento fundamentado previo. La Sección IV.C. de las Directrices de Bonn trata del consentimiento fundamentado previo, incluidos los principios básicos de un sistema para consentimiento fundamentado previo, los elementos de un sistema de consentimiento fundamentado previo, las autoridades competentes que otorgan el consentimiento fundamentado previo, los plazos y

fechas límite, las especificaciones para su uso y los procedimientos para el consentimiento fundamentado previo así como el proceso de obtención del consentimiento fundamentado previo.

3. Instrumentos regionales y nacionales

32. La reseña de medidas de acceso y participación en los beneficios que figura en el documento UNEP/CBD/WG-ABS/5/4 ilustra la forma por la que con las medidas regionales y nacionales se ha considerado la cuestión del acceso a los recursos genéticos mediante el consentimiento fundamentado previo.

Medidas regionales

33. El consentimiento fundamentado previo ha sido considerado de modo similar en todas las medidas regionales para acceso y participación en los beneficios. Se prevé en estas medidas que se exija el consentimiento fundamentado previo de las autoridades nacionales competentes antes del tener acceso a los recursos. También se prevé en las medidas la presentación de una solicitud incluyéndose requisitos similares tales como: la identificación del solicitante, la divulgación de la información relativa a colaboradores locales y la zona geográfica específica en la que estén ubicados los recursos genéticos. Se atiende a la intervención de las comunidades indígenas y locales y/o de otros interesados directos pertinentes en los procedimientos de consentimiento fundamentado previo en la decisión 391 del Pacto Andino, 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). En el proyecto de acuerdo de Centroamérica se prevé que la autoridad nacional competente expedirá un certificado de origen estableciendo la legalidad del acceso a los recursos y a los conocimientos tradicionales (artículo 21).

Medidas nacionales

34. En cada uno de los regímenes de acceso y participación en los beneficios cubiertos por el documento UNEP/CBD/WG-ABS/5/4, debe presentarse para el acceso algún tipo de solicitud a fin de obtener tal acceso a recursos genéticos. En tales disposiciones se prevén también indicaciones relativas a la información concreta que haya de incluirse en la solicitud de acceso 24/ y los procedimientos que lleven a su aprobación o denegación 25/. En algunos países, se exigen también tasas de solicitud o de recolección. 26/ La autoridad nacional competente determina si se concede la aprobación o se deniega el acceso. Sin embargo, aunque en algunos regímenes se da cabida a la aprobación de la autoridad competente 27/, en la mayoría de las medidas examinadas se exige también el consentimiento fundamentado previo de la autoridad/proveedores de los recursos pertinentes en la zona geográfica en la que ha de autorizarse el acceso a los recursos de cursos genéticos. Estos proveedores de los recursos son en general las comunidades indígenas y locales u otros interesados directos pertinentes, tales como

24/ Véanse, por ejemplo, Bhutan (sección 7 de la Biodiversity Act) y Afganistán (sección 63 de la Environment Act).

25 Véanse, por ejemplo, Bhutan (secciones 9-10 de la Biodiversity Act), Bolivia (secciones 23-29 de su Decreto y Etiopía (secciones 13-14 de su Proclamation).

26/ Por ejemplo: Afganistán, sección 62 (2) de la Environment Act; Costa Rica, artículos 76 de la “Ley de Biodiversidad” (Ley de Costa Rica), y 9(4)(c) de las “Normas Generales para el Acceso a los Elementos y Recursos Genéticos y Bioquímicos de la Biodiversidad, Decreto 31 514” (Decreto de Costa Rica); India, sección 41(3) de la Biological Diversity Act, 2002 y sección 14 (2) de las Biological Diversity Rules 2004; Kenya, sección 9 (1) de sus Regulations; Malawi, sección D(3) de los Procedures and Guidelines for Access and Collection of Genetic Resources en Malawi; Filipinas, sección 15 de las Guidelines for bioprospecting activities in the Philippines (Philippine Guidelines) y secciones 15.9 y 21.1 de las Implementing Rules and Regulations; y Uganda, secciones 12, 14 y 19 de sus Regulations.

27/ Tal como Bhutan y Etiopía (excepto en casos de acceso a conocimientos tradicionales).

propietarios privados o autoridades en el área de conservación 28/. En muchos países se prevé también la protección de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos en el entorno de su régimen nacional 29/. A este respecto, en algunos de estos países se exige la obtención del consentimiento fundamentado previo de los propietarios/titulares de los conocimientos tradicionales. 30/

35. En algunos regímenes se exige el consentimiento fundamentado previo de los interesados directos pertinentes y/o pruebas de que se ha comunicado a la autoridad nacional competente tal consentimiento antes de la entrega del permiso de acceso o de la firma del contrato de acceso (tales como en Afganistán, Panamá, Sudáfrica, Uganda y Vanuatu). 31/ Además, algunos países han adoptado distintos requisitos para el acceso dependiendo del tipo de solicitante. Por ejemplo, en los regímenes de India 32/, Bolivia 33/, Brasil 34/ y Filipinas 35/ se prevén distintos procedimientos para ciudadanos nacionales y para extranjeros que deseen obtener el acceso a los recursos genéticos. Otros países, tales

28/ Por ejemplo, véanse la sección 64 de Afganistán Environment Act; secciones 8.04 y 8.09 de las Australian Regulations; artículo 16 párr. 9 de Brazilian Provisional Act; artículos 63, 65 y 66 de la Ley de Costa Rica; sección E(8) de Procedures and Guidelines for Access and Collection of Genetic Resources in Malawi, sección 87BIS de la Ley General de equilibrio ecológico y protección del medio ambiente de México; secciones 21-22 del Decreto de Panamá; sección 14 de Philippines Wildlife Resources Conservation Act; sección 82 de South African Biodiversity Act, sección 12 de la ley de Uganda; y sección 34 (6)(b) de Vanuatu Environmental Management and Conservation Act (Vanuatu Environmental Act).

29/ Tales como, Afganistán, Bhutan, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Etiopía, India, Panamá, Sudáfrica y Vanuatu.

30/ Por ejemplo, secciones 37-38 de la Bhutan Biodiversity Act; sección 66 de la Ley de Costa Rica; secciones 7 y 12 (2) de la Ethiopian Proclamation; sección 82 de la South African Biodiversity Act; y sección 34 (6) (b) de la Vanuatu Environmental Act.

31/ En Afganistán, solamente puede expedirse un permiso de acceso si la autoridad nacional competente está satisfecha de que se ha obtenido el consentimiento fundamentado previo de los interesados directos pertinentes (sección 64(4) de la Environment Act). En Panamá, el contrato entre los proveedores y el solicitante debe ser conocido por la autoridad nacional competente antes de la firma del contrato de acceso (Decreto de Panamá, artículo 22). En Sudáfrica, para la expedición del permiso de acceso se exige que el solicitante y el interesado directo hayan concertado un acuerdo de transferencia de materiales y un acuerdo de participación en los beneficios (sección 82 de la Biodiversity Act). En Uganda, antes de que la autoridad competente pueda expedir permisos de acceso, el solicitante ha de obtener el consentimiento fundamentado previo y concertar un acuerdo auxiliar con un organismo principal, con la comunidad local o con el propietario de los terrenos. El solicitante ha de concertar un acuerdo de transferencia de materiales con el organismo principal (secciones 12, 14 y 19 de las Ugandan Regulations). En Vanuatu, la autoridad competente “debe estar satisfecha de que se ha concertado un contrato vinculante y observable con los propietarios de los terrenos en las aduanas o con cualesquiera propietarios de conocimientos tradicionales” (sección 34 (6)(b) de la Environmental Act).

32/ Por ejemplo, en el entorno de la Indian Biological Diversity Act, se exige el consentimiento fundamentado previo de la Autoridad nacional en materia de diversidad biológica para los extranjeros según lo definido en las secciones 3 (2) y 19. Se han establecido procedimientos diferentes para los ciudadanos de la India en las secciones 7, 23 y 24 de la misma ley.

33/ El artículo 17 del Decreto de Bolivia exige que las solicitudes de acceso se presenten a un órgano distinto según se trate de un extranjero o de un ciudadano nacional.

34/ El artículo 16 (6) de las Medidas Provisorias de Brasil establece que la participación de una entidad jurídica extranjera en el acceso a los recursos genéticos de los correspondientes conocimientos “será solamente autorizada si participa conjuntamente una institución pública de Brasil, siendo esta última la encargada de la coordinación obligatoria de las actividades”.

35/ Los artículos 14 y 15 de la Wildlife Resources Conservation and Protection Act de Filipinas (Philippine Republic Act No 9147) exigen que “si un solicitante es una entidad o persona extranjera, debería intervenir activamente en la investigación, recolección y, de ser aplicable y apropiado, en el desarrollo tecnológico de los productos derivados de recursos biológicos y genéticos una institución local”. Véase también la sección 19.2 de las Guidelines for bioprospecting activities de Filipinas.

como Australia 36/, Bhutan 37/, Costa Rica 38/, Filipinas 39/ y Sudáfrica 40/, han establecido distintos requisitos dependiendo de que se conceda el acceso para fines comerciales o para fines no comerciales. En algunos países, tales como Etiopía 41/, Kenya 42/ y Uganda 43/ se tienen en cuenta estos dos aspectos para eximir de su régimen de acceso y participación en los beneficios las actividades de investigación destinadas para fines educativos y emprendidas por instituciones nacionales. Por último, algunos países expedirán un certificado una vez obtenido el consentimiento fundamentado previo, o un permiso de exportación. 44/

Autoridades nacionales competentes y centros nacionales de coordinación:

36. De las 190 Partes en el Convenio, al 18 de julio de 2007, 72 habían establecido centros nacionales de coordinación para acceso y participación en los beneficios y 15 habían establecido autoridades nacionales competentes para acceso y participación en los beneficios.

4. Arreglos de acceso y participación en los beneficios

37. El análisis de algunos arreglos seleccionados de acceso y participación en los beneficios en distintos sectores ayudará a identificar a aquellos que conceden el permiso de acceso a los recursos genéticos en virtud del consentimiento fundamentado previo y bajo qué condiciones en distintos tipos de asociaciones. Se examinará quien tiene la responsabilidad de conceder el permiso de acceso a los recursos genéticos, incluso si se requiere el consentimiento fundamentado previo de los propietarios del

36/ En las subdivisiones 8A.2 y 8A.3 de las Australian Regulations se prevén distintos requisitos para el acceso a los recursos biológicos para fines comerciales, o posiblemente comerciales, que en el caso de fines no comerciales. Si para ambos fines, comerciales o posiblemente comerciales, se requiere un permiso de acceso, se exige el consentimiento fundamentado de los propietarios del terreno y un acuerdo de participación en los beneficios concertado con cada uno de los proveedores de acceso a los recursos, mientras que para fines no comerciales se exige solamente un permiso por escrito de los proveedores del acceso y un ejemplar de una declaración reglamentaria dada a cada proveedor del acceso declarando que el solicitante no pretende utilizar los recursos biológicos para fines comerciales y se compromete a presentar un informe por escrito de los resultados de la investigación, a entregar un duplicado taxonómico de cada muestra, a no transferir ninguna muestra sin el permiso de cada proveedor del acceso y a no realizar, o permitir que se realice, investigación o desarrollo para fines comerciales respecto a ninguno de los recursos genéticos o compuestos bioquímicos.

37/ Véase la sección 6 de la Bhutan Biodiversity Act.

38/ Véase el artículo 71 de la Ley de Costa Rica.

39/ En Filipinas, se autorizará la recolección y utilización de recursos biológicos para fines no comerciales una vez concertado un acuerdo con la autoridad nacional competente y una vez expedido un permiso gratuito, mientras que para la bioprospección con fines comerciales se requiere el consentimiento fundamentado previo de las comunidades locales interesadas y personas privadas así como el pago de tasas de bioprospección. Véanse las secciones 14-15 de la Philippines Republic Act 9147.

40/ En el régimen de acceso y participación en los beneficios de la South African Biodiversity Act se reglamenta la bioprospección (sección 80) que se extiende solamente a “investigación, o desarrollo, o aplicación de recursos biológicos indígenas para explotación comercial o industrial” (sección 1 (1)).

41/ Según la sección 15 (1) de la Ethiopian Proclamation, las instituciones nacionales de investigación pública y de enseñanza superior y las instituciones intergubernamentales de Etiopía con base en el país pueden obtener un permiso de acceso sin necesidad de seguir estrictamente el procedimiento de acceso.

42/ En las Kenyan Regulations se aprobaron actividades de investigación destinadas a fines educativos dentro de instituciones académicas y de investigación de Kenya, en las que rigen las leyes pertinentes de propiedad intelectual (sección 3 (d)).

43/ Las Ugandan Regulations no se aplican a actividades aprobadas de investigación destinadas a usos educativos en instituciones de Uganda reconocidas por la autoridad competente, y que no tengan como resultado el acceso a los recursos genéticos para fines comerciales o para la exportación a otros países (sección 4 (2) (e)).

