

EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL ESTATUTO DE LOS RECURSOS GENÉTICOS

José Roberto PÉREZ SALOM*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.— I. LA TENSIÓN ENTRE LA INTERNACIONALIZACIÓN Y LA NACIONALIZACIÓN DE LOS RECURSOS GENÉTICOS: 1. *La tendencia a la internacionalización: propuestas doctrinales e institucionales*: A. La postura de la doctrina: a) Los recursos genéticos como patrimonio mundial; b) Los recursos genéticos como patrimonio común de la Humanidad. B. Los instrumentos internacionales: a) El informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. b) La obra de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO); c) El proyecto de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y sus Recursos (UICN). 2. *La tendencia a la nacionalización: la postura de los países en desarrollo*.— II. EL PREDOMINIO DE LAS TESIS NACIONALIZADORAS: EL CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA: 1. *Los trabajos preparatorios del Convenio sobre la Diversidad Biológica*. 2. *Los elementos de internacionalización: el concepto de interés común de la Humanidad*: A. La consagración internacional del concepto de interés común de la Humanidad; B. La conservación de la diversidad biológica, interés común de la Humanidad. 3. *Los elementos de nacionalización: el principio de la soberanía estatal sobre los propios recursos naturales*: A. La consagración internacional del principio de la soberanía permanente de los Estados sobre los propios recursos naturales. B. Los derechos soberanos de los Estados sobre los propios recursos biológicos.— III. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

La adaptación y adecuación permanentes de los seres vivos a las condiciones variables de la biosfera durante los últimos 3. 000 millones de años han conducido a la aparición sobre el planeta de un conjunto de formas de vida

* Becario para la Formación de Profesorado Universitario y Personal Investigador del Ministerio de Educación y Ciencia en el Departamento de Derecho Internacional de la *Universitat de València (Estudi General)*.



extraordinariamente rico y complejo. La variedad de organismos vivos de cualquier origen es conocida como diversidad biológica o biodiversidad.

El Convenio sobre la Diversidad Biológica¹ es el instrumento internacional de ámbito universal que tiene como objetivo la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de los recursos biológicos y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de los recursos genéticos². El artículo 2 del Convenio establece que la diversidad biológica consiste en la "variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies, y de los ecosistemas".

La diversidad biológica incluye, pues, la diversidad dentro de cada especie, más conocida como diversidad genética. El Convenio sobre la Diversidad Biológica no contiene una definición del término, pero la diversidad genética es definida por los expertos como la variabilidad de la información genética contenida en los genes de los especímenes de todas las especies de vegetales, de animales o de microorganismos que pueblan la Tierra. La importancia de la conservación de esta variabilidad fue destacada por la Estrategia Mundial para la Conservación cuando declaró que la "preservación de la diversidad genética es ante todo un seguro y una inversión necesarios para mantener y mejorar la producción agrícola, forestal y pesquera, para mantener en pie las opciones futuras, para protegerse contra los cambios ambientales perniciosos, y para disponer de materia prima para numerosas innovaciones científicas e industriales (...)"³. Si bien existe un consenso universal acerca del valor de la diversidad

1. El Convenio fue adoptado el 22 de mayo de 1992 en Nairobi por una Conferencia intergubernamental *ad hoc*; fue abierto a la firma de los Estados durante la celebración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo el 5 de junio de 1992, y finalmente entró en vigor el 29 de diciembre de 1993, tan sólo 18 meses después de la aprobación. El texto puede consultarse en el DOCE de 13 de diciembre de 1993, N° L 309/1, o en el BOE de 1 de febrero de 1994.

2. Los objetivos del Convenio sobre la Diversidad Biológica están expresados en el artículo 1 del propio Convenio.

3. La Estrategia Mundial para la Conservación es un instrumento internacional de carácter no obligatorio, preparado en 1980 por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), y el Fondo Mundial para la Naturaleza (WWF) con la colaboración de la FAO y la UNESCO. La Estrategia pretende la conciliación de la conservación de los recursos biológicos con el desarrollo económico y social. Los objetivos de la Estrategia son el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales, la preservación de la



genética y de los beneficios que de ella se derivan y pueden derivarse, en la actualidad hay una tendencia a su empobrecimiento debido a ciertas actividades humanas.

Los recursos genéticos⁴ son la expresión tangible de la diversidad genética y poseen un potencial extraordinario, sobre todo, en los campos de la alimentación y farmacéutico. Efectivamente, los recursos genéticos proporcionan los genes que permiten la obtención de nuevas variedades vegetales o animales; o la asignación a las especies de rasgos genéticos tales como la fertilidad, la resistencia a plagas y enfermedades o la adaptabilidad a nuevas condiciones ambientales. Al mismo tiempo, son la fuente insustituible de medicamentos y compuestos químicos empleados en la prevención y curación de enfermedades. Finalmente, gracias a las innovaciones de la ingeniería genética, los recursos genéticos constituirán en el futuro nuestro recurso natural fundamental; un patrimonio vasto y profundo del que obtendremos alimentos, fibras, medicamentos y todo un conjunto de componentes útiles para la industria y el desarrollo y bienestar de la Humanidad entera.

diversidad genética y la utilización sostenida de las especies y los ecosistemas. El texto completo de la Estrategia puede consultarse en FUENTES BODELON, Fernando (coord.): *Calidad de vida, medio ambiente y ordenación del territorio. Textos internacionales*, vol. I, CEOTMA- CIFCA, Madrid, 1982, p. 225.

4. El artículo 2 del Convenio sobre la Diversidad Biológica contiene el concepto de recursos genéticos: "el material genético de valor real o potencial". Y se entiende por material genético, de acuerdo con la definición dada por el mencionado artículo, "todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia". A los efectos del presente trabajo, los conceptos de "material genético, patrimonio genético, recursos genéticos o capital genético" son considerados substancialmente similares.

