Cuestiones de Derecho Público en la aplicación del convenio sobre la diversidad biológica*

Efraín Pérez Estade

I. Introducción

El Convenio sobre la Diversidad Biológica fue suscrito por más de ciento cincuenta países en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD). El otro convenio adoptado en esta conferencia fue el Convenio Marco sobre Cambios Climáticos.

El Convenio sobre la Diversidad Biológica entró en vigor el 29 de diciembre del pasado año 1993.

En la conferencia también se adoptaron importantes documentos de políticas: la Declaración de Río, la "Declaración de Principios para un consenso global sobre el manejo, conservación y desarrollo sustentable de toda clase de bosques" y la Agenda 21.

---

* Ponencia presentada al primer Congreso Venezolano de Derecho Ambiental, patrocinado por la Fundación Jurídica Venezolana para la Defensa de la Calidad de Vida (REJUCAVI) y la Fundación Procuraduría General de la República. Caracas 1994.

La Agenda 21 es un documento voluminoso que detalla las estrategias de gobierno necesarias para el desarrollo sustentable de los pueblos.

A pesar de la importancia de la Agenda 21 y los demás documentos citados, entre todos ellos el que ha provocado mayor interés y expectativas es el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

II. Antecedentes

Como lo hace notar De Klemm, diferentes temas de la conservación de la diversidad biológica se han regulado desde hace bastante tiempo en convenios internacionales que se encuentran todavía vigentes. Sin contar con varias convenciones regionales, a nivel global cuatro convenios abarcan importantes sectores de la diversidad biológica: el Convenio de Ramsar sobre Humedales de Importancia Internacional, de 1971; el Convenio para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, de 1972; el Convenio sobre Comercio Internacional de Especies de Fauna y Flora en Peligro de Extinción (CITES), de 1973; y el Convenio de Conservación de Especies Migratorias de Animales Silvestres, o Convenio de Bonn, de 1979[1].

Pero, incluso de tomarse conjuntamente, los citados instrumentos son de naturaleza demasiado puntual para asegurar la conservación global de la biodiversidad. En consecuencia, el Convenio sobre la Diversidad Biológica constituye un mecanismo jurídico que comprende los diferentes aspectos de la biodiversidad en forma conjunta a nivel global.

Pero además, este Convenio sobre la Diversidad Biológica incluye aspectos no contemplados anteriormente en otros convenios, como:

- "conservación *in situ* y *ex situ* de especies domésticas y silvestres;
- uso sustentable de los recursos biológicos;
- acceso a los recursos genéticos y la tecnología relevante, incluyendo la biotecnología;
- acceso a los beneficios derivados de esas tecnologías;

1 De Klemm. Cyrille *The Implementation of the Convention on Biological Diversity.* Santiago. 1993. p. 2.

- seguridad de actividades relacionadas con organismos vivientes modificados y provisión de apoyo financiero nuevo y adicional"[2].

III. Principales cuestiones para el cumplimiento del convenio

En un par de documentos anteriores sobre este tema, el autor del presente informe trató de resumir las principales actividades necesarias para el cumplimiento del Convenio sobre la Diversidad Biológica[3]. Así, se afirmó que son actividades relevantes para efectos legales y administrativos de la conservación y uso de la diversidad biológica, sin ser una lista exhaustiva:

i. Políticas

1. Elaboración y adaptación de políticas globales de conservación de la diversidad biológica;
2. Integración del concepto de diversidad biológica en las políticas sectoriales existentes;
3. Determinación de incentivos;
4. Cooperación internacional.

ii. Conservación

1. Identificación, seguimiento y registro de los componentes de la diversidad biológica;
2. Conservación y utilización sustentable de la diversidad biológica;
3. Acceso a tecnologías de conservación y utilización sustentable de la diversidad biológica;

---

2 Glowka, Lyle and Françoise Burhenne-Guilmin; in collaboration with Hugh Synge, Jeffrey A. McNeely and Lothar Gundling. *A Guide to the Convention on Biological Diversity*. IUCN. Bonn, 1994. pp. 3-4. Nota: por contar sólo con un borrador al escribir este informe, los números de página con que se citará este importante trabajo son tan sólo referenciales.

3 Pérez, E. Enfoques legales e institucionales de la conservación de la diversidad biológica. Taller Suramericano sobre la Convención de la Biodiversidad. Quito, 1993; y La Convención sobre la Diversidad Biológica. Memorias del Taller Regional sobre Biodiversidad. Parlamento Amazónico. Quito, 1994.