44/ Por ejemplo, las Philippines Guidelines sobre bioprospección, en la sección 13.2 (c) y en el Anexo IV, prevén la expedición de un certificado de consentimiento fundamentado previo una vez obtenido tal consentimiento. En el Decreto de Costa Rica, artículo 19, se prevé que la Oficina técnica de CONAGEBIO expida un certificado de origen certificando la legalidad del acceso y la observancia de los términos establecidos en el permiso de acceso. Algunos países (tales como Sudáfrica y Vanuatu) exigen un permiso para exportar especímenes obtenidos de la bioprospección mientras que otros (tales como Kenya) exigen un acuerdo de transferencia de materiales (South African Biodiversity Act, sección 81 (1) (b); Vanuatu Environmental Act, sección 32 (2); y Kenyan Regulations, sección 18).

terreno, si se concede el acceso para investigación o para la utilización comercial y en qué condiciones, si se requiere un nuevo consentimiento en caso de que se modifique el uso pretendido, o si los recursos se transfieren a terceras partes.

5. *Possibles lagunas relacionadas con el acceso a los recursos genéticos*

38. Según se demostró en la reseña de medidas nacionales, una mayoría de las Partes todavía no ha adoptado regímenes nacionales de acceso y participación en los beneficios. Además, en varios países que han adoptado legislación para acceso y participación en los beneficios, todavía no se ha formulado la reglamentación para llevar los regímenes a la práctica. Una gran diversidad de enfoques ha sido adoptada para tratar el acceso y la participación en los beneficios, conforme a las estructuras administrativas nacionales, prioridades, pormenores culturales y sociales. Por consiguiente, no hay uniformidad en las medidas de acceso y participación en los beneficios, incluso respecto a los procedimientos concretos que hayan de seguirse para obtener el acceso a los recursos genéticos. Muchos países todavía confían en una reglamentación de la vida silvestre y del medio ambiente de fecha anterior al Convenio y es posible que no hayan tomado en cuenta los aspectos de participación en los beneficios.

39. Además pudiera ser difícil para los que tratan de obtener el acceso determinar cuáles son las autoridades competentes que lo conceden. Según la información presentada a la Secretaría, solamente 72 Partes han establecido centros nacionales de coordinación para acceso y participación en los beneficios y solamente 15 Partes han establecido autoridades nacionales competentes. Además, hay frecuentemente más de una autoridad a nivel nacional que atiende a cuestiones de acceso y a la participación en los beneficios dependiendo del lugar en el que se conceda el acceso a los recursos genéticos. Muchos países todavía confían en autoridades de vida silvestre y de medio ambiente de fecha anterior a la del Convenio y responden ante constituyentes múltiples en torno a la diversidad biológica.

40. Se ha aducido que esta situación ha creado una incertidumbre legal y la imposibilidad de predecir para los usuarios de los recursos genéticos. Se ha argüido también que algunas medidas de acceso y participación en los beneficios son molestas y que los procedimientos no son transparentes, lo cual lleva a la confusión y a la falta de eficacia.

41. Varios países solamente han adoptado recientemente medidas de acceso y participación en los beneficios, aunque algunos regímenes de acceso y participación ya han estado funcionando durante bastantes años. Por lo tanto, se ha adquirido alguna experiencia en la aplicación pero ha estado limitada a unos pocos países. Además, se ha obstaculizado la aplicación por razón de la capacidad limitada de personal e institucional y el escaso nivel de toma de conciencia de aquellos que intervienen en los trámites de acceso y participación en los beneficios. Se ha argüido que deliberadamente o no la legislación nacional ha impedido frecuentemente el acceso debido a demoras, burocracia molesta, falta de mecanismos explícitos para consentimiento fundamentado previo y autoridades nacionales que carecen de la información necesaria.

42. Otros arguyen también que entre las lagunas adicionales se incluyen las siguientes:

- a) Falta de distinción entre acceso a los recursos genéticos para la investigación y acceso para fines comerciales;
- b) Falta de enlace entre la reglamentación de acceso y las medidas para garantizar que tal acceso a recursos genéticos no irá en detrimento de la conservación de la diversidad biológica;
- c) Incentivos positivos para usos económicos sostenibles de los recursos genéticos.

43. Respecto a la distinción entre acceso para investigación y acceso para fines comerciales, algunos argüirían que el movimiento posible de materiales desde uso no comercial a uso comercial es una trampa que ha de someterse a supervisión y quizás, ha de solucionarse mediante reglamentación de acceso el que haya distintas cláusulas que activan nuevos requisitos si se modifica el uso de los materiales.

44. En base a los terceros informes nacionales, entre los obstáculos a la aplicación pueden incluirse los siguientes:

- a) Capacidad limitada;
- b) El hecho de que el acceso y la participación en los beneficios no se consideran como prioridad nacional;
- c) La multiplicidad de actores y sectores implicados en el acceso y la participación en los beneficios;
- d) La complejidad del asunto o las diversas facetas de la cuestión que alcanzan a una gama de distintos tipos de recursos genéticos y diversos sectores que crean un obstáculo al desarrollo de estrategias nacionales para acceso y participación en los beneficios.

45. En respuesta a la diversidad de enfoques para la aplicación de las medidas de acceso y participación en los beneficios que ha sido considerada por algunos como fuente de incertidumbre legal para los usuarios de los recursos genéticos, se ha propuesto que deberían elaborarse normas mínimas o prácticas óptimas a nivel internacional para armonizar la legislación en materia de acceso y participación en los beneficios.

46. En realidad algunos interesados directos son partidarios de la necesidad de procedimientos más rápidos, transparentes y sencillos para obtener el acceso a los recursos genéticos en virtud de las disposiciones del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Han argüido además que sería necesario racionalizar los procesos para obtener el consentimiento fundamentado previo de las autoridades y comunidades pertinentes en condiciones mutuamente acordadas, y que en el tratamiento nacional no se distinga entre solicitantes nacionales y extranjeros.

47. Sin embargo, aunque parece ser que algunos favorecen un grado de armonización de las medidas de acceso y participación en los beneficios, otros defienden más bien que es un punto fuerte el hecho de que no se prevea en el Convenio ningún sistema detallado para acceso y participación en los beneficios, por permitir una flexibilidad suficiente para el establecimiento de regímenes de acceso y participación en los beneficios en los actuales contextos legislativos nacionales.

48. Estas percepciones opuestas demuestran que lo que algunos pudieran concebir como lagunas, es considerado por otros como punto fuerte.

C. Cumplimiento

49. En esta sección se examinan a) medidas en apoyo del cumplimiento con el consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona los recursos genéticos y en condiciones mutuamente acordadas en virtud de las cuales se concede el acceso en las Partes Contratantes con usuarios bajo su jurisdicción; b) un certificado reconocido internacionalmente de origen/fuente/procedencia legal como herramienta posible para ayudar al cumplimiento con el consentimiento fundamentado previo y en condiciones mutuamente acordadas en virtud de las cuales se concede el acceso; y por último c) supervisión, observancia y solución de controversias.

a) Medidas en apoyo del cumplimiento con el consentimiento fundamentado previo y en condiciones mutuamente acordadas

50. Conforme a la lista de elementos por considerar por el Grupo de trabajo para su inclusión en el régimen internacional (atribuciones del grupo de trabajo, en la decisión VII/19D, Anexo, (d)), los siguientes elementos corresponden a medidas en apoyo del cumplimiento del consentimiento fundamentado previo y de las condiciones mutuamente acordadas:

“(ix) Medidas para garantizar el cumplimiento de las legislaciones nacionales sobre acceso y participación en los beneficios, el consentimiento fundamentado previo y condiciones mutuamente convenidas, de forma consecuente con el Convenio sobre Diversidad Biológica;

(x) Medidas para garantizar el cumplimiento con el consentimiento fundamentado previo de las comunidades indígenas y locales portadoras de conocimientos tradicionales asociados con recursos genéticos, de conformidad con el Artículo 8 j);

(xi) Medidas para garantizar el cumplimiento con las condiciones mutuamente convenidas en virtud de las cuales se concedió el acceso a los recursos genéticos, y para impedir el acceso y la utilización no autorizados de recursos genéticos, en consecuencia con el Convenio sobre la Diversidad Biológica;

(xiv) Divulgación del país de origen / fuente / procedencia legal de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados en solicitudes de derechos de propiedad intelectual;”

51. Además, hay dos elementos adicionales, enumerados anteriormente en la sección que trata de la participación justa y equitativa en los beneficios, que se refiere a medidas en apoyo del cumplimiento del consentimiento fundamentado previo y de las condiciones mutuamente acordadas:

“(i) Medidas para promover y alentar la investigación científica en colaboración, así como la investigación con fines comerciales y de comercialización, de conformidad con los Artículos 8 j), 10, 15, párrafo 6, párrafo 7 y Artículos 16, 18 y 19 del Convenio;

(iv) Medidas para asegurar la participación justa y equitativa en los beneficios de los resultados de la investigación y el desarrollo y los beneficios que se derivan de la utilización comercial y otras de los recursos genéticos, de conformidad con los Artículos 15.7, 16, 19.1, 19.2 del Convenio;”

1. Disposiciones del Convenio sobre la Diversidad Biológica

52. Las disposiciones del Convenio que tratan de las obligaciones de las Partes cuando actúan como usuarios de los recursos genéticos son las siguientes: 15.7, 16.3, 16.4, 19.1 y 19.2.

2. Directrices de Bonn

53. La Sección II de las Directrices de Bonn sobre “Funciones y responsabilidades en cuanto a acceso y participación en los beneficios en virtud del artículo 15 del Convenio sobre la Diversidad Biológica” trata bajo la subsección C sobre Responsabilidades, párrafo 16 d), de las obligaciones de las Partes Contratantes con usuarios bajo su jurisdicción:

“Las Partes Contratantes, con usuarios de recursos genéticos bajo su jurisdicción, deberían adoptar las medidas jurídicas, administrativas o de política adecuadas, según proceda, para apoyar el cumplimiento del consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporcione dichos recursos y las condiciones mutuamente convenidas con arreglo a las que se concedió el acceso. Estos países podrían examinar, entre otras cosas, las siguientes medidas:

- i) Mecanismos para proporcionar información a usuarios potenciales sobre sus obligaciones relativas al acceso a los recursos genéticos;
- ii) Medidas para promover la revelación del país de origen de los recursos genéticos y del origen de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas y locales en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual;
- iii) Medidas destinadas a evitar la utilización de recursos genéticos obtenidos sin el consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona dichos recursos;

- iv) Cooperación entre las Partes Contratantes para tratar las supuestas infracciones de acuerdos de acceso y participación en los beneficios;
- v) Sistemas de certificación para instituciones que cumplen las reglas sobre acceso y participación en los beneficios;
- vi) Medidas para disuadir de prácticas comerciales injustas;
- vii) Otras medidas que alienten a los usuarios a cumplir las disposiciones del apartado b) del párrafo 16 supra.”

54. Además, la sección IV D de las Directrices de Bonn, “Condiciones Mutuamente Acordadas” se refiere al Artículo 15.7 y presenta una lista de “Requisitos básicos para las condiciones mutuamente acordadas”, una “Lista indicativa de condiciones ordinarias mutuamente acordadas” y bajo “participación en los beneficios” examina los tipos de beneficios, el plazo para los beneficios, la distribución de los beneficios y mecanismos para la participación en los beneficios.

3. Medidas regionales y nacionales

55. En esta sección se examina la forma por la que los gobiernos han atendido a sus obligaciones en virtud de los artículos 15, 16, y 19 del Convenio. Las iniciativas de las Partes Contratantes con usuarios bajo su jurisdicción en apoyo del cumplimiento del consentimiento fundamentado previo y de las condiciones mutuamente acordadas se describen más a fondo en el documento UNEP/CBD/WG-ABS/5/4.

56. La mayoría de estas iniciativas se ha concentrado hasta ahora en actividades relacionadas con evaluar la toma de conciencia de los interesados directos respecto al acceso y participación en los beneficios y su experiencia en la aplicación correspondiente. Para mejorar la toma de conciencia en lo relativo al acceso y la participación en los beneficios, en las iniciativas se ha incluido lo siguiente: el desarrollo de portales de la web nacionales, la traducción y divulgación de las Directrices de Bonn, y talleres, diálogos y consultas para mejorar la toma de conciencia en lo relativo a acceso y participación en los beneficios, determinar las necesidades concretas de diversos interesados directos y consultar a estos interesados respecto al desarrollo de políticas e instrumentos apropiados para ayudar a la puesta en práctica de las disposiciones en materia de acceso y participación en los beneficios.

57. Algunas Partes han secundado la iniciativa de interesados directos para el desarrollo de códigos de conducta o directrices que ayuden a determinados grupos de usuarios a aplicar lo relativo a acceso y participación en los beneficios, tales como colecciones de cultivos microbianos e investigadores académicos.

58. Además, en unos pocos países han de satisfacerse los requisitos para acceso y participación en los beneficios como condición previa para la financiación pública.

59. La divulgación del origen o fuente de los recursos genéticos en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual ha sido adoptada como condición en varios países a título de incentivo para que los usuarios de los recursos genéticos cumplan los requisitos en materia de acceso y participación en los beneficios del país proveedor.