A pesar de que el Convenio no excluye de su propio ámbito de aplicación el material genético de origen humano éstos se entienden no cubiertos por las disposiciones del Convenio. Empero, la UNESCO ha encargado al Comité Internacional de Bioética la preparación de un proyecto de declaración sobre el genoma humano. El elemento capital en ese proyecto es la calificación del material genético humano "como componente fundamental del patrimonio común de la Humanidad". Sobre la elaboración y contenido del anteproyecto puede acudir a GROS ESPIELL, Héctor, "Genética y Derechos Humanos. El anteproyecto de Declaración de la UNESCO sobre la Protección del Genoma Humano", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. 12, 1995, pp. 203-232. La organización internacional con mayor número de trabajos sobre las consecuencias jurídicas de las investigaciones sobre el genoma humano es el Consejo de Europa. Acerca de su obra puede consultarse PERALTA LOSILLA, Esteban: "El Consejo de Europa y sus trabajos en materia de genética", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Núm. 2, Enero- Junio 1995, pp. 219-249.



Desde el punto de vista del Derecho Internacional, la complejidad derivada de la extraordinaria utilidad de los recursos genéticos ha originado toda una serie de cuestiones específicas, entre ellas, la relativa al estatuto jurídico-internacional de los recursos genéticos, cuyo origen y contenido es el objeto del presente trabajo. Pero además, la diversidad genética en nuestro planeta está distribuida geográficamente de un modo irregular. Efectivamente, la variabilidad genética de los territorios de los países en desarrollo es increíblemente más rica que la variabilidad presente en los territorios de los países desarrollados. Esta circunstancia ha condicionado la totalidad de los debates y acciones internacionales en materia de recursos genéticos o diversidad biológica.

I. LA TENSION ENTRE LA INTERNACIONALIZACIÓN Y LA NACIONALIZACIÓN DE LOS RECURSOS GENÉTICOS

La ausencia de un régimen internacional aplicable a los recursos genéticos determinó, durante siglos, que el principio de libre acceso inspirara las relaciones entre los recolectores de material genético y las autoridades de los territorios en los que los que se encontraba la fuente de tal material. Tradicionalmente, investigadores de todas las épocas y países han conocido o descubierto especies exóticas, sobre todo, vegetales, y las han importado a sus lugares de origen, donde han sido empleadas como nuevas formas de alimentación, o como material para la obtención de nuevas variedades vegetales⁵.

En la primera mitad del siglo XX, el régimen jurídico de los recursos genéticos continuaba siendo notablemente impreciso. La práctica totalidad de los países toleraban las actividades de prospección y recolección de los científicos extranjeros. Esta cierta indiferencia por parte de los propios Estados afectados provenía del escaso valor económico que se atribuía a los recursos genéticos y del hecho de que, corrientemente, la obtención de muestras no agotaba ni amenazaba la fuente del material genético recolectado. Además, existía una opinión generalizada favorable a la libertad de investigación y a la cooperación científica.

5. Vide MARGULIES, Rebecca L.: "Protecting Biodiversity: Recognizing International Intellectual Property Rights in Plant Genetic Resources", *Michigan Journal of International Laws*, No. 2, winter 1993, p. 328.



A partir de los años sesenta, coincidiendo con la independencia de numerosos países poseedores de territorios extraordinariamente ricos en diversidad biológica, comenzó a esbozarse una especie de “código de conducta” sobre el acceso a los recursos genéticos. Los elementos que pueden identificarse en esta práctica internacional, según M. A. HERMITTE⁶, son los siguientes:

- 1) Los interesados en la prospección y recolección solicitaban un permiso a las autoridades nacionales.
- 2) A cambio de la autorización, los prospectores trabajaban en colaboración con los científicos locales, y
- 3) Proporcionaban a las instituciones científicas del país de origen del material genético muestras similares a las muestras recolectadas.

La mayor parte de las campañas de prospección y recolección no se apartaron de la práctica expuesta. Obviamente, pudieron existir ciertos incumplimientos por parte de los prospectores; en cuanto a los Estados, algunos establecieron importantes restricciones y sanciones en materia de exportación de especímenes o material reproductivo de especies endémicas de alto interés económico⁷. Por tanto, la práctica de los Estados consagraba el principio de acceso gratuito⁸ a los recursos genéticos bajo su jurisdicción. No obstante, se reconocía la facultad de los Estados de denegar el acceso a determinadas especies por razones de importancia económica particular.

6. Vide HERMITTE, M. A.: “La Convention sur la Diversité Biologique”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. XXXVIII, 1992, p. 844-870, *praesertim* p. 845.

7. El ejemplo más antiguo y conocido es el caso de la morera y el de los gusanos de la seda, cuya exportación estaba prohibida en la antigua China. Otros supuestos más recientes los podemos encontrar en el caso del árbol del caucho de Brasil y de la vicuña. Esta última prohibición ha sido plasmada en un convenio internacional. Concretamente, en el Convenio para la Conservación y Gestión de la Vicuña. Fue firmado en 1979 por Perú, Chile, Bolivia y Ecuador y prohíbe la exportación de vicuñas fértiles, semen u otro material reproductivo, salvo los destinados a otro Estado parte del Convenio y con fines de investigación o repoblación. Vide HERMITTE, M. A.: *Op. Cit.*, nota 6. p. 845 y KLEMM, Cyril de: “Conservation of Species: The Need for a New Approach”, *Environmental Policy and Law*, 1982, vol. 9, pp. 117-128, *praesertim* p. 120. Sobre el Convenio puede acudir a KLEMM, Cyril de: *Op. Cit.*, p. 128, nota 14; y a KISS, A: *Droit de l'environnement*, ed. Pedone, 1989, Paris, p. 267. El texto del Convenio está disponible en FUENTES BODELON, F: *Calidad de vida, medio ambiente y ordenación del territorio. Textos internacionales*, vol. III, CEOTMA-CIFCA, vol. III, p. 324 *et seq.*

8. Vide HERMITTE, M. A.: *Op. Cit.*, (nota 6), p. 845 *in fine*.



1. *La tendencia a la internacionalización: propuestas doctrinales e institucionales*

A. *La postura de la doctrina*

Las técnicas sugeridas por la doctrina para dar cauce a la internacionalización de los recursos genéticos fueron los conceptos de patrimonio mundial y de patrimonio común de la Humanidad⁹.

a) *Los recursos genéticos como patrimonio mundial*

La categoría de patrimonio mundial fue utilizada por primera vez en el Convenio para la protección del patrimonio mundial, cultural y natural de la UNESCO. El tratado fue adoptado por la Conferencia General de la Organización el 23 de noviembre de 1972¹⁰. El Preámbulo del Convenio constata que determinados bienes culturales y naturales del planeta poseen una importancia excepcional y que su desaparición o deterioro constituyen un empobrecimiento del patrimonio de todos los pueblos del planeta. Reconoce que la acción nacional es generalmente insuficiente, y, por ello, la participación en la protección del patrimonio cultural y natural de valor universal incumbe a la comunidad internacional. El Convenio instaura unos mecanismos permanentes de cooperación y asistencia.