4. Protección de áreas específicas. incluyendo áreas protegidas, y zonificación y control de los usos del suelo;
5. Evaluación del impacto ambiental.

iii. Recursos genéticos

1. Acceso;
2. Investigación y tecnología que usa los recursos genéticos;
3. Acceso a tecnologías que conservan la diversidad biológica, usan sus componentes y utilizan los recursos genéticos y su transferencia;
4. Distribución de los beneficios.

iv. Comercialización y uso

1. Propiedad intelectual de productos y mecanismos;
2. Utilización de productos comerciales provenientes de los recursos genéticos;
3. Derechos y regalías por el uso y comercialización del producto.

v. Educación e información

1. Educación y capacitación;
2. Intercambio de información.

IV. El acceso a los recursos genéticos

El contenido del Convenio sobre Diversidad Biológica

Los temas contenidos en el Convenio sobre la Diversidad Biológica son fundamentales para el desarrollo sustentable de las naciones: inserción de los criterios de la biodiversidad en las políticas de los países. estudios de impacto ambiental, desarrollo de un sistema de áreas protegidas. No obstante, en estos rubros se puede decir que la Convención es básicamente programática, antes que dispositiva.

En cambio, en la cuestión del aprovechamiento de la diversidad biológica. los temas de fondo el Convenio tiene un enfoque más normativo donde establece procedimientos, como en: acceso a los recursos genéticos, distribución de los beneficios y acceso a la tecnología, incluyendo la biotecnología.

El mensaje de la Convención es que la diversidad biológica está ahí para aprovecharse. Por eso el Convenio se apartó del uso corriente del término "conservación", que implica tanto preservación como uso; y prefirió referirse a la conservación y además expresamente al aprovechamiento —el uso sustentable. Con esto se pretendió enfatizar la abrumadora importancia que los países, especialmente los países en desarrollo, atribuyen al uso de sus recursos biológicos[4]:

> Artículo 1. Objetivos:
> "... la conservación de la diversidad biológica, la utilización sustentable de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos ...".

Otro punto fundamental que contempla la Convención es el reconocimiento de la competencia de los Gobiernos nacionales en la determinación del acceso a los recursos genéticos, claramente dispuesta en el Artículo 15 del Convenio. Esto se da, sin perjuicio de las delegaciones de los gobiernos nacionales a sus secretarias y dependencias, a sus estados federales o la descentralización territorial o funcional que cada Estado tiene libertad para determinar.

El artículo 15, del Convenio sobre la Diversidad Biológica

El acceso a los recursos genéticos es uno de los aspectos claves del cumplimiento de la Convención sobre la Diversidad Biológica, sin perjuicio de reconocer la importancia fundamental de los demás elementos, especialmente lo relacionado con la conservación de los recursos.

El Art. 15 del Convenio trata sobre el "Acceso a los recursos genéticos" en forma bastante detallada en siete parágrafos. Estos se podrían resumir de la manera siguiente:

1. Reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos genéticos;
2. Compromiso de las Partes de facilitar y no imponer restricciones al acceso a los recursos genéticos;
3. Estas normas se aplican sólo a las partes del Convenio;
4. El acceso se deberá producir en términos mutuamente convenidos;

4 Glowka, L. y Burhenne-Guilmin, F. Ob. cit. p. 6.

5. El acceso estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la Parte proveedora de los recursos;
6. Se promoverán las investigaciones científicas basadas en los recursos genéticos, intentando que ellas se conduzcan con la participación de la parte proveedora y en su territorio propio.
7. Los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y los beneficios se compartirán con la parte proveedora de los recursos.

Aspectos de la normativa aplicable para la determinación de acceso y los contratos de prospección y uso de recursos genéticos

El numeral 4. del Art. 15 del Convenio sobre la Diversidad Biológica dispone:

"Cuando se conceda acceso, éste será en condiciones mutuamente convenidas y estará sometido a lo dispuesto en el presente artículo".

Las "condiciones mutuamente convenidas" son el tema del presente informe. Las condiciones esenciales del acceso serán necesariamente las contenidas en los numerales del Art. 15.

A pesar de constar en forma suficientemente clara en el texto del Convenio, cabe enfatizar que los objetivos centrales del Convenio son la conservación y el aprovechamiento de la diversidad biológica.

El mensaje del Art. 15 es de "crear condiciones para facilitar el acceso a los recursos genéticos ... y minimizar las restricciones"[5], como derecho de los Estados partes del convenio de determinar el acceso, que tiene como contraparte la obligación de facilitar ese acceso.

Esta obligación se debe interpretar como el libre acceso a quienes cumplan con las razonables condiciones impuestas por el Estados que tengan las características de ser iguales para todos los requirientes.

Obviamente, las condiciones de acceso pueden ser de tal naturaleza que en la práctica se imposibilite la aceptación por parte de posibles requirientes. Esta situación, sin duda puede darse, porque el Convenio establece las condiciones mínimas, pero no obsta para que los Estados partes apliquen las leyes existentes para el acceso a los recursos biológicos o establezcan adicionales para el acceso a los recursos genéticos.