60. En virtud de los Artículos 16.3 y 16.4, cada Parte Contratante tomará medidas legislativas, administrativas o de política “con objeto de que se asegure a las Partes Contratantes, en particular las que son países en desarrollo, que aportan recursos genéticos, el acceso a la tecnología que utilice ese material y la transferencia de esa tecnología, en condiciones mutuamente acordadas, incluida la tecnología protegida por patentes y otros derechos de propiedad intelectual cuando sea necesario ...” y “según proceda, con objeto de que el sector privado facilite el acceso a la tecnología a la que se refiere el párrafo 1, su desarrollo conjunto y su transferencia en beneficio de las instituciones gubernamentales y el sector privado de los países en desarrollo, y a ese respecto acatará las obligaciones establecidas en los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo.”

61. Información sobre la aplicación nacional de estos Artículos, en particular sobre las disposiciones en materia de incentivos para el sector privado, fue proporcionada por varias Partes en sus terceros informes nacionales, en informes temáticos sobre transferencia de tecnología y cooperación, así como en varias ponencias para la preparación de la compilación y síntesis de información sobre marcos institucionales, administrativos, legislativos y de política que faciliten el acceso y adaptación de tecnologías, preparado en prosecución de la actividad 3.1.2 del programa de trabajo sobre transferencia de tecnología y cooperación científica y tecnológica adoptado por la Conferencia de las Partes en su séptima reunión. Se dispone de la compilación y síntesis en el documento de información UNEP/CBD/COP/8/INF/9.

62. En sus informes nacionales, un total de 26 países aducían que ya habían establecido algunas políticas y medidas. Solamente 2 países indicaron que tenían establecidas políticas y medidas exhaustivas, y 11 países mencionaban que la cuestión no tenía aplicación.

63. Los informes temáticos sobre transferencia de tecnología y cooperación tecnológica, así como ponencias recientes presentadas por las Partes ⁴⁵ parecen indicar que los incentivos a interlocutores del sector privado para que participen en la cooperación tecnológica y en la transferencia de la tecnología se proporcionan frecuentemente en el marco de la cooperación bilateral para el desarrollo, por conducto de diversos programas con los que se trata de facilitar la colaboración del sector privado con países en desarrollo, incluida la colaboración con instituciones públicas de países en desarrollo, ofreciéndose capacitación y prestándose apoyo a la investigación conjunta y a la transferencia de tecnología. ⁴⁶ Además, en varios países, se ofrecen también incentivos al sector privado para mejorar la transferencia de tecnología en forma de reducciones tributarias, devolución de fondos, o prórrogas, para fines de inversiones en investigación y desarrollo y relacionándolos con la comercialización de la tecnología; aunque no es claro si estas medidas se dirigen concretamente a tecnologías de pertinencia para el Convenio ni con cuánta amplitud.

64. En los Artículos 19.1 y 19.2, se estipula que cada Parte Contratante adoptará medidas para asegurar la participación efectiva en las actividades de investigación sobre biotecnología de aquellas Partes Contratantes que aportan recursos genéticos para tales investigaciones y que adoptará todas las medidas practicables para promover e impulsar en condiciones justas y equitativas el acceso prioritario de las Partes Contratantes, a los resultados y beneficios derivados de las biotecnologías basadas en recursos genéticos aportados por esas Partes Contratantes.

65. En la bibliografía, en los informes temáticos y en ponencias recientes se proporciona información sobre varias actividades relacionadas con proyectos que fomentan el acceso de las Partes a los resultados y beneficios provenientes de tecnologías basadas en los recursos genéticos proporcionados por esas Partes. Como se describe con más pormenores en la reseña de acontecimientos recientes a los niveles nacional, regional e internacional relativos al acceso y participación en los beneficios (UNEP/CBD/WG-ABS/5/4), entre los proyectos estaban incluidas empresas en común, proyectos de investigación y la capacitación de científicos de países en desarrollo.

66. En los terceros informes nacionales, ⁴⁷ varias Partes informaron acerca de algunos resultados positivos de las actividades emprendidas, incluidos: más conocimiento y experiencia; nueva financiación prestada; acceso facilitado a nueva tecnología; y disminución de los impactos adversos en la diversidad biológica. Varias de las Partes se refirieron además a ejemplos concretos de prácticas óptimas y a actividades realizadas con éxito de transferencia de la tecnología y cooperación científica y tecnológica,

^{45/} Véanse los informes temáticos sobre transferencia de tecnología y cooperación de Alemania, Austria, Canadá, China, España, Finlandia, Japón, Noruega, Suiza, así como las presentaciones sobre transferencia de tecnología de Canadá, República checa y Comunidad Europea.

^{46/} Véase UNEP/CBD/COP/8/INF/ 9, párrafo 82.

^{47/} Véanse en los terceros informes nacionales las casillas LV y LVI del cuestionario.

pertenecientes al trabajo de instituciones nacionales y a iniciativas afines así como de redes internacionales y otros arreglos para la cooperación científica, tecnológica y de investigación.

67. Sin embargo, a pesar de estos resultados positivos, muchas de las observaciones parecen indicar que es necesario trabajar con más ahínco a los niveles nacional e internacional para aplicar efectivamente lo estipulado en los Artículos 16 y 19, y en el programa de trabajo sobre transferencia de la tecnología y cooperación científica y tecnológica, caracterizando las Partes el aporte de sus actividades al plan estratégico con expresiones tales como “oscuro” o “limitado” o “parcial”, y declarando una Parte que la transferencia de tecnología y la cooperación son “el punto débil en la aplicación del Convenio.” Además, varias Partes señalaron la rapidez impar del progreso en transferencia de tecnología en diversos sectores y esferas de trabajo, siendo digno de mención que también se destacó la necesidad de más actividades en la transferencia de tecnología en las que se haga uso de los recursos genéticos.

4. Códigos de conducta voluntarios/directrices/políticas institucionales

68. Varios códigos de conducta y directrices han sido preparados por organizaciones, tales como jardines botánicos, colecciones de cultivos, la comunidad de investigación académica y asociaciones profesionales. Según se ilustra en la reseña de acontecimientos recientes a los niveles nacional, regional e internacional relativos al acceso y participación en los beneficios (UNEP/CBD/WG-ABS/5/4) esos fueron preparados para crear la toma de conciencia en lo relativo a acceso y participación en los beneficios y prestar asistencia en la aplicación de las disposiciones correspondientes en respuesta a necesidades particulares de sus constituyentes.

5. Acontecimientos a nivel internacional sobre la cuestión de los requisitos de divulgación en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual

69. Según se mencionó anteriormente, una de las medidas adoptadas en algunas Partes Contratantes con usuarios bajo su jurisdicción, en apoyo del cumplimiento del consentimiento fundamentado previo y de las condiciones mutuamente acordadas es el requisito de divulgar el origen/fuente/procedencia legal de los recursos genéticos en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual.

70. Aunque varios países han adoptado requisitos de divulgación según lo descrito en el documento UNEP/CBD/WG-ABS/5/4, no hay en el momento actual ninguna obligación internacional de divulgar el origen/fuente/procedencia legal de los recursos genéticos y de los correspondientes conocimientos tradicionales en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual.

71. Los debates sobre el requisito de divulgación en varios foros internacionales tales como el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la Organización Mundial de Comercio (OMC) y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) no han llevado hasta ahora a ninguna conclusión.

72. A continuación se presenta una breve reseña de los acontecimientos en cada uno de esos foros. Otros detalles relativos a los acontecimientos en el marco de la OMC y de la OMPI respecto a esta cuestión se describen con más pormenores en el documento UNEP/CBD/WG-ABS/5/4/Add.1 en el que se incluyen acontecimientos recientes en estos dos foros sobre cuestiones relacionadas con el acceso y la participación en los beneficios.

Convenio sobre la Diversidad Biológica

73. En el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica, según lo descrito anteriormente, las Directrices de Bonn, Sección II, párrafo 16 d) ii) estipulan que:

“Las Partes Contratantes, con usuarios de recursos genéticos bajo su jurisdicción, deberían adoptar las medidas jurídicas, administrativas o de política adecuadas, según proceda, para apoyar el cumplimiento del consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que

proporcione dichos recursos y las condiciones mutuamente convenidas con arreglo a las que se concedió el acceso. Estos países podrían examinar, entre otras cosas, las siguientes medidas:

...

“(ii) Medidas para promover la revelación del país de origen de los recursos genéticos y del origen de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas y locales en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual;”

74. En la Decisión VI/24 C, párrafos 1 y 2 respectivamente, la Conferencia de las Partes invitaba también a Partes y gobiernos a alentar a la revelación del país de origen de los recursos genéticos o de los conocimientos tradicionales asociados en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual, en los casos en que la materia objeto de la solicitud concierne a recursos genéticos, o a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, o los utilice en su preparación, como posible contribución para verificar el cumplimiento con el consentimiento fundado previo y las condiciones mutuamente acordadas con arreglo a las cuales se concedió acceso a dichos recursos.

75. En la misma decisión, la Conferencia de las Partes invitaba a la OMPI a preparar un estudio técnico sobre los métodos que sean compatibles con las obligaciones dimanantes de los tratados administrados por la OMPI respecto de exigir la revelación en el marco de las solicitudes de patentes. Según se había solicitado se preparó el estudio técnico y se presentó a la séptima reunión de la Conferencia de las Partes. En su séptima reunión, la Conferencia de las Partes tomó nota con beneplácito del estudio técnico sobre requisitos de divulgación relativos a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales preparado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y consideró que el estudio era útil para analizar los aspectos de las medidas de los usuarios relacionadas con la propiedad intelectual.

76. En su séptima reunión, la Conferencia de las Partes invitó además a la OMPI a que examine y, si procede, atienda, tomando en consideración la necesidad de garantizar que este trabajo respalde y no contravenga los objetivos del Convenio, las cuestiones de la relación entre el acceso a los recursos genéticos y los requisitos de divulgación de las solicitudes de derechos de propiedad intelectual (decisión VII/19E, párrafo 8). La Conferencia de las Partes invitó además a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y a otras organizaciones internacionales pertinentes a examinar las cuestiones relativas a la divulgación del origen de los recursos genéticos y de los correspondientes conocimientos tradicionales en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual de tal forma que se respalden los objetivos del Convenio sobre la Diversidad Biológica (párrafo 9 de la misma decisión). Los estudios realizados por la OMPI y la UNCTAD respectivamente, en respuesta a estas invitaciones fueron presentados a la Conferencia de las Partes en su octava reunión.

77. En su octava reunión (decisión VIII/4D), la Conferencia de las Partes invitó “a los foros pertinentes a ocuparse o a continuar ocupándose en su trabajo sobre requisitos de divulgación en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual, tomando en consideración la necesidad de garantizar que esta labor respalde y no sea contraria a los objetivos del Convenio, de conformidad con el párrafo 5 del Artículo 16”.

78. *En la OMPI.* En la reseña de acontecimientos recientes a los niveles nacional, regional e internacional relativos al acceso y participación en los beneficios (UNEP/CBD/WG-ABS/5/4/Add.1) se describe la labor realizada por la OMPI en respuesta a las invitaciones de la Conferencia de las Partes de examinar la cuestión de la relación mutua entre el acceso a los recursos genéticos y el requisito de divulgación. Las propuestas presentadas por separado por la Comunidad Europea y sus Estados miembros y Suiza respectivamente, para responder a la cuestión de la divulgación a nivel internacional, se describen también con más pormenores en el mismo documento.

79. *En la OMC.* Según lo descrito más a fondo en la mencionada reseña, desde 1999 se han presentado varias propuestas y han sido sometidas al debate de los Estados miembros en el Consejo de la

OMC/TRIPS respecto a la relación entre Acuerdo TRIPS y el Convenio sobre la Diversidad Biológica y más concretamente respecto al posible conflicto entre ambos acuerdos.

80. En una de las últimas propuestas presentada por Brasil, China, Colombia, Cuba, Ecuador, India, Pakistán, Perú, Tailandia, Tanzania y Sudáfrica en junio de 2006 se propone una enmienda del Acuerdo TRIPS con miras a incorporar los requisitos de divulgación del origen de los recursos genéticos y de los correspondientes conocimientos tradicionales en las solicitudes de patentes junto con pruebas del consentimiento fundamentado previo y de garantías de la participación en los beneficios.⁴⁸ En una posterior reunión del Consejo de TRIPS en junio de 2007, otros países han sumado su apoyo a esta propuesta, incluidos Venezuela, los miembros del Grupo de África y los miembros del Grupo de países menos adelantados. Aunque es un tema permanente en el programa del Consejo de TRIPS y además uno de los temas de aplicación pendientes en el contexto del programa de trabajo de Doha, todavía no se ha llegado a ningún resultado significativo.

6. Posibles lagunas en relación con medidas de apoyo al cumplimiento del consentimiento fundamentado previo y de las condiciones mutuamente acordadas en Partes con usuarios bajo su jurisdicción

81. Basándose en la información que se ha puesto a disposición de la Secretaría respecto a medidas adoptadas por Partes con usuarios bajo su jurisdicción en apoyo del cumplimiento del consentimiento fundamentado previo y de las condiciones mutuamente acordadas, parecería ser que han sido pocas las medidas jurídicamente vinculantes que han adoptado Partes para cumplir con sus obligaciones en virtud de los artículos 15.7, 16.3 y 16.4 y 19.1.