El Convenio trata de asegurar la protección de los bienes artificiales de interés excepcional y la preservación de los lugares de la naturaleza de valor universal. Su artículo 2 establece qué se considerará "patrimonio mundial" a los efectos del Convenio:

9. Vide BILDERBEK, S. (ed.): *Biodiversity and International Law. The Effectiveness of International Environmental Law*, IOS Press, 1992, Amsterdam, p. 86- 88.

10. El texto del convenio puede ser consultado en FUENTES BODELON, Fernando (coord.): *Op. Cit.*, (nota 7) vol. II, p. *et seq.* Sobre el convenio puede acudir a KISS, A: "*Droit de ...*", (nota 7), p. 216 *et seq.*; y a MAFFEI, M. C: "*Evolving Trends in the International Protection of Species*", *German Yearbook of International Law*, vol.36, 1993, pp. 140; y a KISS, A./ SHELTON, D., *International Environmental Law*, Transnational Publishers, Inc.- Graham & Trotman, New York- London, 1991, p. 243.



— los monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas o por grupos de esas formaciones que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico.

— las formaciones geológicas y fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies animal o vegetal amenazadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico.

— los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural”.

A pesar de la utilización del término de patrimonio mundial, el sistema instaurado por el Convenio es extremadamente respetuoso con la soberanía de los Estados, y no instaura un marco para la gestión puramente internacional, comparable al régimen que rige la administración y explotación del patrimonio común de la Humanidad¹¹.

La principal propuesta de internacionalización de los recursos genéticos con fundamento en el patrimonio mundial fue elaborada por Cyril De KLEMM. Este autor partía del reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus propios recursos naturales. No obstante, los Estados no podían ser considerados como propietarios de las especies¹² que habitaban en el interior de su territorio, ya que estas no podían ser objeto de propiedad. En la perspectiva del autor, mientras que sobre los especímenes sí cabía ejercer derechos de propiedad, sobre una especie no era posible, porque hubiera supuesto el monopolio del propietario sobre los rasgos genéticos de esa especie y la posibilidad de impedir legalmente la utilización de ese patrimonio genético por otros usuarios. La inexistencia de una legislación aplicable en aquellos mo-

11. El artículo 6 declara: “Respetando plenamente la soberanía de los Estados en cuyos territorios se encuentran el patrimonio cultural y natural a que se refieren los artículos 1 y 2 y sin perjuicio de los derechos reales previstos por la legislación nacional sobre ese patrimonio, los Estados Partes en la presente Convención reconocen que constituye un patrimonio universal en cuya protección la comunidad internacional entera tiene el deber de cooperar”.

12. El concepto de “especie” que maneja de Klemm en su propuesta va más allá de una mera suma de individuos que presentan los mismos caracteres esenciales comunes, la define como el “aggregate of all the different types of genes which are embodied in the chromosomes of any and all of its members together with all the specific processes which these genes trigger or control”. Por tanto, se trata de un concepto que reúne los conceptos de diversidad genética y de diversidad entre las especies o específica. *Cfr. KLEMM: Op. Cit., (nota 7), p.119.*



mentos, y las anteriores consideraciones, llevaron a KLEMM a sostener que las especies “are, therefore, in the public domain for anyone to use (...)”¹³.

En su propuesta, KLEMM asignaba la propiedad de las especies a la comunidad mundial: “The owner of species should therefor be the world community”. De esta forma, toda la Humanidad podría tener acceso a los beneficios derivados de la diversidad genética de las especies. KLEMM fundamentaba la propuesta en el precedente establecido por el Convenio de la UNESCO para la protección del patrimonio mundial, cultural y natural. Argumentaba que puesto que el preámbulo del Convenio reconocía que “el deterioro o la desaparición de un bien del patrimonio cultural y natural constituye un empobrecimiento nefasto del patrimonio de todos los pueblos del mundo”; puesto que su artículo 2 definía como patrimonio natural aquellas áreas “que constituyan el hábitat de especies animal y vegetal amenazadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico”; y considerando que los recursos genéticos de las especies podían ofrecer a la Humanidad inmensos beneficios, el siguiente paso lógico hubiera sido la calificación de tales recursos como un “patrimonio mundial”, y otorgar su propiedad a la comunidad mundial a perpetuidad¹⁴.

No obstante, dicha calificación no situaría a los recursos genéticos en el marco del Convenio de la UNESCO, sino que KLEMM proponía el establecimiento de un nuevo tratado de ámbito universal para la conservación de los recursos genéticos. Este Convenio estaría basado en el principio del patrimonio mundial. De esta noción derivarían tres principios básicos: el de accesibilidad, el de custodia y el de compensación:

— El principio de accesibilidad habría supuesto la disponibilidad de los recursos genéticos para todos los países con destino a la investigación, desarrollo o diseminación. Ningún Estado habría podido denegar el acceso a tales recursos bajo su jurisdicción.

— El principio de custodia habría implicado que la comunidad mundial debía conservar este patrimonio natural para toda la Humanidad. La obligación principal de preservación correspondería a los Estados, que hubieran tenido a su

13. “...it would be impossible for legal and practical reasons to instore private or state monopolies on the use of genetic resources and even if such monopolies were established, they would be impossible to enforce abroad. Moreover, for moral reasons, it would seem that no state should have the right to deny other states the benefits deriving from these resources”. Cfr. KLEMM: *Op. Cit.*, (nota 7), p.119.