5 Glowka, L. y F. Burhenne-Guilmin. *A Guide to the Convention on Biological Diversity*. IUCN. 1994. p. 105.

En caso de establecerse condiciones no razonables que desestimulen el acceso por potenciales prospectores, no se considera que se estaría cumpliendo con la facilitación y especialmente se estaría descartando el principal apoyo para la conservación de la diversidad biológica que es su aprovechamiento sustentable.

La propiedad estatal sobre los recursos de la biodiversidad, en los países con regímenes de derecho público romano-napoleónico, califica a estos recursos como pertenecientes al dominio público. Significa que, en principio, su disposición tiene que ser normada por ley. Pero, en defecto de éstas, cabe aplicar conjuntamente las normas vigentes sobre:

1. disposición de recursos biológicos; y,
2. los principios doctrinales del derecho público y de la contratación administrativa.

En lo referente a los recursos biológicos. todos los países sudamericanos cuentan con normativa sobre fauna y flora silvestre, que incluye su prospección, colección, comercialización y conservación, además de las normas sobre comercio internacional de fauna y flora en peligro de extinción constante en el Convenio CITES.

A falta de otras normas sustantivas, es obvio que las normas a ser aplicadas para el acceso a los recursos genéticos deberán ser:

1. Las provisiones auto-ejecutables del Convenio sobre la Diversidad Biológica, cuando este haya sido ratificado en el país respectivo;
2. En los aspectos no contemplados en las normas autoejecutables del Convenio sobre la Diversidad Biológica o a falta de ratificación de éste, las normas generales vigentes sobre acceso a los recursos biológicos.

V. Antecedentes del derecho público del contrato de aprovechamiento de los recursos genéticos

1. Dominio público

Los regímenes romano-franceses de derecho público establecen un régimen de dominio público, diferente del dominio privado del Estado.

La doctrina española del dominio público se ha referido al "dominio público natural", donde se distingue a los bienes de "uso

común" y los "bienes destinados al fomento de la riqueza natural" (montes -bosques- y minas), no obstante que el Art. 132 de la Constitución española claramente define a los "bienes de dominio público estatal" como aquellos que determine la ley, incluyendo sin embargo "la zona marítimo terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental"[6].

En cambio, el Código del Dominio del Estado de Francia, se refiere a "bienes que no son susceptibles de una propiedad privada en razón de su naturaleza o su destinación", definición que al decir de Auby y Bon, "se considera por la doctrina extremadamente criticable"[7]. Sobre este punto se puede concluir afirmando con Diez que no hay bienes públicos por naturaleza: solamente la ley puede servir de fundamento para que un bien tenga el carácter dominical"[8].

Además de esta antigua clasificación de los bienes nacionales de uso público y bienes fiscales; la normativa de conservación ha introducido nuevas figuras jurídicas en el *Patrimonio Forestal* y el *Patrimonio de Areas Protegidas*, como las "áreas silvestres" [9] o el *Patrimonio Cultural* del Estado, contemplados en la Ley Forestal y de Conservación de Areas Protegidas y Vida Silvestre y la Ley de Patrimonio Cultural del Ecuador[10], bienes considerados como inalienables e imprescriptibles. Esta normativa también incluye a los ejemplares de la fauna silvestre como bienes muebles del dominio público del Estado.

En general, la tendencia es de incluir en las disposiciones constitucionales a los recursos naturales como partes del dominio público del Estado. La Constitución peruana de 1993 dispone que "los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento" (Art. 66).

---

6 GUAITA, Aurelio. *Derecho Administrativo. Aguas. Montes. Minas.* Editorial Civitas. Madrid, 1986. pp. 26-34.

7 AUBY, Jean Marie y Pierre Bon. Droit *Administratif des Biens.* Dalloz. París, 1993 p. 12.

8 DIEZ, Manuel María. *Derecho Administrativo.* Plus Ultra. Buenos Aires, 1987. T. IV. p. 445.

9 L. 74. "Ley Forestal y de Conservación de Areas Naturales y Vida Silvestre". RO 64 del 24 de agosto de 1981. L. 08. *Ley de creación del INEFAN.* ro 27 del 16 de septiembre de 1992.

10 DS 3501. RO 865 del 2 de julio de 1979.

Esta tendencia concuerda con la determinación del Art. 15.1. de la Convención, que afirma el "reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales".

Una de las consecuencias de esta distinción entre dominio público y dominio privado del Estado se declara en el Código Civil de 1982 de Venezuela, que distingue: "Los bienes del dominio público son inalienables; los del dominio privado pueden enajenarse de conformidad con las leyes que les conciernen".

En general la prohibición de enajenar el dominio público del Estado, no excluye su disposición a través de las figuras de derecho administrativo: concesión, autorización, permiso y en general la contratación pública o administrativa.

2. Contratación pública

El Art. 15 del Convenio se remite a la facultad del Estado para "regular el acceso a los recursos genéticos", lo que se debe manifestar en principio en un contrato de acceso.