82. Los debates se han concentrado en la cuestión de la divulgación del origen/fuente//procedencia legal en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual. Según lo ilustrado anteriormente, solamente algunos países han introducido requisitos de divulgación en su legislación nacional sobre patentes. Estas disposiciones varían mucho de un país a otro. Por no haberse llegado al consenso acerca de la utilidad de la divulgación, no hay ningún requisito internacional que oblige a la divulgación.

83. La mayoría de las iniciativas realizadas por Partes con usuarios bajo su jurisdicción se han concentrado en evaluar el nivel de toma de conciencia de los interesados directos pertinentes, en despertar la conciencia de los usuarios respecto a las disposiciones en materia de acceso y participación en los beneficios que figuran en el Convenio y en las Directrices de Bonn y en realizar consultas con miras al desarrollo de políticas.

84. Varias de las iniciativas han sido también emprendidas por grupos de usuarios para formular directrices y códigos de conducta que ayuden a los usuarios a realizar actividades de acceso y participación en los beneficios en cumplimiento de las disposiciones del Convenio al respecto. Constituyen la base para prácticas óptimas y normas de conducta. Sin embargo, estas iniciativas son voluntarias. No puede por lo tanto imponerse su observancia y no constituyen ningún remedio para los proveedores en situaciones en las que el usuario opte por no adherirse a las directrices. Ofrecen orientación y, por lo tanto, no se someten a supervisión, aunque algunos organismos de financiación de la investigación, organizaciones de investigación y empresas comerciales las utilizan en sus trámites para donaciones y proyectos de desarrollo. Dado que no se prevé ninguna supervisión y verificación de su cumplimiento por conducto de terceras partes, algunos han puesto en duda su eficacia. Aunque algunos pueden argüir que las mismas pueden ofrecer un incentivo útil y flexibilidad, a diferencia de lo que proporcionarían las obligaciones legales, las observan con escepticismo otros quienes piensan que serían necesarias obligaciones más rigurosas.

85. En lo que atañe a la transferencia de tecnología, muchas de las observaciones presentadas por Partes en sus terceros informes nacionales parecen indicar que algo más ha de emprenderse a los niveles

⁴⁸ Véanse otros detalles en los documentos WT/GC/W/564/Rev.2, TN/C/W/41/Rev.2, IP/C/W/474 y WT/GC/W/564/Rev.2/Add.2, TN/C/W/41/Rev.2/Add.2, IP/C/W/474/Add.2.

nacional e internacional para aplicar efectivamente el Artículo 16 y el programa de trabajo. Tales observaciones fueron formuladas por países en desarrollo y por países desarrollados. Algunas Partes indicaron además que a pesar de haberse emprendido actividades y haberse informado consiguientemente sobre ellas, eran de carácter ocasional sin ningún foco explícito y deliberado en cuanto a aplicar el Artículo 16 y el programa de trabajo.

86. Entre las principales limitaciones observadas se incluyen sobre todo la falta de capacidad personal y de recursos financieros. Algunas Partes mencionaron la debilidad de las instituciones, incluida la ausencia de legislación, refiriéndose explícitamente algunas de ellas, entre otras cosas, a la ausencia de legislación sobre acceso a los recursos genéticos. Se mencionó también la falta de capacidad para adaptarse a la tecnología, así como la escasez de información y de conocimientos.

87. Varias de las Partes que son países en desarrollo mencionaron el bajo nivel de transferencia de tecnología desde países industrializados y de cooperación tecnológica internacional, subrayando una Parte la necesidad de que las Partes que son países desarrollados ajusten sus políticas de transferencia de tecnología de forma que las tecnologías para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica se transfieran con título preferencial en lugar de considerarlas como una transacción comercial, y otra Parte señalando la “índole embrionaria” del mecanismo sobre acceso y transferencia de la tecnología en el marco del Convenio. Una Parte mencionó las patentes y el nivel prohibitivo de tasas como obstáculo para la transferencia efectiva de tecnologías modernas a los países en desarrollo.

b) *Certificado reconocido internacionalmente de origen/fuente/procedencia legal*

88. En la lista de elementos por considerar por el Grupo de trabajo para su inclusión en el régimen internacional (Atribuciones del Grupo de trabajo, en la decisión VII/19D, Anexo, d)), se incluye como inciso xiii) :

“Certificado reconocido internacionalmente de origen/fuente/procedencia legal de los recursos genéticos y de los correspondientes conocimientos tradicionales”

89. En su octava reunión, en el párrafo 1 de la decisión VIII/4C, la Conferencia de las Partes decidió “establecer un grupo de expertos técnicos para que explore y prepare posibles opciones, sin prejuicio de su conveniencia, respecto a la forma, finalidad y funcionamiento de un certificado reconocido internacionalmente de origen/fuente/procedencia legal, y analice su viabilidad, factibilidad, costos y beneficios, con miras a lograr los objetivos de los artículos 15 y 8 j) del Convenio. El grupo de expertos brindará asesoría técnica al Grupo de Trabajo especial de composición abierta sobre acceso y participación en los beneficios, y sus atribuciones serán las siguientes:

“a) Considerar los fundamentos y objetivos posibles, y la necesidad de un certificado reconocido internacionalmente de origen/fuente/procedencia legal;

“b) Definir las características y elementos potenciales de las diferentes opciones de certificado reconocido internacionalmente;

“c) Analizar las distinciones entre las opciones de certificado de origen/fuente/procedencia legal y las implicaciones de cada una de las opciones para el logro de los objetivos de los Artículos 15 y 8 j) del Convenio;

“d) Señalar las dificultades de aplicación asociadas, incluida la viabilidad, factibilidad, costos y beneficios de las diferentes opciones, incluido el apoyo mutuo y la compatibilidad con el Convenio y otros acuerdos internacionales.”

90. La reunión del Grupo de expertos técnicos sobre un certificado reconocido internacionalmente de origen/fuente/procedencia legal se celebró en Lima, del 22 al 25 enero de 2007, de conformidad con la decisión VIII/4 C de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (COP).

91. El Grupo de expertos técnicos procuró proporcionar información y orientación en respuesta a cada uno de los elementos que figuraban en la decisión VIII/4 C, párrafo 1, de la Conferencia de las

Partes. El informe de la reunión, disponible como documento UNEP/CBD/WG-ABS/5/2, se hace eco de los resultados de los debates sin prejuicio de la conveniencia de opciones o acuerdo sobre cualquiera de las opciones concretas.

Un certificado reconocido internacionalmente como instrumento posible para colmar una laguna

92. Según lo propuesto por el grupo de expertos técnicos, “Los sistemas jurídicos nacionales no son por sí mismos suficientes para garantizar la participación en los beneficios tan pronto como los recursos genéticos hayan abandonado el territorio del país proveedor. A este respecto, el certificado, como parte de un régimen más amplio de acceso y participación en los beneficios, pudiera ser una herramienta importante para que disminuya esta limitación.”

93. Una laguna en el actual sistema de acceso y participación en los beneficios es la dificultad de que los países proveedores supervisen los recursos genéticos una vez hayan abandonado su país. Un certificado reconocido internacionalmente es un instrumento que ha sido sugerido para colmar laguna. Entre los varios objetivos señalados por el Grupo de expertos técnicos,, el certificado pudiera prestar apoyo al cumplimiento de la legislación nacional y en condiciones mutuamente acordadas y hacer posible y facilitar la cooperación en la supervisión y observancia de los arreglos de acceso y participación en los beneficios.

94. Según lo manifestó el grupo de expertos técnicos, “entre las ventajas de adoptar un certificado pudieran incluirse, además de asegurar un mejor cumplimiento de los requisitos del Convenio, la de prestar asistencia en la participación justa y equitativa en los beneficios monetarios y no monetarios de la utilización de los recursos genéticos y de los correspondientes conocimientos tradicionales y la de facilitar la cooperación entre las distintas jurisdicciones.”

c) Supervisión, observancia y solución de controversias

95. Se invita al grupo de trabajo a considerar la forma por la que el régimen internacional pudiera atender a la supervisión, observancia y solución de controversias por referencia, entre otras cosas, a los elementos (viii), (xix), (xx), (xxi), (xxii), de la lista sometida a la consideración del Grupo de trabajo, de conformidad con sus atribuciones, establecidas mediante la decisión VII/19D, Anexo, d):

- “(viii) Medidas para facilitar el funcionamiento del régimen a escala local, nacional, subregional, regional e internacional, teniendo presente la naturaleza transfronteriza de la distribución de algunos recursos genéticos *in situ* y los conocimientos tradicionales asociados;
- (xix) Medios para apoyar la aplicación del régimen internacional en el marco del Convenio;
- (xx) Supervisión, cumplimiento y observancia;
- (xxi) Solución de controversias, y/o mecanismos de arbitraje siempre y cuando sean necesarios;
- (xxii) Cuestiones institucionales en apoyo de la aplicación del régimen internacional en el marco del Convenio;”

96. En el marco de esta sección, se consideran la supervisión, observancia y solución de controversias en dos situaciones: en el contexto del cumplimiento de los requisitos de acceso y participación en los beneficios de los países proveedores y del cumplimiento de los arreglos de acceso y participación en los beneficios; y la supervisión, observancia y solución de controversias se consideran en el contexto de la aplicación del régimen internacional.

i) Supervisión, observancia y solución de controversias en relación con el cumplimiento de los requisitos para acceso y participación en los beneficios de los países proveedores y respecto al cumplimiento de los arreglos de acceso y participación en los beneficios.

97. Basándose en un estudio sobre remedios administrativos y judiciales en países con usuarios bajo su jurisdicción y en acuerdos internacionales preparado por UICN-Canadá ⁴⁹, en esta subsección se examinan más concretamente los remedios administrativos y judiciales en situaciones de infracción del cumplimiento ya sea de la legislación sobre acceso y participación en los beneficios del país proveedor ya sea de un contrato de acceso y participación en los beneficios por parte del proveedor o por parte del usuario de los recursos genéticos.

1. Cumplimiento de los requisitos para acceso y participación en los beneficios de los países proveedores

Reseña de las medidas vigentes de cumplimiento en regímenes nacionales de acceso y participación en los beneficios:

98. Las medidas de acceso y participación en los beneficios examinadas en el documento UNEP/CBD/WG-ABS/5/4 comprenden en general disposiciones que atañen al cumplimiento. Estas disposiciones pueden cubrir, dependiendo del país, la supervisión, notificación, observancia, infracciones/ofensas, multas/sanciones y solución de controversias.

99. Solamente unas pocas medidas atienden a la supervisión, notificación y observancia para asegurar el cumplimiento de las medidas de acceso y participación en los beneficios. Entre los mecanismos establecidos en algunos países se incluye la designación de inspectores, la intervención de la sociedad civil para fines de supervisión y los requisitos de notificación impuestos a los usuarios. ⁵⁰/

100. En las medidas se indica generalmente que cualquier infracción de las disposiciones de la legislación, reglamentación o directrices y cualquier acceso no autorizado a los recursos genéticos o biológicos serán objeto de sanciones. Además, en muchas de las medidas se indica que el incumplimiento de las disposiciones de un acuerdo relativo al acceso y participación en los beneficios será objeto de sanciones. Además, en algunas medidas se prevén sanciones para el caso en que una persona entregue documentos o información falsos o engañosos con miras a obtener una solicitud de permiso de

⁴⁹/ Se dispone del estudio en el documento UNEP/CBD/WG-ABS/5/INF/3.

⁵⁰/ Por ejemplo, en Australia, en virtud de las Environment Protection and Biodiversity Conservation Regulations, sección 8A.18, los titulares de permisos deben mantener un registro de las muestras tomadas. La Biodiversity Act de Queensland, en la parte 8, incluye disposiciones elaboradas sobre supervisión y observancia. Se prevé el nombramiento de inspectores y los detalles de la autoridad y obligaciones de esos inspectores. Costa Rica, en el artículo 20 del Decreto prevé que el oficial técnico desempeñará las funciones de verificación y control mediante inspecciones de los emplazamientos en los que se concede el acceso. En Etiopía, sección 20 de la Proclamation se prevé también que la autoridad nacional competente emprenderá el seguimiento de la ejecución de los acuerdos de acceso, entre otras cosas, mediante una inspección y un informe regular sobre la marcha de las actividades y la situación de los titulares de los permisos de acceso y de las instituciones pertinentes designadas para acompañar a las actividades de recolección, para participar en la investigación y para supervisar el cumplimiento del acuerdo de acceso. En el caso de Filipinas, las Bioprospecting Guidelines, bajo la sección 27, indican que el gobierno alienta a la función de la sociedad civil en cuanto a supervisar la puesta en práctica de la bioprospección emprendida. Se estipula también, bajo la sección 23, que el usuario de los recursos presentará un informe anual sobre la marcha de las actividades a los organismos de ejecución interesados. Por último, la sección 27 menciona que algunos ministerios de Filipinas pueden ayudar a los organismos de ejecución a supervisar los inventos y la comercialización emprendidos en países extranjeros por conducto, entre otros, de embajadas y misiones. Las Ugandan Regulations, bajo la sección 7(3)(b), estipulan que los organismos principales, en colaboración con la autoridad nacional competente, supervisarán “la aplicación y uso de los recursos genéticos transferidos desde Uganda y depositados fuera de Uganda” pero no proporcionan ningún otro detalle respecto a la forma o al mecanismo. Debe mencionarse que la sección 34(6)(c) de la Environmental Act de Vanuatu, requiere como condición para la aprobación de la autoridad nacional competente de la bioprospección que “esté establecido un sistema de supervisión y de auditoría para verificar todas las actividades emprendidas por el solicitante” pero no proporciona ningún otro detalle respecto al mecanismo.

recolección (tal como en el State of Queensland (Australia), Etiopia, Panamá, Sudáfrica y Uganda 51/ y/o ponga obstáculos a un inspector en el ejercicio de su autoridad u obligaciones (tal como en Afganistán 52/)

101. Las sanciones varían desde una amonestación por escrito 53/, hasta una multa (en algunos casos, se incluye una escala de multas) 54/, el apoderamiento de muestras 55/, la suspensión de la venta del producto 56/, la anulación/cancelación del permiso o licencia de acceso o del acuerdo 57/, una prohibición de emprender bioprospección de recursos biológicos y genéticos 58/ y, por último, encarcelamiento 59/.