14. *Vide* KLEMM: *Op. Cit.*, (nota 7), p.124, párr. 67.



disposición un conjunto de mecanismos internacionales, entre los que se habría encontrado la asistencia técnica y científica.

— Finalmente, el principio de compensación habría supuesto una apropiada financiación por la comunidad mundial de los gastos de conservación y de no desarrollo. El autor sugería una provisión de fondos procedentes de regalías satisfechas por los usuarios comerciales de los recursos genéticos. También proponía el examen de la conveniencia de instaurar un sistema de concesiones sobre los recursos genéticos, otorgadas por la comunidad mundial en favor de determinadas categorías de empresas e industrias, a cambio del pago de unos cánones o tasas.

KLEMM recurrió a una categoría jurídica tipificada en un convenio internacional para fundamentar un régimen que trataría de conciliar las exigencias de conservación y compensación, y los derechos y deberes de los Estados y de la comunidad internacional. Aunque sus propuestas no fueron incorporadas en ningún tratado, inspiraron la obra de las ONGs y los trabajos de organizaciones internacionales intergubernamentales.

b) *Los recursos genéticos como patrimonio común de la Humanidad*

La opinión favorable a la consagración por un tratado internacional de los recursos genéticos o de la diversidad genética como patrimonio común de la Humanidad¹⁵ también encontró partidarios entre los miembros más destacados de los sectores internacionalistas. El profesor Kiss se inclinó claramente por esta vía. Este autor consideraba que era oportuno invocar el concepto de

15. El patrimonio común de la Humanidad está regido por un régimen específico, que se asienta en los siguientes principios básicos: i) prohibición de la apropiación nacional y del ejercicio de la soberanía; ii) uso pacífico; iii) explotación en beneficio de toda la Humanidad, con especial atención a los intereses y necesidades de los países en desarrollo; iv) sujeción a una administración internacional adecuada. Estos principios están recogidos en la Resolución 2749 (XXV) de 17 de diciembre de 1970 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los principios que rigen los fondos marinos y oceánicos situados más allá de los límites de la jurisdicción nacional. La noción de patrimonio común de la Humanidad fue asumida por el Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes de 1979, en relación a la Luna y sus recursos naturales (artículo 11); y por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, en referencia a la Zona Internacional de Fondos Marinos y Oceánicos y sus recursos (artículo 136). Ambos textos pueden ser consultados en JUSTE RUIZ, José (coord.): *Textos de Derecho Internacional Público*, Punto y Coma, Valencia, 1996.



patrimonio común de la Humanidad como uno de los elementos claves para la solución del problema del empobrecimiento de la diversidad biológica. Sin embargo, la aplicación del régimen del patrimonio común de la Humanidad a los recursos genéticos hubiera suscitado importantes problemas jurídicos y políticos. Para evitarlos, el profesor KISS establecía una distinción entre el patrimonio común de la Humanidad *par nature* y el patrimonio común de la Humanidad *par affectation*. El patrimonio común de la Humanidad *par nature* incluiría aquellos espacios o bienes no susceptibles de apropiación nacional, es decir, no sometidos bajo ningún concepto a la soberanía de los Estados; entre otros, la Zona internacional de fondos marinos y oceánicos o los cuerpos celestes. El patrimonio común de la Humanidad *par affectation* abarcaría los bienes o recursos que, aun formando parte integrante del patrimonio común de la Humanidad, sí podrían ser objeto de apropiación nacional, por tanto, estarían sometidos al principio de la soberanía permanente sobre los propios recursos naturales. Los recursos genéticos formarían parte de esta segunda categoría. En ambos casos, tanto en el supuesto del patrimonio común de la Humanidad *par nature* como en el caso del patrimonio común de la Humanidad *par affectation* quedaría asegurado el interés de la Humanidad entera en la preservación de tales patrimonios y en la distribución de sus beneficios, y la obligación de cooperar para la consecución de tales fines; pero, además, la noción de patrimonio común *par affectation* conseguiría superar las contradicciones derivadas de la aplicación del régimen de patrimonio común de la Humanidad a los recursos genéticos¹⁶.

De la utilización del concepto de patrimonio común derivarían tres consecuencias fundamentales, substancialmente similares a los tres principios postulados por KLEMM. Concretamente, la obligación de los Estados de conservar las especies amenazadas de extinción ubicadas bajo su jurisdicción, la accesibilidad de toda la Humanidad a los beneficios derivados de la explotación de estos recursos, y la compensación por los gastos vinculados en términos de conservación y de no desarrollo.

16. Vide KISS, Alexandre-Charles: "La notion de patrimoine commun de l'humanité", *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International*, vol.175, 1982, pp.99 y ss. Sobre la opinión favorable de otros expertos puede acudir a BILDERBEK, Simone (ed.): *Biodiversity and International Law. The Effectiveness of International Environmental Law*, IOS Press, 1992, Amsterdam, p. 67.



B. *Los instrumentos internacionales*

a) *El informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.*

En 1987 la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo hizo público el “Informe sobre el medio ambiente y su problemática mundial hasta el año 2000 y más adelante”, comúnmente conocido como “Nuestro futuro común” o “Informe Brundtland”¹⁷.

El capítulo 6, titulado “especies y ecosistemas: recursos para el desarrollo”, aborda, entre otras cuestiones, la protección de los recursos genéticos. En esta materia, el informe partía de la idea de que las especies y su material genético proporcionan beneficios a todos los seres humanos, independientemente de los lugares de origen. La Comisión declaró que las “especies y ecosistemas naturales serán considerados como activos que hay que conservar y administrar para beneficio de toda la Humanidad. Esto tendrá como consecuencia necesaria añadir al programa político internacional la tarea de conservar las especies”.