La doctrina del Derecho Administrativo discute si el contrato que celebra el Estado, sujeto a las normas del derecho administrativo. es un acto administrativo bilateral o un acuerdo de voluntades, en este aspecto similar al contrato privado. Sobre la concesión, se discute si es un acto unilateral o bilateral.

En la doctrina de la concesión de dominio público, aplicable a materias como la minería por ejemplo, se han utilizado ambas figuras, dándose indistintamente en la legislación latinoamericana sobre este tema la concesión como acto unilateral del Estado y el contrato de concesión. En todo caso, después de casi un siglo de discusiones sobre la naturaleza del contrato de concesión, hoy día este contrato se considera por la doctrina francesa como un convención de efectos reglamentarios[11].

Todas estas cuestiones resultan importantes para determinar no sólo cual sería la naturaleza de los contratos de acceso sino especialmente, en forma por demás relevante, cuál es la normativa aplicable a los contratos de acceso cuando no existe una ley específica que los regule.

---

11 LAUBADERE, A. de; F. Moderne y P. Devolvé. *Traité de Contrats Administratifs*. LGDJ. París, 1983. T. I, p. 295. pp. 101 y 294.

Los principios generales de la contratación pública establecen que en caso de no existir normas expresas para una contratación determinada se aplicará el principio de la *libre elección*, lo cual no significa ausencia de selección, ni incumplimiento de los criterios mínimos de *publicidad y concurrencia, igualdad* y *motivación.*

La libre elección como principio general

No todo contrato de la Administración debe necesariamente concluirse previa adjudicación pública, afirma Jeze; que continúa diciendo: "La regla cierta del derecho público francés es que la Administración elige libremente, discrecionalmente, a su cocontratante. La excepción es que la competencia de la Administración está trabada desde este punto de vista, y que debe procederse por el sistema de la adjudicación pública" [12]. Esta norma aparece relegando la libre elección del cocontratante a casos de excepción, al decir de Berçaitz; puesto que las más de las veces, la elección se cumple mediante un procedimiento especial[13].

La forma prevaleciente del contrato administrativo es la de un contrato de adhesión, en el cual la Administración pública formula las normas a que debe ajustar su conducta el cocontratante[14].

Si el principio de la libertad de contratación es la regla y los sistemas restrictivos la excepción, se deduce que tales principios sólo deben ser aplicados, obligatoriamente, a los casos específicamente determinados por la legislación administrativa vigente, dice Escola[15].

Escola considera que el principio de la libre contratación resulta perfectamente acorde con la práctica de la administración pública, que actúa siempre con arreglo a los principios de libertad y discrecionalidad en el dictado de esa vasta gama de actos que son los actos administrativos[16].

---

12 JEZE, Gastón. *Principios Generales del Derecho Administrativo.* Tomo IV. Teoría General de los Contratos de la Administración. Primera Parte. Formación. Ejecución de los Contratos. Depalma. Buenos Aires, 1950. p. 76.

13 Para Canasi, en materia de contratos administrativos, la licitación pública es la regla. siendo la excepción la licitación privada o contratación directa. Canasi, José. *Derecho Administrativo.* Vol II. Parte Especial. Depalma. Buenos Aires, 1984. p. 513.

14 BERÇAITZ. *Teoría General de los Contratos Administrativos.* Depalma. Buenos Aires, 1980. 312.

15 ESCOLA, J.H. *Tratado Inteqral de los Contratos Administrativos.* Depalma. Buenos Aires, 1977. T. I., p. 316.

16 ESCOLA J.H. Ob. cit., T. I., p. 314.

No obstante, opina el autor citado, se impone el cumplimiento de actividades que deben respetarse siempre en el accionar público. Así, aún en los casos de libre contratación el procedimiento debería ser: 1) suficientemente publicitado; y, 2) las decisiones estarán debidamente motivadas[17].

De hecho ocurre también que se dictan disposiciones generales indistintamente para todo tipo de contratos públicos, como hace la legislación española. Dice el Art. 10 del Reglamento General de Contratación, de España: "Son reglas generales sobre preparación, competencia y adjudicación aplicables *a todos los contratos del Estado,* salvo que sus normas administrativas especiales dispongan lo contrario, las siguientes:". En cuyo caso, la regulación del contrato público pasa a ser la regla general. La regla del numeral 5 del artículo 10 citado, señala como una de las reglas para todos los contratos: "la adjudicación ... atendiendo a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que esto no sea posible o conveniente a los intereses públicos" y el numeral 6: "la formalización del contrato en documento notarial o administrativo"; lo que prácticamente elimina la libre contratación.

En efecto, las excepciones que se determinan serían propiamente, si tal es el caso, contrataciones directas, mas no libre contratación. Más adelante, en su Art. 13, dice el citado Reglamento: "Cuando se trate de contratos que carezcan en el ordenamiento jurídico de régimen específico, como los atípicos o innominados, deberán cumplirse en todo caso las reglas generales sobre preparación, competencia y adjudicación indicadas en el artículo 10...".