102. En algunas disposiciones se examinan también los mecanismos de solución de controversias, tal como en las Directrices de Filipinas. 60/ A este respecto, algunos países dan a la autoridad nacional competente el poder de aplicar sanciones 61/ y han designado instancias judiciales con jurisdicción para escuchar controversias relacionadas con el régimen de acceso y participación en los beneficios 62/. En el caso de un delito cometido por una empresa, se prevé en algunas medidas que toda persona a cargo de la empresa en el momento de cometerse el delito asumirá la responsabilidad y recibirá consiguientemente el castigo 63/.

103. Algunas de las medidas autorizan también a restringir el acceso inicial concedido o a modificar un acuerdo de acceso, en circunstancias específicas, tales como un defecto significativamente perjudicial para el medio ambiente, una amenaza de erosión genética o de infracción de los valores culturales de las comunidades. 64/

51/ Véanse el artículo 52 de la Queensland Biodiversity Act; sección 35 (1) (b), la Ethiopian Proclamation; sección 51 (h), el Decreto de Panamá; artículo 93 a). la South African Biodiversity Act; y la sección 26 (2) de la Ugandan Regulations.

52/ Véase la sección 73 párr. 1 (3) de la Afganistán Environment Act.

53/ Tal como en Afganistán, sección 72 párr. 1 de la Environment Act (donde toma la forma de una orden de cumplimiento); en Brasil, sección 30 párr. 1(I) de las Medidas Provisorias; en Etiopia, sección 16 (2) de su Proclamation; y en Panamá, sección 52 (a) de su Decreto.

54/ En algunas medidas se prevé una cantidad específica o una escala de multas (tal como en la Afganistán Environment Act bajo la sección 73 párr.1; la Brazilian Provisional Act, sección 30 párr. 1 (II) y párr. 2; la Indian Biological Diversity Act bajo las secciones 55 y 56; la Ethiopian Proclamation bajo la sección 35; las Kenyan Regulations, bajo la sección 24; las Ugandan Regulations, bajo la sección 26; la Vanuatu Environmental Act, bajo la sección 32; y la Ley sobre diversidad biológica de Venezuela, título XI), mientras que en otras (tales como en el Decreto de Costa Rica bajo la sección 28 y en la Bhutan Biodiversity Act bajo la sección 44 (a)), se indica la forma de calcularlas.

55/ Tal como bajo la Bhutan Biodiversity Act, sección 44 (b); Brazilian Regulations, sección 30 párr.1 (III); Ethiopian Proclamation, sección 35 (1); Ugandan Regulations, sección 25; y Ley sobre diversidad biológica de Venezuela, sección 117.

56/ Tal como en Brasil bajo la sección 30 párr. 1 (V) de la Provisional Act.

57/ Este es el caso de la mayoría de los países, incluidos por ejemplo, Afganistán, Bhutan, Brasil, Costa Rica, Etiopia, India, Kenya, Panamá, Sudáfrica y Uganda.

58/ Tal como en Panamá, bajo la sección 52 (d) de su Decreto.

59/ Los países en los que se prevé el encarcelamiento establecen un período de tiempo que varía entre unos pocos meses y unos pocos años. Véanse, por ejemplo, la Afganistán Environment Act, sección 73 párr. 1; la Bhutan Biodiversity Act, sección 44 (a) (d); las Kenyan Regulations, sección 24; la South African Biodiversity Act, sección 102; las Ugandan Regulations, sección 26; y la Vanuatu Environmental Act, sección 32.

60/ En la Sección 30 de las Philippines Guidelines se cubre lo relativo a la solución de controversias.

61/ Tal como la reglamentación de Bolivia, y la sección 60 del Decreto de Panamá, sección 52 (b).

62/ Tal como la Bhutan Biodiversity Act, sección 48; la Indian Biological Diversity Act, secciones 52-53; la South African Biodiversity Act, secciones 94-96; y las Ugandan Regulations, sección 27.

63/ Por ejemplo, véase la sección 57 de la Indian Biological Diversity Act y la sección 75 de la Afganistán Environment Act.

64/ Véanse, por ejemplo, la Afganistán Environment Act, sección 71; la Ethiopian Proclamation, sección 21 (1); y las Indian Biological Diversity Rules, sección 16.

104. Aunque se prevén algunas medidas como parte de las nacionales correspondientes al acceso y participación en los beneficios, según lo descrito anteriormente, pudiera ser difícil imponer su observación si el usuario ya ha abandonado el país proveedor de los recursos genéticos.

Remedios disponibles en países con usuarios bajo su jurisdicción

105. Según se ilustra en la sección precedente sobre cumplimiento del consentimiento fundamentado previo y de las condiciones mutuamente acordadas, varios países con usuarios bajo su jurisdicción están todavía en las etapas preliminares de despertar la conciencia de los posibles usuarios de los recursos genéticos. En base a la información puesta a disposición de la Secretaría, los remedios administrativos y judiciales disponibles en países con usuarios bajo su jurisdicción relativas al incumplimiento del consentimiento fundamentado previo y de las condiciones mutuamente acordadas, han estado limitados a aquellos que se aplican en casos de incumplimiento de los requisitos de divulgación en las solicitudes de patentes.

106. En la actualidad, aunque se reconoce que todos los países son tanto usuarios como proveedores, en base a la información disponible no parece ser que ningún país haya adoptado ninguna clase de medidas para los usuarios. Según el estudio realizado por UICN-Canadá, parece ser que Noruega es el único país que hasta ahora ha elaborado un requisito específico por el que se insta al cumplimiento de los requisitos en materia de acceso y participación en los beneficios de los países proveedores. “El proyecto de legislación de Noruega representa la única propuesta legislativa publicada para intentar abiertamente satisfacer la obligación primaria del Artículo 15.7. Se declara específicamente que la utilización en Noruega de los recursos genéticos provenientes de países de origen o de proveedores puede solamente tener lugar si el usuario ha cumplido los requisitos de esos otros países, concretamente el requisito de consentimiento fundamentado previo y el contenido en cualesquiera condiciones mutuamente acordadas. Aunque en esta ley no se prevén remedios, sus disposiciones en materia de sanciones ofrecen otra clase de impacto sobre remedios posibles.” ^{65/}

1. En situaciones de incumplimiento de los requisitos de acceso y participación en los beneficios, a falta de un contrato de acceso y participación de los beneficios y de medidas adoptadas en países usuarios para asegurar el viento de los requisitos de acceso y participación de los beneficios por parte de esos usuarios, no es clara la disponibilidad de remedios.

2. Aunque en algunas legislaciones nacionales se prevén remedios para situaciones de incumplimiento de los requisitos de acceso y participación en los beneficios, la posibilidad de que un proveedor obtenga remedios, una vez los recursos genéticos hayan abandonado el país proveedor, es difícil al igual que en el caso de demandas que se refieren a transacciones transfronterizas.

107. En caso de que se rinda un dictamen contra un usuario en un país proveedor, es poco probable que surjan problemas de imposición, particularmente si el usuario y los recursos genéticos a los que se tiene acceso ya no están en el país proveedor. Puede ser necesario examinar más a fondo las cuestiones relativas a la imposición de dictámenes extranjeros.

2. Cumplimiento de los arreglos para acceso y participación en los beneficios

108. La situación será distinta en caso de infracción del cumplimiento de un contrato sobre acceso y participación en los beneficios.

109. Los arreglos sobre acceso y participación en los beneficios ataún en general a cuestiones relacionadas con el cumplimiento y determinan remedios posibles aplicables a situaciones de infracción del cumplimiento. El estudio que se está realizando sobre arreglos para acceso y participación en los beneficios proporciona la información sobre la forma en la que estos arreglos responden en distintos sectores a cuestiones de cumplimiento y remedios en situaciones de infracción del contrato.

^{65/} Véanse “Remedios administrativos y judiciales en países con usuarios bajo su jurisdicción y en acuerdos internacionales” disponibles en el documento UNEP/CBD/WG-ABS/5/INF/5/3.

110. Según se destaca en el estudio realizado sobre “Remedios administrativos y judiciales en países con usuarios bajo su jurisdicción y en acuerdos internacionales”, se ha supuesto en general que la aplicación, observancia y remedios en materia de acceso y participación en los beneficios se basarían en leyes contractuales. Según lo indicado, en el estudio “esta suposición es solamente en parte correcta,

- Las leyes contractuales preverán un remedio cuando los términos del contrato sean “inequívocos e imponibles”
- Incluso si algunas partes del contrato son ambiguas, las leyes contractuales pueden todavía ofrecer un remedio, siempre que este remedio se especifique en el contrato y siempre que las condiciones que activan el remedio sea inequívocas y hayan ocurrido
- Incluso si algunas partes del contrato son ambiguas, el contrato puede ofrecer un remedio si obliga a las partes a un arbitraje u a otra solución de controversias de alternativa, y si el árbitro o un mediador opina que la situación es lo suficientemente clara para que sea posible encontrar una solución.”⁶⁶

111. Sin embargo, según lo sugerido por el autor del estudio, las ambigüedades en el sistema de acceso y participación en los beneficios, tales como distintas interpretaciones de los términos importantes en el Artículo 15, pudieran plantear problemas a las Cortes de justicia y a otros órganos que traten de interpretar las obligaciones en materia de acceso y participación en los beneficios y/o de proporcionar remedios.

112. Esencialmente, según el resumen de las conclusiones del mismo estudio:

“Las leyes nacionales de países usuarios incluyen una diversidad de opciones de remedios que pudieran funcionar bien para atender a demandas en materia de acceso y participación en los beneficios de los países de origen y otros proveedores de acceso y participación en los beneficios, aunque existe una laguna funcional básica que impide su aplicación. En la actualidad ningún país ha adoptado leyes exigiendo que los usuarios de recursos genéticos de origen extranjero cumplan con los requisitos de acceso y participación en los beneficios del país de origen, incluidos el consentimiento fundamentado previo y las condiciones mutuamente acordadas. Esto significa que el usuario no está sujeto a medidas legales en el país usuario, a no ser que haya obtenido un contrato de acceso y participación en los beneficios y el país de origen u otros proveedores toman medidas en el país de usuario para imponer la observancia de ese contrato.”

“Cuando exista un contrato, el país de origen se enfrentará a dos retos primarios

- el reto de los costos, de acceso a la información y recopilación de pruebas que son comunes a todas las partes comerciales que estén ubicadas en el país en el que se están adoptando las medidas; y
- el reto de asegurarse que el contrato es lo suficientemente claro y específico para hacer posible que una corte de justicia, un arbitraje u otra medida de remedio lleguen a una decisión inequívoca.”

“Hay muchos factores relativos al acceso y a la participación en los beneficios que sugieren que las Partes hayan de tener acceso a medidas y protecciones especiales para hacer uso de las leyes y procesos correctivos nacionales, incluido el hecho de que muchos países de origen y comunidades tradicionales carecen de fondos, de experiencia y conocimientos y de la capacidad de incoar medidas prolongadas en otro país, tratando de obtener indemnización de una entidad que probablemente está mejor financiada, esta más familiarizada con el sistema jurídico pertinente y esta en mejor posición para participar en un juicio.”

⁶⁶/ Se dispone de “Remedios administrativos y judiciales en países con usuarios bajo su jurisdicción y en acuerdos internacionales” en el documento UNEP/CBD/WG-ABS/5/INF/3, sección 5.1.

“Si no existe ningún contrato, no hay en la actualidad ninguna base jurídica en la que pueda apoyarse una demanda de indemnización en Cortes de justicia, organismos, u otras instituciones adjudicadoras de cualquier país. La única excepción es cuando el país de origen tiene todavía la jurisdicción sobre el usuario (por razón de que el usuario tenga algunos bienes o continúe ejerciendo actividades en el país de origen).”⁶⁷

113. Por último, en situaciones en las que no hay ningún régimen de acceso y participación en los beneficios en el país proveedor, ni por lo tanto requisitos correspondientes y si no se ha convenido en ninguna obligación legal entre el proveedor y el usuario, no pueden hacerse observar las disposiciones del Convenio en materia de acceso y participación en los beneficios.