La Comisión juzgó limitadas, parciales y tardías las iniciativas que en aquella época se estaban desarrollando para la preservación de la diversidad biológica. En gran parte a causa de que las cuestiones referentes a las especies y ecosistemas no eran percibidas como preocupaciones económicas sino como problemas de conservación y meramente científicos. Para dar solución a esta situación, la Comisión prosiguió estableciendo una serie de actuaciones preferentes. Entre las prioridades se encontraba la adopción de una “Convención sobre las especies (...) análoga en espíritu y ámbito al Tratado sobre el Derecho del Mar”.

El informe recogía también algunas sugerencias sobre el contenido del posible convenio. Concretamente, recomendaba la inclusión de los principios relativos a los recursos universales, y aconsejaba la consagración del concepto de patrimonio común de la Humanidad en referencia a las especies y su diversidad genética. Al mismo tiempo, los miembros de la Comisión eran conscientes de las substanciales consecuencias de la calificación. Así, y en previsión de las mismas, el informe puntualizaba que la “responsabilidad colectiva por el patrimonio común no significaría derechos internacionales colectivos”.

17. Documento A/42/427 de 4 de agosto de 1987.



vos sobre recursos particulares dentro de las naciones”. Según la interpretación de la Comisión, “este enfoque no tiene que afectar el concepto de soberanía nacional, pero significaría que no se dejaría a cada nación confiar en sus esfuerzos aislados para proteger las especies dentro de sus fronteras”.

La intención de la Comisión era, por tanto, conciliar los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales y el régimen del patrimonio común de la Humanidad, haciendo especial hincapié en la cooperación internacional en materia de preservación del medio ambiente y rechazando simultáneamente cualquier interpretación tendente a fundamentar algún tipo de derecho de la comunidad internacional sobre los recursos genéticos. En ese sentido, la Comisión incidía especialmente en los aspectos de participación colectiva en las cargas y beneficios derivados de los recursos genéticos, por ello, acentuaba la importancia de la asistencia técnica y financiera, y la distribución de los beneficios procedentes de la utilización de los materiales genéticos.

b) *La obra de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO)*

La primera organización internacional universal que dedicó parte de sus esfuerzos al establecimiento de un régimen internacional para los recursos genéticos fue la FAO. Aunque sus trabajos tenían por objeto, únicamente, los recursos fitogenéticos, el alcance de la obra de la FAO y la asunción de una perspectiva internacionalizadora son importantes para la presente exposición.

Durante la década de los años 60, la FAO constituyó varios organismos encargados del asesoramiento y elaboración de criterios en materia de colecta, conservación y comercio de recursos genéticos vegetales. En 1965 creó un Cuadro de Expertos en Prospección e Introducción de Plantas, con competencias en el campo de los cultivos. Y en 1968 se procedió al establecimiento del Cuadro de Expertos en Recursos Genéticos Forestales, encargado de la conservación de los recursos fitogenéticos *in situ*. Paralelamente, la FAO organizó una serie de conferencias encaminadas a solventar los problemas científico- técnicos que iban descubriéndose a medida que se aplicaban los planes y directrices elaborados por la estructura institucional establecida¹⁸.

A raíz de las acciones abordadas por la FAO, la preocupación por los problemas relacionados con los recursos genéticos, se extendió a otras organi-

18. Estas conferencias se celebraron en 1967, 1973, 1981 y 1996.



zaciones internacionales¹⁹, e incluso a entidades nacionales o privadas²⁰. Precisamente, la participación de numerosas instituciones privadas originó nuevos tipos de problemas sobre la propiedad y acceso a las muestras en depósito. En definitiva, se imponía la aprobación de un sistema general sobre recursos genéticos vegetales que regulara armoniosa y permanentemente los conceptos involucrados. Para ello, la FAO desarrolló el Sistema Global sobre Recursos Fitogenéticos²¹.

Los objetivos del sistema son la conservación y utilización sostenible de la diversidad fitogenética *ex situ* e *in situ* de genes, genotipos y acervos genéticos vegetales en los planos molecular y de poblaciones, especies y ecosistemas, así como la garantía de libre acceso a los depósitos fitogenéticos²². Los tres componentes sobre los que se asienta el Sistema son el Compromiso

19. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en 1972, dedicó parte de sus trabajos al problema de la preservación de los recursos genéticos. Concretamente, la cuestión fue objeto de las recomendaciones 39, 40, 41, 42, 43, 44 y 45 del Plan de Acción. Su contenido se refiere sobre todo a cooperación internacional, medidas de conservación, y apoyo a las actividades de la FAO. Pero en ningún momento se refiere a la naturaleza o estatuto jurídico de los recursos genéticos. El texto de las recomendaciones, y del resto del Plan de Acción, puede ser consultado en FUENTES BODELON, Fernando (coord.): *Op. Cit.*, (nota 7), vol. I, p.297 *et seq.*

20. Entre las ONGs baste citar las actividades del Instituto Internacional de Investigación sobre el Arroz, del Centro Internacional de la Patata, y del Centro Internacional de Mejoramiento de Maíz y Trigo; en otro campo de actuación destacan las acciones de la UICN y el WWF. La labor de los jardines botánicos de todo el mundo es también muy relevante. Finalmente, las estrategias nacionales más rigurosas son las abordadas por Brasil, Canadá, Estados Unidos, India y México. Las referencias están tomadas de ESQUINAS ALCÁZAR, J. T.: "Los recursos genéticos vegetales, parte esencial de la diversidad biológica", *Anuario Internacional CIDOB 1990*, edición 1991, pp. 248-249.

21. La 21ª sesión de la Conferencia General de la FAO adoptó en 1981 una resolución que invitaba al Director General de la FAO "to examine and prepare the elements of a draft international convention, including legal provisions designed to ensure that global plant genetic resources of agricultural interest will be conserved and used for the benefit of all human beings, of this and future generation; without restricted practices that limit their availability or exchange whatever the source of such practices". Citado por KLEMM, C. de: *Op. Cit.*, (nota 7), p. 128, nota 20.

22. Precisamente, este era uno de los principales objetivos de los países en desarrollo. Estas naciones argumentaban que puesto que el material genético ubicado en sus territorios estaba tradicionalmente sometido al libre acceso de todos los interesados, en compensación, exigían un libre acceso a las nuevas variedades vegetales conservadas en las genotecas del Norte y protegidas por derechos de propiedad intelectual.