En conclusión, las disposiciones de los artículos 10 y 13 se aplicarán a todos los contratos del Estado que no tienen un trámite especial. En la contratación directa se aplicarán las normas expresamente determinadas para esa clase de contratos.

La contratación directa

Según Dromi, la contratación directa es un procedimiento por el cual el Estado elige directamente al co-contratante, sin concurrencia u oposición, de la misma forma que entre particulares[18].

---

17 ESCOLA J.H. Ob. cit., T. I, p. 315.

18 DROMI. *La Licitación Pública.* Astrea. Buenos Aires, 1985. pág. 95.

Libre contratación y contratación directa

Se había citado a Jeze, que afirma que la *regla cierta del derecho público francés es que Administración elige libremente, discrecionalmente, a su cocontratante.* Insiste Jeze: "...cuando respecto a determinado contrato, no hay texto alguno que imponga la adjudicación... la Administración no viola ninguna regla de derecho, no excede su competencia, al concluir un contrato privado" [19], vale decir al no recurrir a la adjudicación.

Para Escola, la diferencia entre libre contratación y contratación directa estriba en que la primera es el principio general —originario y genérico, en palabras de Marienhoff— mientras que la contratación directa, a pesar de las similitudes, no deja de ser un sistema de restricción —específica y a lo sumo subsidiaria—, dice Merienhoff: como cuando se aplica ante el fracaso de una licitación[20].

Las principales diferencias entre ambas clases de contrataciones son:

1. La libre contratación es la regla general; la contratación directa sólo aplica en los casos expresamente determinados por la ley;
2. En la libre contratación, la Administración elige libre, discrecionalmente, sin requisitos especiales al cocontratante, sin tener que cumplir para ello, en forma previa, con ningún requisito especial[21]; en la contratación directa, en cambio, "debe preparar los mismos pliegos de condiciones, generales y especiales, y las especificaciones técnicas que realiza para los casos de licitación ... Esto hace que aun en los supuestos de contratación directa, el contrato administrativo mantenga sus características de contrato de adhesión, aun cuando la administración pública admita variantes que no afecten el objeto del contrato[22].
3. Si existe la libre contratación corresponde a la Administración resolver que la elección del contratista se haga siguiendo algunos de los sistemas de restricción, tal como ellos existen o introduciendo las modificaciones que juzgue apropiadas; en cambio, en la contratación directa, que es un sistema de restricción, no cabe omitir la omisión de

19 JEZE. Ob. cit. p. 77.
20 ESCOLA. *Contratos Administrativos.* T. I. p. 361.
21 ESCOLA. *Contratos Administrativos.* p. 313.
22 ESCOLA. *Contratos Administrativos.* p. 350.

sus requisitos obligatorios expresados líneas arriba, hasta el punto que su omisión invalidará totalmente el contrato, con una invalidez que podrá ser invocada hasta por terceros interesados[23].

VI. Reflexión sobre algunas cláusulas del contrato de acceso

1. Partes del convenio y partes del contrato

A lo largo de toda la Convención se maneja un equívoco por otra parte inevitable, acerca de las Partes —con mayúscula— del Convenio. En este caso del Convenio sobre la Diversidad Biológica, obviamente las Partes sólo pueden ser Estados, como sujetos de derecho internacional. Los sujetos de derecho internacional que no son Estados. como Naciones Unidas y otras instituciones internacionales reconocidas no fueron Partes del Convenio.

No obstante, la contratación de aprovechamiento de recursos genéticos se va a llevar a cabo principalmente con particulares, los que serán partes contratantes —con minúscula. Estas partes con minúscula, por lo menos según la interpretación de los Estados Unidos[24], no están obligados por el Convenio, pero indudablemente que si estarán obligados por:

1. la legislación nacional del lugar donde se lleva a cabo el acceso. Como se ve en otra parte de este informe, todas las legislaciones nacionales sudamericanas contemplan provisiones relativas a los recursos biológicos de fauna y flora; y,

---

23 ESCOLA. *Contratos Administrativos.* T. I., p. 316-317.

24 NIJAR, Gurdial Singh & CHEE YOKE Ling. *The Implication of the Intelectual Property Rights Reqime of the Convenion on Biological Diversity and GATT on Biodiversity Conservation: A Third World Perspective. En Wideniny Perspectives on Biodiversity.* Editado por Krattinger, McHeely, Lessr, Miller, St. Hill y Senanayake. UICN, Ginebra, 1994. p. 284. Según los autores del artículo, la interpretación norteamericana, entre otras cosas, afirma que: "las obligaciones se restringen a los Estados y no a las compañías del sector privado, a pesar de que se reconoció el papel del sector privado como dueños de la tecnología".