3. Posibles lagunas en relación con el cumplimiento de los requisitos para acceso y participación en los beneficios o para los correspondientes arreglos

114. Las medidas para supervisión y cumplimiento son débiles en la mayoría de las normas de acceso y participación en los beneficios de los países proveedores. Según lo indicado anteriormente, varias Partes se encuentran todavía en la etapa de despertar la conciencia de sus comunidades de usuarios a nivel nacional. Los países no han adoptado todavía medidas de país de usuario con miras a solicitar el cumplimiento del consentimiento fundamentado previo y de las condiciones mutuamente acordadas por usuarios bajo su jurisdicción. A falta de medidas nacionales para responder al acceso ilícito a recursos genéticos de un país extranjero, la tarea de imponer la observancia es difícil e incluso imposible.

115. Pudiera argüirse que no hay en la actualidad, por lo tanto, ninguna clase de incentivos para que los usuarios cumplan con las medidas para acceso y participación en los beneficios ni existe ninguna clase de mecanismos eficientes de cumplimiento y de imposición de la observancia del cumplimiento en los países en los que se utilizan los recursos genéticos.

ii) Supervisión, observancia y solución de controversias en la aplicación del régimen internacional

116. Una vez determinados mejor la naturaleza, el ámbito y los componentes de un régimen internacional, las Partes pudieran considerar lo relativo a supervisión, observancia y solución de controversias en la aplicación del régimen internacional. Los elementos (xix) y (xxii) se refieren a estas particulares circunstancias.

D. Conocimientos tradicionales

117. En el ámbito del mandato para negociar un régimen internacional sobre acceso y participación en los beneficios se incluyen “conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de conformidad con el Artículo 8(j)” (p.ej. decisión VII/19, Anexo). Además, entre los elementos por considerar para su inclusión en el régimen internacional enumerados en la sección d) de las atribuciones, los siguientes están relacionados con los conocimientos tradicionales:

- (x) Medidas para garantizar el cumplimiento con el consentimiento fundamentado previo de las comunidades indígenas y locales portadoras de conocimientos tradicionales asociados con recursos genéticos, de conformidad con el Artículo 8 j);
- (xiii) Certificado de origen /fuente / procedencia legal de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados reconocido a nivel internacional;
- (xiv) Divulgación del país de origen / fuente / procedencia legal de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados en solicitudes de derechos de propiedad intelectual;

^{67/} Ibid, véase la sección 7 titulada “Conclusión- saldo de certidumbres”.

- (xv) Reconocimiento y protección de los derechos de las comunidades indígenas y locales sobre sus conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos sujetos a la legislación nacional de los países en que están situadas esas comunidades;
- (xvi) Derecho consuetudinario y prácticas culturales tradicionales de comunidades indígenas y locales;
- (xviii) Código de ética / código de conducta / modelos de consentimiento fundamentado previo u otros elementos con el fin de garantizar la participación justa y equitativa en los beneficios por las comunidades indígenas y locales.”

1. Acontecimientos en el entorno del Convenio sobre la Diversidad Biológica

118. Entre las tareas de la primera fase del programa de trabajo sobre el Artículo 8 j) y disposiciones conexas (p.ej. decisión V/16, Anexo) se incluyen la tarea 2 (mecanismos de participación), así como las tareas 7 y 12, que son directamente pertinentes al régimen internacional sobre acceso y participación en los beneficios. La tarea 10 (segunda fase) es también pertinente. La tarea 7 prevé que el Grupo de trabajo “...prepare directrices para la elaboración de mecanismos, leyes u otras iniciativas apropiadas que garanticen: i) que las comunidades indígenas y locales puedan sacar provecho de una distribución justa y equitativa de los beneficios que derivan del uso y la aplicación de esos conocimientos, innovaciones y práctica ii) que las instituciones privadas y públicas interesadas en el uso de esos conocimientos, innovaciones y prácticas obtengan el consentimiento fundamentado previo de las comunidades indígenas y locales; iii) el progreso de la determinación de las obligaciones de los países de origen, y de las Partes y los gobiernos en que se utilicen esos conocimientos, innovaciones y prácticas, así como los recursos genéticos conexos.”. El grupo de trabajo sobre el Artículo 8 j) y disposiciones conexas todavía no ha iniciado esta tarea. En la tarea 12 se prevé que el Grupo de Trabajo elabore directrices que ayuden a las Partes y a los gobiernos a promulgar leyes o establecer otros mecanismos, según proceda, para aplicar el artículo 8 j) y sus disposiciones conexas a los niveles internacional, regional y nacional, que reconozcan, salvaguarden y garanticen plenamente los derechos de las comunidades indígenas y locales respecto de sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales en el contexto del Convenio. Por último, en la tarea 10 de la segunda fase del programa de trabajo se prevé que el Grupo de trabajo sobre el Artículo 8 j) elabore normas y directrices para la comunicación y la prevención de la apropiación ilícita de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos conexos. La elaboración de directrices, según lo previsto en las tareas 7, 12 y 10 del programa de trabajo, pudiera contribuir de modo significativo al análisis de la cuestión de los conocimientos tradicionales en la negociación de un régimen internacional sobre acceso y participación en los beneficios.

119. Las Directrices de Bonn sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de su utilización estipulan que la intervención de los “interesados” es esencial para asegurar la preparación y aplicación adecuadas de los arreglos de acceso y participación en los beneficios, y que deberían ser consultados y deberían tenerse en cuenta sus opiniones en cada etapa del proceso, incluso cuando se determina el acceso, se negocian y aplican las condiciones mutuamente acordadas y la participación en los beneficios, así como en el desarrollo de una estrategia, políticas o regímenes nacionales sobre acceso y participación en los beneficios (Artículo 18). Además, deberían establecerse arreglos adecuados de consulta, tales como Comités consultivos nacionales (Artículo 19) para facilitar la intervención de los interesados, incluidas las comunidades indígenas y locales.

2. Instrumentos regionales y nacionales

120. En la actualidad, cinco regiones, incluidas la Unión Africana, la Comunidad Andina, ASEAN, América Latina y el Foro del Pacífico, han elaborado o están elaborando acuerdos, marcos o leyes modelo, relativos a sistemas *sui generis* basados en leyes consuetudinarias para la protección de los conocimientos tradicionales. Por lo menos once países han introducido legislación, proyectos de legislación, regímenes especiales de propiedad intelectual, leyes de protección de los derechos

intelectuales de la comunidad, leyes sobre derechos de los pueblos indígenas, reglamentación, arreglos comerciales y proyectos de acuerdos dirigidos a la protección de los conocimientos tradicionales y sobre cuestiones tales como el consentimiento fundamentado previo de los titulares de los conocimientos y arreglos de participación en los beneficios.

3. *Otros instrumentos internacionales*

121. Por varios años, la OMPI ha considerado la cuestión de la relación entre los derechos de propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales por mediación de su Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (IGC). La labor de este Comité es pertinente a la negociación de un régimen internacional sobre acceso y participación en los beneficios y supuestamente pudiera contribuir al desarrollo de un futuro régimen internacional considerando cuestiones tales como los sistemas *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales así como el estado de la ciencia y la divulgación del origen en las solicitudes de patentes.

122. Entre otros foros pertinentes se incluye el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas. En 2005, el Foro facilitó un Seminario técnico internacional sobre conocimientos indígenas tradicionales (E/C.19/2006/2), para fomentar un enfoque de colaboración, complementario y holístico de los conocimientos tradicionales y para mejorar la comprensión de las inquietudes indígenas y de su posible solución. El taller tomó nota de que por lo menos once organizaciones intergubernamentales y organismos de las Naciones Unidas realizan programas, actividades y procesos que de uno u otro modo tratan de cuestiones relacionadas con los conocimientos tradicionales indígenas.

123. En su sexto período de sesiones, el Foro recomendó que las Partes en el Convenio consideren concretamente las cuestiones de acceso y participación en los beneficios provenientes de los recursos genéticos así como de la protección de los conocimientos tradicionales y del desarrollo de sistemas *sui generis*.

124. En particular, el Foro para las Cuestiones Indígenas debatió profusamente cuestiones pertinentes a la protección de los conocimientos tradicionales, a los sistemas *sui generis* y a los recursos genéticos. El Foro Permanente declaró que había un vínculo claro entre tierras, territorios y recursos naturales y la protección de los conocimientos tradicionales. El Foro hizo hincapié en que el Grupo de trabajo sobre acceso y participación en los beneficios reconociera los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos biológicos y genéticos de sus propios territorios. Insistió además en que los gobiernos deberían considerar el desarrollo de sistemas *sui generis* basados en el derecho consuetudinario para la protección de los conocimientos tradicionales. El Foro propuso además que los miembros pertinentes del Grupo de apoyo entre organismos, y en colaboración con expertos indígenas pudieran realizar revisiones técnicas oportunas en las etapas críticas de las negociaciones de normas internacionales sobre la protección de los conocimientos tradicionales, incluido el desarrollo de un régimen internacional para acceso y participación en los beneficios.

125. Una evolución conexa es el informe de la reunión del Grupo de expertos internacionales sobre el régimen internacional de acceso y participación en los beneficios y los derechos humanos de los pueblos indígenas del Convenio sobre la Diversidad Biológica (E/C.19/2007/8), organizada por el Foro. En el informe se proporciona una reseña de cuestiones pertinentes, tales como los elementos del derecho consuetudinario inherente a los conocimientos tradicionales, la participación de los pueblos indígenas en la adopción de decisiones, los tratados pertinentes sobre derechos humanos, los instrumentos actuales y otros incipientes que son aplicables a los conocimientos tradicionales y los comentarios sobre el propuesto certificado de origen, fuente o procedencia legal de los recursos genéticos. En el informe se formulan también recomendaciones tanto generales como específicas para prestar asistencia al desarrollo de un régimen internacional. El informe del sexto período de sesiones del Foro permanente puede consultarse en el documento E/2007/43 en la dirección <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/>

4. *Posibles lagunas*

126. Aparte de las disposiciones del Convenio sobre la Diversidad Biológica, no hay en la actualidad ningún instrumento a nivel internacional que establezca normas para asegurar que las comunidades indígenas y locales obtienen una parte justa y equitativa de los beneficios provenientes de la utilización y aplicación de sus conocimientos, innovaciones y prácticas asociados a los recursos genéticos. Tampoco ha surgido el consenso en cuanto a la necesidad de medidas internacionales al respecto.

127. Pudiera haber algunas dificultades prácticas por superar en la aplicación de los arreglos de participación en los beneficios con las comunidades indígenas y locales, tales como la determinación de los representantes autorizados de las comunidades indígenas y locales para los fines de procedimientos de consentimiento fundamentado previo y del derecho consuetudinario pertinente, la determinación de los beneficiarios y la forma de compartir los posibles beneficios y qué forma asumirían tales beneficios etc. Además, el derecho consuetudinario y las prácticas culturales de las comunidades indígenas y locales son muy diversos y no es universal su consentimiento fundamentado previo.

128. En la mayoría de los países no es obligatorio divulgar el origen de los recursos genéticos ni de los correspondientes conocimientos tradicionales en las solicitudes de patentes.

129. Por su propia índole, los actuales derechos de propiedad intelectual no se adaptan bien a la protección de los conocimientos tradicionales. Por lo tanto, pudieran ser necesarias medidas *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales. Sin embargo, algunos arguyen que los derechos de propiedad intelectual, tales como derechos de autor, de marcas comerciales, secretos comerciales y otros sistemas de certificación pueden ser adaptados para ofrecer alguna protección a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos.

130. Se ha sugerido que una base de datos internacional sobre conocimientos tradicionales o una biblioteca digital constituiría una importante herramienta para los examinadores de patentes y otros en el reconocimiento de los conocimientos tradicionales a título de estado de la ciencia. Sin embargo, se ha aducido que demostrar con documentos los conocimientos tradicionales con bases de datos no debería ser considerado como prerequisito para la protección.

E. Creación de capacidad

131. Las “Medidas de creación de capacidad con base en las necesidades del país” se han incluido en la lista de elementos que ha de considerar el Grupo de trabajo para su inclusión en el régimen internacional como elemento (xvii).

132. La Conferencia de las Partes adoptó en su séptima reunión, mediante la decisión VII/19F, un Plan de Acción sobre Creación de Capacidad para Acceso a los Recursos Genéticos y Participación en los Beneficios. El objetivo del Plan de acción consiste en facilitar y apoyar el desarrollo y fortalecimiento de capacidades de los individuos, las instituciones y las comunidades para la aplicación efectiva de las disposiciones del Convenio relativas al acceso a los recursos genéticos y participación en los beneficios ...”. El plan de acción proporciona un marco para determinar las necesidades del país, de las comunidades indígenas y locales y de todos los interesados directos pertinentes, sus prioridades, los mecanismos de implantación y las fuentes de financiación. Se señalan las esferas principales que requieren creación de capacidad y los mecanismos para la aplicación de la creación de capacidad a los niveles nacional, regional, subregional e internacional. En el plan de acción se fomenta también la compartición mutua de la información y la coordinación a todos los niveles entre los interlocutores implicados en la creación de capacidad para acceso y participación en los beneficios con miras a alentar a las sinergias y a determinar lagunas de cobertura.

133. Para ofrecer una reseña de las actividades de creación de capacidad en curso y para garantizar que sean complementarias, la Secretaría ha establecido una base de datos sobre proyectos de creación de capacidad en materia de acceso y participación en los beneficios, basada en la información proporcionada por Partes y organizaciones pertinentes que realizan actividades de creación de capacidad.