Internacional sobre Recursos Fitogenéticos, instrumento que contiene las disposiciones aplicables; la Comisión de Recursos Fitogenéticos, como órgano deliberativo intergubernamental²³; y el Fondo Internacional para los Recursos Fitogenéticos, pilar financiero del Sistema y encargado por tanto de garantizar la realidad de sus objetivos²⁴.

El Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos es un instrumento mundial de naturaleza no vinculante²⁵. La Conferencia de la FAO aprobó el instrumento mediante la resolución 8/83 en noviembre de 1983. Según el artículo 1 el objetivo del Compromiso es asegurar las actividades de prospección, recolección, conservación, evaluación y acceso libre para fines científicos y perfeccionamiento genético sobre recursos fitogenéticos de interés económico y/o social²⁶.

El fundamento de la estructura del Sistema Global es la calificación de los recursos fitogenéticos como patrimonio de la Humanidad. En efecto, el artículo 5 del Compromiso fundamenta el Sistema en "the universal principle

23. La Comisión de Recursos Fitogenéticos es un órgano universal de naturaleza periódica, deliberativa, integrado por representantes de los Estados miembros y observadores de organizaciones internacionales, ONGs y agencias de asistencia y desarrollo. Los objetivos de la Comisión son la discusión y búsqueda de un consenso internacional en los puntos cubiertos por el Compromiso. La Comisión también ejerce un importante papel como centro armonizador de acciones y medidas en el campo fitogenético. *Vide* ESQUINAS ALCÁZAR, J. T: *Op. Cit.*, (nota 20), p. 249.

24. El Fondo Internacional para Recursos Fitogenéticos está destinado a financiar la conservación y utilización sostenible de los recursos fitogenéticos en todo el mundo. El capital de que dispone el fondo procede de contribuciones estatales o internacionales, así como del sector privado: ONGs, industrias y otros benefactores. *Vide* ESQUINAS ALCÁZAR, J. T: *Op. Cit.*, (nota 20), p. 249.

25. El término "compromiso" fue preferido a la denominación de tratado o convenio para reforzar el carácter no obligatorio del instrumento en cuestión. La Conferencia de la FAO eligió la forma de un "compromiso" porque, por un lado, la negociación de un convenio presentaba un exceso de problemas y podía llegar a ser un proceso conflictivo y largo, y hasta cierto punto estéril si los Estados se negaban a ratificar un texto obligatorio con el que no se mostraban de acuerdo. Por otro lado, querían evitar la aprobación de un mero código de conducta, cuya eficacia podría ser menor que la de un "compromiso". *Vide* BORDWIN, Harold J: "The Legal and Political Implications of the International Undertaking on Plant Genetic Resources", *Ecology Legal Quarterly*, vol.XII, 1984-1985, p. 1053, nota 1 y p. 1068.

26. International Undertaking on Plant Genetic Resources, FAO Res. 8/83. También puede acudirse a Report of the Conference of FAO, 22nd Sess. FAO (Agenda Item 6) para.285 (artículo.1),U.N. Doc. C/83/REP (1983). *Citado por* BORDWIN, Harold J.: *Op. Cit.*, (nota 25), p. 1063, nota 55.

that plant genetic resources are a heritage of mankind and consequently should be available without restriction"²⁷. Además, el artículo 5 impone un acceso "free of charges, on the basis of mutual exchange or on mutually agreed terms"²⁸. Aunque el Compromiso no proporciona, en ninguna de sus disposiciones, un concepto de "patrimonio de la Humanidad", está inspirado directamente en la noción de "patrimonio común de la Humanidad"²⁹.

Los efectos de la calificación, fundamentalmente el acceso sin restricción y libre de cargas, suscitaron en su momento importantes objeciones. Por un lado, desde la perspectiva de los países desarrollados, el libre acceso a los recursos genéticos entraba en conflicto con la protección de los derechos de propiedad intelectual sobre las nuevas variedades vegetales, derechos conocidos como "derechos del obtentor"³⁰. Las naciones desarrolladas entendían que el concepto de patrimonio común empleado por el Compromiso no era aplicable a determinados recursos genéticos, concretamente, los *stocks* genéticos especiales³¹, depositados en las genotecas, puesto que éstos se encontraban sujetos al régimen internacional y a las legislaciones nacionales para la protección de los derechos de propiedad intelectual sobre las nuevas variedades vege-

27. El principio estaba universalmente aceptado, de hecho, más de cien Estados se habían adherido al Compromiso. Empero, sobre el ámbito de aplicación del principio no existía un consenso global. En efecto, los países desarrollados se negaban a aceptar la inclusión de los materiales conservados en las genotecas del Norte en el concepto de patrimonio común de la Humanidad. Obviamente, sí aceptaban la inclusión de los recursos genéticos silvestres. *Vide* MENON, U.: "The Convention on Biological Diversity, Intellectual Property Rights and Policy Options, *Social Action*, vol.42, april-june 1992, p. 122 y 123.

28. *Supra* nota 26, para. 285 (artículo 5).

29. *Supra* nota 15.

30. De hecho, los países industrializados expusieron su opinión acerca de la contradicción entre el Compromiso y las legislaciones nacionales desarrolladas en aplicación del Convenio de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (CUPOV) de 2 de diciembre de 1961. Concretamente, los Estados Unidos y Nueva Zelanda, entre otros Estados, se oponían al instrumento porque entendían que sus disposiciones amenazaban los derechos de propiedad intelectual de los obtentores. Además, ciertas instituciones y asociaciones especializadas en germoplasma compartían tales objeciones. *Vide* BORDWIN, Harold J.: *Op. Cit.*, (nota 25), p. 1064-65. El CUPOV es el tratado que protege los derechos del obtentor a nivel mundial. La mayoría de los Estados partes son países desarrollados. El CUPOV fue publicado en el BOE de 9 de junio de 1980, y existe una corrección de errores de 11 de julio de 1980.