2. las provisiones del contrato, conforme las reglas comunes de la doctrina contractual que dispone que el contrato es ley para las partes, reflejado en el aforismo latino: *pacta sunt servanda.*

Por esto, no parece aplicable, por lo menos en los países con derecho público romano-napoleónico, la afirmación de Glowka de que a falta de un procedimiento legalmente establecido para el consentimiento del Estado Parte, se pierde su "capacidad para controlar el acceso del usuario, a menos, por supuesto, que el usuario voluntariamente decida pedir el consentimiento de la Parte" [25].

La referencia al régimen de derecho público romano-napoleónico procede en vista del enfoque de dominio público que se desarrolla en otra parte de este informe. Conforme a lo dispuesto en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, los recursos de la diversidad biológica pertenecen al dominio público del Estado y no pueden los particulares disponer de ellos sin el debido consentimiento.

Cabe entonces reiterar que en caso de ausencia de procedimiento legalmente establecido para la determinación del acceso, todavía resultan vigentes las obligaciones de los particulares establecidas en la normativa de flora y fauna y, adicionalmente. las obligaciones impuestas en los contratos respectivos.

Otro factor del aprovechamiento de la diversidad biológica concerniente a las "partes" es la norma jurídica y de sentido común que los términos del contrato no pueden obligar a terceros. Sin embargo, lo usual en el aprovechamiento de la biodiversidad es la existencia de por lo menos tres "partes": el Estado, los colectores y los procesadores. Por la forma como se desarrolla esta actividad actualmente. los contratos tienden a ser entre el Estado y los colectores: Por otra parte. los colectores norman sus relaciones con los procesadores a través de otros contratos, en los que no es parte el "Estado Parte".

En el aprovechamiento de "los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales... para la conservación y utilización sustentable de la diversidad biológica", tampoco es seguro si las partes deberían de ser comunidades singularizadas. En efecto, existen prácticas, conocimientos e innovaciones que son comunes a poblaciones desperdigadas en vastas regiones, incluyendo a veces más

25 GLOWKA y BURHENNE-GUILMIN *Ob. cit.* p 112.

de uno o dos países. En este caso, establecer contratos donde una "parte" es solamente una comunidad específica, parecería despojar a otros individuos o comunidades de sus derechos legítimos. Inevitablemente, el Estado o una de sus entidades tendrá que ser parte del contrato y diseñar formas de distribuir los beneficios resultantes.

En todo caso, sin insistir demasiado en este tema, cabe llamar la atención sobre el hecho de que la Convención establece en todo su articulado referencias a "cada Parte Contratante" y que estas Partes Contratantes son las que suscribieron el Convenio sobre la Diversidad Biológica y no son necesariamente las partes que suscriben o vayan a suscribir los contratos de aprovechamiento de la biodiversidad.

2. Acceso, colección, aprovechamiento

En vista de que el Art. 15 del Convenio alude al "acceso" y en otro numeral se establece el requerimiento de "compartir", se han dado propuestas donde la "determinación de acceso" correspondería al Estado, mientras que el contrato propiamente podría ser celebrado por comunidades o en general por particulares en cuyos territorios o tierras se encuentren los recursos.

Sin duda que sería posible que un Estado disponga en forma expresa este esquema en su legislación. pero en los países latinoamericanos no sería usual ni concordante con el régimen de derecho público existente, en lo relativo a la disposición del dominio público.

En todo caso, es adecuado distinguir entre la determinación de acceso y el aprovechamiento. El acceso es básicamente común a todas las actividades de "colección" de material biológico. Solamente el "aprovechamiento" es el que determinará la distinción entre simple aprovechamiento de recursos biológicos y aprovechamiento de recursos genéticos, este último sujeto a la Convención y las leyes sobre biodiversidad.

3. Beneficios

El numeral 7 del Art. 15 se refiere la necesidad de acordar mutuamente los mecanismos para "compartir" los resultados de las investigaciones y los beneficios de la utilización comercial y de otra índole.

Estos beneficios básicamente serán: 1. Comerciales; y, 2. Tecnológicos.

Beneficios comerciales

Los beneficios derivados de la explotación comercial son en primer lugar regalías. pero también podría incluir las tasas de prospección y colección, esto es, antes que los potenciales resultados se produzcan. También se ha mencionado la posibilidad de que se otorguen franquicias en condiciones concesivas a los países de origen de los recursos. Se ve como un poco más difícil que los ostentores de una patente resultante de recursos genéticos acepten compartir su propiedad con el Estado parte que suministra los recursos o con una comunidad local.

Beneficios tecnológicos

El Art. 1° de la Convención, sobre los objetivos, señala como medios de alcanzar esos objetivos, "una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta los derechos sobre ... esas tecnologías".