Se dispone de la base de datos en la siguiente dirección: <http://www.cbd.int/programmes/socio-eco/benefit/projects.aspx>

134. Debe también señalarse que en el preámbulo de su decisión VII/19F, la Conferencia de las Partes subrayó que “la implantación de un régimen internacional de acceso y participación en los beneficios y de legislación nacional sobre acceso y participación en los beneficios pudiera requerir nuevas actividades de creación de capacidad”.

Creación de capacidad: respuesta a una laguna

135. Se ha comprobado que la falta de sensibilización en materia de acceso y participación en los beneficios por parte de los usuarios y proveedores y la ausencia de capacidad constituyen importantes lagunas del sistema actual. Las Partes pudieran considerar la forma de atender a la creación de capacidad mediante el régimen internacional como modo de colmar las lagunas existentes.

III. OTRAS LAGUNAS

136. Pudieran considerarse como lagunas otras cuestiones a las que no se atiende en los actuales instrumentos. Estas se examinan a continuación:

Falta de sensibilización

137. Según se destacó anteriormente la falta de sensibilización para cuestiones de acceso y participación en los beneficios entre usuarios y proveedores de los recursos genéticos, tanto en países industrializados como en países en desarrollo, es una importante laguna del actual sistema. Aunque se han emprendido varias iniciativas para aumentar la sensibilización en el acceso y participación en los beneficios en los países, entre proveedores y usuarios de los recursos genéticos, todavía son necesarios considerables esfuerzos. Esto incluye la falta de sensibilización entre los proveedores de los recursos genéticos, tales como comunidades indígenas y locales, propietarios privados, autoridades de áreas de conservación y usuarios, incluidos investigadores/científicos, académicos, taxonomistas y empresas privadas que explotan diversos sectores (p.ej. farmacia, cosmetología, agricultura, industria).

Falta de capacidad

138. Según se ilustra en el Plan de acción sobre creación de capacidad para acceso y participación en los beneficios, las Partes han indicado 17 esferas importantes para creación de capacidad.

139. Aunque se están realizando en la actualidad varios proyectos de creación de capacidad, debido en parte a la complejidad de la cuestión de acceso y participación en los beneficios y al elevado número de interlocutores que intervienen (es decir, comunidades locales, representantes del gobierno, propietarios de los terrenos, autoridades de áreas de conservación, investigadores, académicos, comunidad de negocios), serán necesarios esfuerzos continuados para desarrollar aún más la capacidad de todos los interlocutores pertinentes a todos los niveles de forma que el sistema pueda funcionar bien.

Asimetrías

140. Las asimetrías entre proveedores y usuarios de los recursos genéticos en términos de información, conocimientos, pericias y capacidad para negociar, pueden afectar al poder de regatear en la negociación de los arreglos de acceso y participación en los beneficios. Por consiguiente, para garantizar la participación justa y equitativa en los beneficios pudiera ser necesario nivelar el campo de juego entre proveedores y usuarios de los recursos genéticos. La cadena de acceso y participación en los beneficios puede frecuentemente implicar a múltiples interlocutores desde el proveedor inicial quien pudiera ser una comunidad local o indígena hasta el usuario de extremo quien pudiera ser una empresa privada.

141. Para atender a estas asimetrías, el desarrollo de la capacidad tiene una función importante por desempeñar, según lo indicado anteriormente. Además, los intermediarios que han estado desempeñando

una función importante en la cadena de acceso y participación en los beneficios pudieran prestar asistencia en cuanto a nivelar el campo de juego entre el proveedor inicial y el usuario de extremo a condición de que estos intermediarios actúen de buena fe.

142. Se ha sugerido que los acuerdos normalizados de transferencia de materiales pudieran ser una solución para resolver estas asimetrías.

Ausencia de reglamentación de las entidades intermediarias

143. Debido en parte a las asimetrías anteriormente mencionadas, los intermediarios están desempeñando una función importante en los arreglos de acceso y participación en los beneficios. Distintos tipos de intermediarios pueden intervenir en los arreglos de acceso y participación en los beneficios. El Anexo II del informe del Grupo de expertos sobre acceso y participación en los beneficios ilustra útilmente la función en aumento de “entidades intermediarias en la exploración comercial y uso de los recursos genéticos” y las posibles inquietudes suscitadas por este sector de actividades en gran parte sin reglamentar [68](#):

“A medida que los mercados de recursos genéticos han venido creciendo y diversificándose desde el decenio pasado, ha surgido una amplia gama de entidades que prestan servicios especializados a los usuarios finales comerciales de recursos genéticos. Entre ese tipo de servicios figuran la reunión y el suministro de muestras y extractos de recursos genéticos e información conexa, así como la prestación de asistencia en la tarea de velar por que las leyes en materia de acceso y distribución de los beneficios y los requisitos de procedimiento en los países proveedores se cumplan respecto de las muestras suministradas. Estas entidades, a veces denominadas “intermediarios”, están apareciendo en una amplia gama de formas institucionales. Las mismas pueden ser firmas lucrativas del sector privado que operan en varios países, pequeñas firmas nacionales que funcionan en su propio país, o universidades locales. En varios países que cuentan con una gran diversidad biológica se han establecido instituciones especiales de carácter paraestatal para desempeñar esas funciones, y la más conocida de éstas es el Instituto Nacional de Biodiversidad (INBio) de Costa Rica.”

“Estas entidades que prestan servicios en algunos casos están desempeñando diversas funciones en la tarea de facilitar el acceso a los recursos genéticos y una distribución justa y equitativa de los beneficios en condiciones mutuamente convenidas, en cumplimiento del Convenio sobre la Diversidad Biológica y las leyes nacionales pertinentes. Este es el caso en el que ese tipo de entidades:”

“a) Añaden valor al recurso; y”

“b) velan con diligencia por que todas las leyes y los requisitos de procedimiento nacionales en materia de acceso y distribución de los beneficios se cumplan, proporcionando de esa manera a los usuarios finales garantías confiables de certidumbre jurídica y cumplimiento.”

“En los casos en que estas entidades desempeñan esas funciones, éstas revisten un valor apreciable para los usuarios finales de carácter comercial, y también prestan asistencia a los gobiernos en la tarea de velar por que se cumplan las medidas en materia de acceso y distribución de los beneficios a nivel nacional. En los casos en que esas entidades se establecen en un país que proporciona recursos genéticos y añaden valor a los recursos genéticos en el país (mediante, por ejemplo, el mantenimiento de “bibliotecas” de recursos genéticos, la elaboración de extractos, y la selección preliminar de muestras), también pueden contribuir a la creación de capacidad al nivel local y a la elevación al máximo de la participación de los países proveedores en los beneficios.”

[68/](#) Informe del grupo de expertos sobre acceso y participación en los beneficios, UNEP/CBD/COP/5/8, 2 de noviembre de 1999, Anexo II.

“No obstante, se debe subrayar que a pesar de la utilidad que para los usuarios finales de carácter comercial de los servicios que estas entidades intermediarias prestan, la mayoría de los usuarios finales comerciales recalcan su preferencia por los arreglos contractuales directos con los proveedores finales de recursos genéticos, según se designan en las leyes del país del que se obtienen los productos genéticos.”

“Sin embargo, habida cuenta de que estos “intermediarios” representan un sector de actividad nuevo y en gran medida no reglamentado, existe la posibilidad de que entidades carentes de escrúpulos o incompetentes desde el punto de vista técnico también incursionen en esta esfera. En los casos en que ese tipo de entidades no añadan realmente valor al recurso, o que formulen garantías intencionalmente falsas o equivocadas respecto de que el material genético se ha obtenido legalmente, las mismas representan una amenaza a los objetivos en materia de acceso y distribución de los beneficios tanto del Convenio sobre la Diversidad Biológica como de las medidas nacionales en materia de acceso y distribución de los beneficios. Además, en los casos en que este tipo de entidades no hacen más que incorporarse en calidad de “intermediarios” sin añadir valor o garantizar la certidumbre jurídica, no hacen más que sumar otro estrato de burocracia y aumentar los gastos por concepto de transacciones.”

“En consecuencia, es menester que los gobiernos tengan en cuenta la importancia cada vez mayor de ese tipo de entidades intermedias a la hora de elaborar leyes en materia de acceso y distribución de los beneficios y utilicen sus leyes para apoyar a los intermediarios legítimos y a la vez desalentar a quienes no estén desempeñando funciones útiles o legítimas. Es igualmente necesario que en los arreglos contractuales se tenga en cuenta el carácter multipartidista del ámbito institucional de la utilización comercial de los recursos genéticos que la proliferación de estas entidades intermedias representa. Por último, los usuarios finales comerciales últimos de los recursos genéticos, tales como las firmas farmacéuticas importantes, pueden desempeñar una función crucial mediante el establecimiento de normas para las entidades con las que se relacionan, y el fomento de las prácticas óptimas en las que verdaderamente se cumplen los objetivos del Convenio sobre la Diversidad Biológica en relación con el acceso y distribución de los beneficios, así como sus manifestaciones al nivel nacional.”

144. Parecería que “Casi sin excepción, todo esfuerzo de recolección en prospecciones de diversidad biológica emprendido en nombre de alguna empresa se realiza mediante intermediarios”⁶⁹. Según lo sugiere el Grupo de expertos, pudiera ser necesario prestar atención a la necesidad de reglamentar estas actividades al nivel adecuado.

Laguna geográfica

145. Recursos genéticos transfronterizos: En los actuales instrumentos no se tiene en cuenta el hecho de que los mismos recursos genéticos pueden encontrarse a uno y otro lado de la frontera. Algunos han sugerido que los enfoques regionales pudieran ser la solución. Para atender a la cuestión de los recursos genéticos transfronterizos, se ha sugerido que la armonización de los requisitos de acceso y participación en los beneficios a nivel regional tendría la ventaja de crear condiciones similares para el acceso y participación en los beneficios en toda la región. Tal armonización daría también a los usuarios la posibilidad de predecir mejor obtener la certidumbre, por conducto de procesos racionalizados, de obtener el acceso a los recursos genéticos. Los enfoques regionales pudieran también facilitar el intercambio de información y la cooperación técnica cuando se trate de recursos genéticos comunes. Otros opinan que los taxones a partir de los cuales se obtuvieron los recursos genéticos pudieran existir en muchos países, pero que sus características exclusivas pudieran provenir de la localidad y, por consiguiente, los beneficios deberían ser compartidos con el país específico desde el que se tuvo acceso a los mismos.

146. Recursos genéticos encontrados más allá de la jurisdicción nacional: Se ha sugerido que algunas de las lagunas pudieran ser de índole geográfica. El Artículo 15 solamente cubre los recursos genéticos

⁶⁹ Véase S.Laird, “Biodiversity and Traditional Knowledge – Equitable Partnerships in Practice”, Peoples and Plants Conservation Series, Earthscan, 2002, capítulo 13, p. 422-423.

encontrados bajo la jurisdicción nacional de los países. Por lo tanto, los recursos genéticos que se encuentran en el fondo marino no están cubiertos por las disposiciones del Convenio en materia de acceso y participación en los beneficios. La cuestión de la bioprospección en zona fuera de la jurisdicción nacional están en la actualidad atrayendo cada vez más la atención según se describe con más detalles en el documento UNEP/CBD/WG-ABS/5/4.

Lagunas relativas a la participación Como miembros en instrumentos internacionales

147. En las atribuciones establecidas para el Grupo de trabajo sobre acceso y participación en los beneficios se incluye una lista de elementos pertinentes a los instrumentos y procesos existentes, que han de ser considerados por el grupo de trabajo para su inclusión en el régimen internacional. En el documento UNEP/CBD/WG-ABS/5/4 se proporciona una actualización de acontecimientos recientes en los diversos acuerdos o procesos que son pertinentes al acceso y a la participación en los beneficios. Al considerar las lagunas en los actuales instrumentos internacionales, debe señalarse que estos instrumentos no tienen siempre los mismos miembros y nadie se beneficia de una participación universal de miembros. En otras palabras, por ejemplo, algunos países pueden ser Partes en el Convenio y no haber ratificado el Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura. Otros que no son Partes en el Convenio pudieran ser Partes Contratantes en la Organización Mundial del Comercio y en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Estas lagunas de cobertura en términos de participación como miembros en instrumentos internacionales pudieran repercutir en el grado de aplicación de estos diversos instrumentos y posiblemente ser fuente de conflictos entre los países.

Uso de términos y expresiones

148. Pudiera argüirse que la falta de una comprensión común de varios términos y expresiones relacionados con el acceso y la participación en los beneficios constituye una laguna. Aunque algunos opinan que las definiciones internacionalmente reconocidas pudieran ser útiles, otros piensan que el uso de términos y expresiones debería regularse a nivel nacional.

149. La cuestión del uso de términos y expresiones relacionados con el acceso y participación en los beneficios fue inicialmente suscitada durante las negociaciones de las Directrices de Bonn. Cuando se elaboraron las Directrices de Bonn en octubre de 2001, algunas Partes propusieron que además de los términos y expresiones ya definidos por el Convenio, otros términos y experiencias de pertinencia directa pudieran ser incluidos en las Directrices de Bonn. Por falta de tiempo, no se debatió con detalles lo relativo a esta cuestión en la sexta reunión de la Conferencia de las Partes y se decidió que en las Directrices de Bonn solamente deberían incluirse referencias a los términos y expresiones ya definidos en el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

150. No obstante, varias Partes subrayaron que se requería una labor ulterior para determinar si era necesario que se definieran en las directrices otros términos y expresiones (acceso a los recursos genéticos, participación en los beneficios, comercialización, productos derivados, proveedor, usuario, interesado directo, colección *ex situ* e índole voluntaria), por si pudiera incluirse en las directrices como anexo un glosario de esos términos y expresiones.