31. Los *stocks* genéticos especiales son aquellas variedades o líneas vegetales que los obtentores emplean para producir las variedades agrícolas destinadas a la comercialización.



tales. Por el contrario, estas mismas naciones no tenían reparos en aplicar la noción de patrimonio común y el libre acceso a los recursos genéticos en estado natural. Lógicamente, los países en desarrollo deseaban la aplicación del Compromiso a los *stocks genéticos* especiales, y así garantizar el libre acceso a los mismos, obteniendo gratuitamente las nuevas variedades vegetales, extraordinariamente valiosas para su sector agrícola. Por otro lado, el acomodar el régimen de patrimonio común de la Humanidad a las circunstancias de los recursos fitogenéticos presentaba ciertos problemas jurídicos; entre otros, las restricciones sobre el acceso a determinadas especies que imponían algunos países en desarrollo³², o la distribución equitativa de los beneficios procedentes de los recursos genéticos, que, en todo caso, ya estaban siendo explotados de un modo no equitativo.

Tras la adopción del Compromiso Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos se hizo evidente que determinados Estados desarrollados, cuya participación era indispensable, no se adherirían al instrumento³³. Finalmente, y de acuerdo con las exigencias de estos Estados, se alcanzó un consenso³⁴ sobre la interpretación del Compromiso. El acuerdo suponía el reconocimiento de la compatibilidad entre el Compromiso y el Convenio de la Unión para la Protección de las Obtenciones Vegetales³⁵; la no interpretación del libre acceso como libre de cargas, es decir, que el principio del libre acceso derivado del concepto de patrimonio de la Humanidad, tal y como se derivaba del artículo 5 del Compromiso, fue sustituido por el de libre acceso remunerado; y la posibilidad de restringir el libre intercambio de materiales de conformidad con las obligaciones nacionales e internacionales de los miembros del Compromiso³⁶. A pesar del acuerdo, la aplicación del Compromiso no es, actualmente, satisfactoria, y presente numerosas deficiencias.

32. *Supra* nota 7.

33. Se trataba de Alemania Occidental, Canada, Estados Unidos, Francia, Japón, Nueva Zelanda, Reino Unido y Suiza. *Vide* BORDWIN, Harold J.: *Op. Cit.*, (nota 25), p. 1069.

34. El documento fue denominado: "Acuerdo relativo a la Interpretación Concertada y fue plasmado en dos resoluciones de la FAO, 4/89 y 5/89, en la sesión de la Conferencia de noviembre de 1989.

35. La Interpretación Concertada de 1989 reconocía la compatibilidad entre ambos instrumentos, pero en marzo de 1991 el CUPOV fue reformado en el sentido de reforzar el monopolio del obtentor. *Vide* MENON, U.: *Op. Cit.*, (nota 27), p.130.

36. Este aspecto concreto suponía la primacía de los derechos de propiedad intelectual sobre los objetivos del Compromiso. Acerca de estos aspectos puede acudirse a MENON, U: *Op. Cit.*, (nota 27), p.123.



La negociación de la adopción del Compromiso fue el primer *round* del enfrentamiento en los foros internacionales entre los países desarrollados y en desarrollo en materia de recursos genéticos. La preferencia dada a la protección de los derechos de propiedad intelectual referentes a las nuevas variedades vegetales determinaría, posteriormente, el rechazo por los países en desarrollo de la internacionalización de los recursos genéticos, mediante el concepto de patrimonio común de la Humanidad u otro similar en un instrumento internacional obligatorio³⁷.

c) *El proyecto de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y sus Recursos (UICN)*

La Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y sus Recursos (UICN)³⁸ venía trabajando en la cuestión de la calificación jurídica de los recursos genéticos, ya que la cuestión quedaba incluida en los trabajos relativos al “proyecto de artículos para un convenio internacional sobre la diversidad biológica del planeta”. Efectivamente, desde 1981 la UICN se ocupaba de una propuesta de convenio que en sus sucesivas Asambleas Generales, en 1984 y 1987, había sido perfeccionada. En 1989 la Organización disponía ya de un proyecto revisado, aunque no definitivo.

37. “Faced with the refusal of the developed countries to share the advanced breeders lines and their unwillingness to discuss the questions of plant breeders’ rights, the developing countries adopted a strategy of counterpoising the sovereign rights of nations over their genetic resources against plant breeders’ rights. Thus in effect they jettisoned the principle of common heritage”. *Vide MENON, U.: Op. Cit., (nota 27), p.124.*

Por último, en 1991 la FAO adoptó la resolución 3/91, que reconoce la compatibilidad entre el Compromiso y los derechos soberanos sobre los recursos fitogenéticos. *Vide GLOWKA, L., et al: A Guide to the Convention on Biodiversity, IUCN. Gland and Cambridge, p. 78.*

38. La UICN es una organización no gubernamental creada en 1948. Sus objetivos son la evaluación del estado de los recursos naturales, la preparación de medidas de conservación y la difusión de información medioambiental. Está integrada por Estados, instituciones de derecho público y organizaciones no gubernamentales de conservación, tanto nacionales como internacionales. Actualmente es conocida como la Alianza Mundial para la Naturaleza, aunque conserva las siglas originales. Sobre la UICN puede consultarse, *KISS, A: Droit de...., (nota 7), Paris, pp. 321-322.*



Siguiendo a M. A. HERMITTE³⁹, el punto de partida del proyecto de la UICN era la inclusión de la diversidad biológica en el patrimonio común de la Humanidad. Si bien no existía en el proyecto una mención expresa a la noción, la definición de la diversidad biológica como un patrimonio que debía ser conservado en favor de las generaciones presentes y futuras, y cuyos beneficios y cargas debían ser equitativamente distribuidos entre todos (artículo 2) parecía confirmar esta opción. Además, las disposiciones del proyecto incluían algunos de los rasgos propios del régimen del patrimonio común de la Humanidad. Por un lado, los Estados eran meros guardianes de la diversidad biológica situada en sus territorios, y estaban obligados a conservarla para las generaciones presentes y futuras. En esta tarea, el papel de la cooperación internacional sería primordial. Por otro lado, se amparaba un derecho de acceso a los recursos genéticos para fines científicos, siempre y cuando no agotara el recurso en sí, ni amenazara la viabilidad genética de la fuente. Por tanto, los Estados no podían denegar el acceso a esos recursos a los científicos que lo solicitaran, puesto que no ejercerían derechos soberanos sobre los recursos genéticos. No obstante, el proyecto facultaba a los Estados origen de las muestras de material genético a recibir una compensación por las actividades de prospección y recolección del material. En consecuencia, se proponía una fórmula de libre acceso remunerado. En todo caso, la cuantía de la remuneración no debía desvirtuar el ejercicio del derecho de acceso.