El Art. 15 promueve la conducción de investigaciones científicas en el país que aporta los recursos genéticos, lo que representa un forma de transferencia de tecnología. Los artículos 16 y 19 se refieren en forma expresa a dos tipos de transferencia de tecnología, que se confunden con frecuencia en las discusiones sobre este tema:

1. Acceso y transferencia de "tecnologías pertinentes" (Art. 16, 1):

a. "para la conservación y utilización sustentable de la diversidad biológica, o",

b. "que utilicen recursos genéticos".

Caben por lo menos tres observaciones:

A. En primer lugar, la referencia a "tecnologías pertinentes" se puede referir a tecnologías locales, vale decir de la región de origen de los recursos genéticos, para la conservación y uso sustentable de la diversidad biológica y de los recursos genéticos. En este caso, se entiende que este tipo de conocimiento es o se puede considerar formalmente una tecnología. En este caso se encuentran la llamada "utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad

con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o utilización sustentable (Art. 10, c)".

La equivalencia de material genético=tecnología es desarrollado por Lesser y Kratinger, quienes afirman: "El material genético también es una tecnología, porque es el medio para desarrollar una gama de nuevos productos... Las tecnologías bajo consideración —germoplasma— son productos con frecuencia derivados de la naturaleza" [26].

B. Si se trata de conocimientos provenientes de utilización consuetudinaria, más que un "resultado" o un "beneficio derivado" a ser compartido "en forma justa y equitativa" por las partes, resulta en realidad ser parte indivisible del recurso, de hecho un recurso mismo de la biodiversidad, conforme al enfoque del Convenio. En tal caso, más que un resultado de un acuerdo de acceso, es parte del objeto mismo del contrato.

C. Pero también se debe entender que estas tecnologías pertinentes para conservar la biodiversidad o usar los recursos genéticos puedan no ser locales, es decir ser externas a la región o al territorio del Estado Parte que suministra los recursos genéticos. Esto por ejemplo se comprende en el Art. 12. c), donde se promueve "la utilización de los adelantos científicos en materia de investigaciones sobre la diversidad biológica para la elaboración de métodos de conservación y utilización sustentable de los recursos biológicos". En este caso, el beneficio lo recibe el Estado Parte que es proveedor de los recursos genéticos.

2. Los otros beneficios "tecnológicos" a compartirse son:

a. Participación en las actividades de investigación biotecnológica basada en los recursos genéticos, preferiblemente a llevarse a cabo en el país que aporta los recursos (Art. 19, 1).

---

26 LESSER, W.H. y KRATTINGER, Anatole F. Marketing 'Genetic Technologies' in South-North and South-South Exchanges: The Proposed Role of a New Facilitating Organisation. En Widening Perspectives on Biodiversity. UICN. Ginebra. 1994. pp. 292 y 295.

b. "Acceso prioritario" de las partes contratantes a los "resultados y beneficios derivados de las biotecnologías". Se especula que una forma de obtener esto podría ser a través de términos concesivos en la franquicia del producto en el país proveedor de los recursos genéticos.

Resulta claro que toda prospección, colección e investigación potencialmente se podrá aprovechar comercialmente, pero podrá originalmente tener finalidades principalmente científicas, en cuyos casos no se podrá hablar de beneficios consistentes en regalías o porcentajes de venta ni franquicias.

Aun este caso se podría estipular algún tipo de pago, tal vez por la prospección y la colección. pero especialmente serán plenamente válidos los compromisos de transferencia de tecnologías, en el sentido que se discutió líneas arriba.

Compartir los resultados y beneficios

Como se menciona más arriba, uno de los tres principales objetivos que destaca el Art. 1° del Convenio es "la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos".

Por otra parte. el Art. 15, utiliza la palabra "compartir". Conforme el texto de este artículo, la acción de "compartir" los resultados y beneficios se debe producir entre el Estado parte y el adquiriente de los recursos —a pesar de que el convenio habla de "compartir" entre "las Partes contrantes" (Art 15 7) Pero el término "compartir" también se refiere a los "beneficios derivados de la utilización de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales (Art. 8, k).

En cuanto a compartir los beneficios entre el Estado Parte y las partes contractuales, esto se producirá en el contrato. No obstante, para este aspecto, se hubiera podido utilizar otro término, porque la palabra compartir, connota la idea de asociación, que no es el caso o podría no ser el caso. En general, en los contratos públicos del Estado relacionadas con recursos naturales, sí existen contratos de asociación (como ciertos modelos de contratos petroleros). Pero en general para el acceso a los recursos genéticos el Estado realiza un contrato que incluye una "autorización", "concesión" o "permiso", por lo que carga tarifas o tasas. Sobre los resultados puede también cargar regalías y, por supuesto, también impuestos y contribuciones. Incluso hay propuestas de que el

Estado Parte debería ser copropietario de las patentes resultantes de las investigaciones sobre recursos genéticos.

Además, la utilización de este término "compartir" implica que el Estado no recibiría nada en el momento en que el acceso a los recursos no tenga ningún resultado comercial, como será la mayor parte de las veces.