151. En su séptima reunión, la Conferencia de las Partes señaló que los términos y definiciones en la forma definida en el Artículo 2 del Convenio se aplicarán a las Directrices de Bonn de conformidad con el párrafo 8 de las Directrices de Bonn y señaló además que pudiera ser necesario examinar algunos de esos otros términos y expresiones no definidos en el Convenio. En basé a la información proporcionada por Partes, gobiernos, organizaciones pertinentes, comunidades indígenas y locales y todos los interesados directos pertinentes que ha sido recopilada por la Secretaría, se pidió al Grupo de trabajo que examinara más a fondo la cuestión del uso de términos y expresiones.

152. En su cuarta reunión, en enero de 2006, el Grupo de trabajo sobre acceso y participación en los beneficios decidió aplazar la consideración del tema hasta que la negociación del régimen internacional sobre acceso y participación en los beneficios hubiera llegado a una etapa más avanzada.

153. Desde entonces se ha sugerido que una definición internacionalmente convenida de “falsa apropiación” de recursos genéticos pudiera apoyar a los esfuerzos de reforzar el cumplimiento de los requisitos de acceso y participación en los beneficios y de las condiciones mutuamente acordadas.

Distintos tipos de recursos genéticos utilizados para diversos fines por varios tipos de usuarios

154. Algunos pudieran considerar como laguna el hecho de que no se han tenido en cuenta en las disposiciones del Convenio en materia de acceso y participación en los beneficios las circunstancias particulares de distintos tipos de recursos genéticos (plantas, animales, microorganismos) utilizados para diversos fines por varios usuarios. El único otro sistema hasta ahora elaborado, en armonía con el Convenio, es el Sistema Multilateral de acceso y participación en los beneficios, establecido en el marco del Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura cuando se tiene acceso a determinados cultivos y forrajes para fines de utilización y conservación con miras a la investigación, reproducción y capacitación para la alimentación y la agricultura.

155. Un foro de pertinencia particular a este respecto es la Comisión intergubernamental sobre recursos genéticos para la alimentación y la agricultura de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. De conformidad con sus estatutos, ha examinado en el transcurso de los años los aspectos de acceso y participación en los beneficios, en fecha muy reciente negociando el Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, el cual entró en vigor en 2001, y ahora en el contexto de la preparación del *Estado de los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura del Mundo* y del *Plan de Acción Mundial*. La Conferencia de las Partes ha reconocido la importancia de ambos instrumentos para el acceso y la participación en los beneficios.

156. La Comisión adoptó un Programa de trabajo plurianual renovable por diez años en su Décimo período regular de sesiones en 2007, dando prioridad a considerar políticas y arreglos para todos los componentes de la diversidad biológica de interés para la alimentación y la agricultura, incluidos los recursos zoogenéticos, los recursos genéticos acuáticos, los recursos genéticos forestales, los recursos genéticos de microorganismos e invertebrados y los recursos fitogenéticos en su Duodécimo período regular de sesiones en 2009. Esto pudiera facilitar un enfoque sectorial en el que se tenga en cuenta la índole especial de la diversidad biológica agrícola, sus características distintivas y problemas que requieren soluciones distintivas, así como los factores específicos de importancia para las diversas comunidades de usuarios.

157. Mientras se guarda en la mente que ya se han elaborado códigos de conducta y directrices por algunas organizaciones tales como MOSAICC y Kew Gardens en respuesta a necesidades particulares de sus constituyentes para satisfacer obligaciones en materia de acceso y participación en los beneficios, las Partes pudieran considerar si todavía han de elaborarse enfoques diferentes en el marco del régimen internacional en respuesta a las necesidades particulares de distintos sectores, si sería necesario elaborar más a fondo un marco común aplicable a todos los tipos de recursos genéticos o si pudiera existir la necesidad de una mezcla de ambos enfoques. Por ejemplo, acuerdos modelo o estándar pudieran ser considerados para usos específicos de recursos genéticos.

158. Las Partes pudieran considerar si los enfoques sectoriales serían necesarios, incluso mediante Acuerdos de Transferencia de Materiales normalizados, u otras políticas y arreglos adaptados en los que se tengan en cuenta las necesidades especiales del sector.

159. Uso científico por comparación con uso comercial: en las disposiciones sobre acceso y participación en los beneficios del Convenio sobre la Diversidad Biológica se prevén las mismas obligaciones para las Partes sea que los recursos genéticos estén siendo utilizados para fines científicos sea que estén siendo utilizados para fines comerciales.

160. Algunos han argüido que los regímenes de acceso y participación en los beneficios elaborados en algunos países han creado un impedimento a la investigación por ser demasiado engorrosos. Para responder a esta inquietud, algunos han sugerido que se establezca un procedimiento simplificado para acceso a recursos genéticos que estén siendo utilizados para fines de la investigación básica. Sin embargo, esto pudiera quizás crear una trampa mediante la cual los recursos a los que inicialmente se tiene acceso para fines de investigación pudieran subsiguientemente ser utilizados para fines comerciales sin haberse obtenido el consentimiento del proveedor para ese uso subsiguiente. Además pudiera ser difícil trazar la línea que separa a la investigación científica del uso comercial. Otros han sugerido que en los arreglos para acceso y participación en los beneficios pudieran incluirse fechas límite o hitos que requieran negociaciones adicionales cuando la investigación científica sea subsiguientemente utilizada para fines comerciales y que esos arreglos para acceso y participación en los beneficios se transmitan a los usuarios subsiguientes junto con los recursos genéticos.

Laguna de conocimientos

161. Apenas es conocida la cadena de innovación de los recursos genéticos a los que se tiene acceso. Los estudios analíticos sobre arreglos de acceso y participación en los beneficios en diversos sectores intentarán sacar a la luz distintas prácticas en varios sectores, destacando los elementos comunes y los divergentes. Un estudio similar sobre el uso de recursos genéticos para fines científicos pudiera también proporcionar información útil sobre el proceso, incluso examinando cuándo y cómo los recursos genéticos utilizados para fines de investigación sean subsiguientemente empleados para fines comerciales.

162. También pudieran considerarse como lagunas del sistema actual y como obstáculo en las negociaciones de arreglos justos y equitativos para participación en los beneficios, los conocimientos insuficientes de la diversidad biológica y la escasa información relativa al valor de los recursos genéticos.

Derechos y propiedad

163. El Convenio establece que los Estados tienen la soberanía sobre sus recursos genéticos. Sin embargo, la cuestión de la propiedad y de los derechos de propiedad ha de ser parte de la legislación nacional. A falta de una definición clara de propiedad en la legislación nacional, pueden surgir dificultades en la negociación de acuerdos de participación en los beneficios.⁷⁰

⁷⁰ Véase Jorge Cabrera Medaglia, “Bioprospecting Partnerships in Practice: A Decade of Experiences at INBio in Costa Rica”, IP Strategy Today, No. 11-2004. Véase también “Informe sobre la condición jurídica de los recursos genéticos en la legislación nacional de determinados países” disponible como documento UNEP/CBD/WG-ABS/5/5.

IV. RESUMEN

164. A continuación se presenta un resumen de las posibles lagunas, en materia de acceso y participación en los beneficios, examinadas en el presente documento. Las Partes pudieran considerar si sería necesario atender a estas cuestiones a nivel nacional, regional o internacional:

a) Disposiciones del Convenio que no están siendo plenamente aplicadas por las Partes a nivel nacional

- i) Una mayoría de las Partes todavía no ha adoptado regímenes de acceso y participación en los beneficios. Setenta y dos Partes han establecido centros nacionales de coordinación y quince han establecido autoridades nacionales competentes. Una gran diversidad de enfoques han sido adoptados por Partes para atender al acceso y participación en los beneficios que son la fuente de una falta de uniformidad entre las medidas de acceso y participación en los beneficios y consiguientemente de los procedimientos para obtener el acceso a los recursos genéticos.
- ii) Además, parece ser que las Partes con usuarios de recursos genéticos bajo su jurisdicción apenas han adoptado medidas jurídicamente vinculantes en apoyo del cumplimiento de los requisitos de acceso y participación en los beneficios.
- iii) La consecuencia de esta falta de aplicación de las disposiciones en materia de acceso y participación en los beneficios del Convenio ha sido la incapacidad de predecir y la falta de certidumbre legal tanto para los proveedores como para los usuarios de los recursos genéticos. Por otro lado, inquieta a los proveedores la posibilidad de que los recursos genéticos sean apropiados falsamente y la falta de certidumbre legal, en particular cuando los recursos genéticos ya han abandonado su país. Además, inquieta a los usuarios de los recursos genéticos esa misma imposibilidad de predecir y de tener certidumbre legal por no haber procedimientos claros de acceso y participación en los beneficios en muchos países, la ausencia de autoridades nacionales competentes fácilmente reconocibles por la ausencia de procedimientos vigentes de acceso y participación en los beneficios que a veces son considerados como molestos, de pérdida de tiempo e implicando elevados costos de transacción.

b) Ningún medio de seguir la pista

La dificultad de seguir la pista o de mantenerse al tanto de los recursos genéticos una vez hayan abandonado el país proveedor ha sido también una fuente de inquietud para los países en desarrollo en relación con la apropiación indebida de sus recursos genéticos. Un certificado reconocido internacionalmente de origen/fuente/procedencia legal sería un posible instrumento para colmar esta laguna. Los acuerdos normalizados de transferencia de materiales para sectores particulares pudieran también ser considerados en lo que atañe a esta inquietud.

c) Ausencia de remedios específicos en materia de acceso y participación en los beneficios

La ausencia de remedios específicos en materia de acceso y participación en los beneficios a los niveles nacional e internacional pudiera ser un obstáculo para tener acceso a remedios y a la justicia en situaciones de infracción del cumplimiento de los requisitos de acceso y participación en los beneficios del país proveedor o en casos de infracción del cumplimiento de los contratos sobre acceso y participación en los beneficios.

d) *Laguna geográfica*

- i) Recursos genéticos transfronterizos: en el actual sistema no se tiene en cuenta el hecho de que los requisitos para el acceso a los mismos recursos genéticos pueden ser distintos en países vecinos. Algunos han sugerido que los enfoques regionales pudieran ser la solución.
- ii) Recursos genéticos en zonas fuera de la jurisdicción nacional: El Artículo 15 solamente cubre los recursos genéticos que se encuentran bajo la jurisdicción nacional de los países. Por lo tanto los recursos genéticos que se encuentren fuera de la jurisdicción nacional tales como en el fondo marino no están encubiertos por las disposiciones del Convenio relativas al acceso y a la participación en los beneficios.

e) *Lagunas relacionadas con la participación como miembros en instrumentos internacionales*

Las lagunas en cuanto a participar como miembros en instrumentos internacionales relativos al acceso y participación en los beneficios pueden ser un reto para los países a nivel de aplicación y posiblemente ser una fuente de conflicto entre los países.

f) *Distintos tipos de recursos genéticos utilizados para diversos fines por varios tipos de usuarios*

En las disposiciones del Convenio se prevé un sistema aplicable a todos los recursos genéticos (salvo los recursos genéticos humanos) utilizados por todos los tipos de usuarios para distintos fines. El otro único sistema de acceso y participación en los beneficios lo proporciona el Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura por conducto de su Sistema Multilateral, aunque debe señalarse que la Comisión sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura está ahora preparando, a título de prioridad, políticas y arreglos para acceso y participación en los beneficios respecto a los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura en general. Las Partes pudieran considerar si se requieren enfoques sectoriales para acceso y participación en los beneficios.

g) *Cuestión de intermediarios*

Los intermediarios están desempeñando una función importante en el acceso y participación en los beneficios. Por lo tanto pudiera ser necesario prestar atención a regular estas actividades al nivel adecuado.

h) *Asimetrías entre usuarios y proveedores*

Puede ser necesario atender a las asimetrías entre usuarios y proveedores en términos de acceso a la información, conocimientos, pericias de negociación y capacidad, para fomentar la participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de la utilización de los recursos genéticos.

i) *Laguna de conocimientos*

Poco se conoce acerca de la cadena de innovación de los recursos genéticos a los que se tiene acceso. Los estudios analíticos sobre arreglos de acceso y participación en los beneficios en diversos sectores intentan dar luz a las diversas prácticas en varios sectores, haciendo hincapié en elementos comunes y en elementos divergentes. Se requiere más información acerca del valor de los recursos genéticos.

j) *Uso de términos y expresiones*

Las Partes pudieran considerar si el uso de términos y expresiones relacionados con el acceso y participación en los beneficios debería ser estudiado a nivel internacional o si más bien debería analizarse a los niveles regional o nacional.

k) Derechos y propiedad

Por no haber ninguna reglamentación nacional que defina claramente la propiedad de los recursos genéticos, pudieran surgir dificultades en la negociación de acuerdos de participación en los beneficios.

/...