Otro "compartir" es el definido en el Art. 8, k. Cuando existen "beneficios derivados de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales" el Estado Parte "fomentará que ... se compartan adecuadamente".

La forma que deberá tomar esta "distribución" es una de los aspectos más indefinidos de la Convención y sobre el que más especulaciones se han tejido.

El más importante impedimento para diseñar a corto plazo un mecanismo de distribución de los beneficios a las comunidades es que estos "conocimientos, innovaciones y prácticas" son en general comunes a grupos dispersos en diferentes regiones de un país y en ocasiones de dos o más países. Si se decide que los grupos locales e indígenas de más de un país se deben beneficiar de algún tipo de beneficios, la tendencia será de proponer fondos regionales. La burocratización que usualmente caracteriza a estos mecanismos hace temer que los beneficios llegarían diluidos a las comunidades. Uno de los más importantes desafíos de la aplicación del Convenio sobre la Diversidad Biológica y particularmente del acceso a los recursos biológicos será la implementación de este artículo sobre la distribución de este tipo de beneficios.

VII. Conclusión: ¿Ley o legislación sobre biodiversidad?

Como se ha hecho notar, el Convenio tiene disposiciones programáticas y normativas sobre variados aspectos, la mayoría de ellos ya regulados por las legislaciones nacionales.

Todos o la mayoría de los países latinoamericanos tienen leyes sobre áreas protegidas, estudios de impacto ambiental, derechos intelectuales, flora y fauna, tecnología y transferencia de tecnología, entre los temas principales. Asimismo, una variada gama de instituciones públicas manejan aspectos de planificación, administrativos, ambientales, sanitarios, comerciales y científicos de estas actividades.

En este contexto, es difícil visualizar qué enfoque podría adoptar una "Ley de la Diversidad Biológica", como se ha propuesto en casi todos los países latinoamericanos —de hecho una ley de estas se ha aprobado en Bolivia.

Una Ley de la Diversidad Biológica, en forma genérica, tendría que repetir los conjuntos de leyes sobre los temas descritos, lo que en efecto se constituiría en una codificación; o también podría reformar íntegramente la normativa sobre esos tópicos. En ambos casos los resultados no parecen justificar los esfuerzos.

Por otra parte, se ve que el área del acceso es de fundamental importancia en el proceso del aprovechamiento de los recursos genéticos. Parece entonces adecuado que el proceso normativo de la diversidad biológica comience por definir los principales aspectos del acceso, antes que buscar una legislación demasiado amplia y comprensiva.

Bibliografía

Auby, Jean Marie y Pierre Bon. *Droit Administratif des Biens.* Dalloz. París, 1993.

Berçaitz. *Teoría General de los Contratos Administrativos.* Depalma. Buenos Aires, 1980.

Canasi, José. *Derecho Administrativo.* Depalma. Buenos Aires, 1984. IV Tomos.

De Klemm, Cyrille. *The Implementation of the Convention on Biological Diversity.* Santiago, 1993.

Diez, Manuel María. *Derecho Administrativo.* Plus Ultra. Buenos Aires, 1987. VI Tomos.

Dromi. *La Licitación Pública.* Astrea. Buenos Aires, 1985.

Escola, J.H. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos.* Depalma. Buenos Aires, 1977. II Tomos.

Guaita, Aurelio. *Derecho Administrativo. Aguas. Montes, Minas.* Editorial Civitas. Madrid, 1986.

Glowka, L. y F. Burhenne-Guilmin. *A Guide to the Convention on Biological Diversity.* IUCN. Bonn, 1994.

Laubadere, A. de; F. Moderne y P. Devolvé. *Traité de Contrats Administratifs.* LGDJ. París, 1983. II Tomos.

Lesser, W.H. y Anatole F. Krattinger. *Marketing 'Genetic Technologies' in South-North and South-South Exchanges: The Proposed Role of a New Facilitating Organisation. En Widening Perspectives on Biodiversity.* UICN. Ginebra, 1994.

Nijar, Gurdial Singh & Chee Yoke Ling. *The Implication of the Intelectual Property Rights Regime of the Convenion on Biological Diversity and GATT on Biodiversity Conservation: A Third world Perspective. En Widening Perspectives on Biodiversity.* Editado por Krattinger, McHeely, Lessr, Miller, St. Hill y Senanayake. UICN, Ginebra, 1994.

Pérez, E. *Enfoques legales e institucionales de la conservación de la diversidad biológica.* Taller Suramericano sobre la Convención de la Biodiversidad. Quito, 1993; y *La Convención sobre la Diversidad Biológica.* Memorias del Taller Regional sobre Biodiversidad. Parlamento Amazónico. Quito, 1994.

Jeze, Gastón. *Principios Generales del Derecho Administrativo.* VI Tomos. Depalma. Buenos Aires 1950.