Las principales objeciones al proyecto fueron planteadas por los países en desarrollo. A pesar de que el proyecto preveía la creación de un mecanismo de financiación, a partir de las contribuciones de los usuarios privados de material genético⁴⁰, las naciones en vías de desarrollo objetaban la ausencia de unas medidas adecuadas para repartir equitativamente las cargas derivadas de la conservación de la diversidad biológica y de los mecanismos apropiados para una combinación entre la protección del medio ambiente y el derecho al

39. Sobre el proyecto de la UICN puede consultarse a HERMITTE, M. A.: "La Convention sur la Diversité Biologique", (nota 6), pp. 846-850; HERMITTE, M. A.: "La gestion d'un patrimoine commun: l'exemple de la diversité biologique". En: BARRÈRE, M. (dir.): *Terre patrimoine commun*, ed. La Découverte, París, 1992, p. 120-128, *praesertim* 121-124, y BELL, D. E.: "The 1992 Convention on Biological Diversity: The Continuing Significance of U.S. Objections at the Earth Summit", *The George Journal of International Law and Economics*, vol. 26, No. 3, 1993, pp. 479- 537.

40. Vide BELL, D. E., (nota 39), pp. 503- 504..



desarrollo⁴¹. Pero, sobre todo, el proyecto era inaceptable porque la configuración de la gestión de los espacios y especies era claramente irrespetuosa con el principio de soberanía nacional.

El proyecto de la UICN nunca fue convertido en un instrumento internacional. Sin embargo, fue uno de los documentos de partida para la negociación del Convenio sobre la Diversidad Biológica y contribuye a conocer las posturas de los sectores conservacionistas.

2. *La tendencia a la nacionalización: la postura de los países en desarrollo*

La inadecuación de las propuestas internacionalizadoras en materia de recursos genéticos acabó siendo particularmente evidente para los países en desarrollo. La preparación de las negociaciones del Convenio sobre la Diversidad Biológica acrecentó, en intensidad y en número, las posturas contrarias a tal internacionalización⁴². De hecho, el proceso que llevó a la definitiva apropiación estatal de los recursos genéticos debía iniciarse, necesariamente, con el rechazo a la calificación de los mismos como un patrimonio común de la Humanidad.

La inaplicación del régimen del patrimonio común de la Humanidad y la invocación de los derechos soberanos de los Estados sobre los recursos genéticos devinieron elementos prioritarios en las aspiraciones de los países en

41. El proyecto era muy correcto desde un punto de vista científico y conservacionista. Pero jurídica y políticamente era impracticable desde el momento en que la gestión del sistema estaba en manos de los científicos y la participación de los Estados era mínima, excepto en cuanto a sus obligaciones de conservación, utilización sostenible y responsabilidad. El proyecto suponía una limitación seria de la soberanía de los Estados. En ese sentido se manifiesta HERMITTE, M. A.: "L'ensemble du projet, bien conçu sur le plan scientifique, était inquiétant sur le plan politique". *Vide* HERMITTE, M. A.: "La gestion..."(nota 39) p. 124; y "La Convention sur la diversité biologique", (nota 6), 847-849. También comparte esa opinión BELL D. E.: " (...) the focus of the IUCN Draft was decidedly environmental, with only scattered references to economic or developmental considerations, it was considerably intrusive into the "sovereign right" of states to exploit their natural resources", BELL, D. E.: (nota 39), p. 502.

42. Baste recordar que en 1991, en pleno proceso de negociación del Convenio sobre la Diversidad Biológica, la FAO reconoció la compatibilidad de la soberanía sobre los recursos fitogenéticos y el patrimonio común de la Humanidad en su resolución 3/91. *Supra* nota 37.



desarrollo. Desde la perspectiva de estas naciones, la incorporación de los recursos genéticos en el patrimonio común de la Humanidad era impracticable.

Por un lado, se destacaba la dificultad inherente a compatibilizar los derechos soberanos de los Estados y el patrimonio común de la Humanidad; por otro lado, los problemas que, previsiblemente, originaría la adecuación del régimen del patrimonio común a la diversidad genética o biológica, o a los recursos genéticos.

Respecto a la primera objeción, el régimen aplicable a los bienes sometidos a la soberanía estatal y el régimen aplicable a los bienes declarados patrimonio común de la Humanidad son absolutamente irreconciliables, desde el momento en que el segundo prohíbe la apropiación nacional de los bienes en cuestión e impone una utilización equitativa de los mismos. El efecto fundamental de calificar los recursos genéticos como un patrimonio común hubiera sido la imposibilidad de apropiación estatal del material genético. Es decir, los Estados no ejercerían derechos de soberanía, ni de propiedad, sobre los recursos genéticos. No serían considerados propietarios, sino meros guardianes o custodios del patrimonio genético localizado en su territorio. Los países en desarrollo rechazaban esta configuración de su relación con estos recursos por dos tipos de razones; primero, porque implicaría la confirmación definitiva del libre acceso⁴³ para todos los países. Es decir, cualquier Estado, empresa o particular podría solicitar a un Estado el acceso a los recursos genéticos ubicados en el territorio de dicha nación, quien como guardián y no soberano de los mismos, no podría denegarlo. En segundo lugar, a causa del énfasis que el principio de custodia suponía en materia de responsabilidad internacional; los Estados serían custodios del patrimonio genético ante el resto de la Humanidad, presente y futura. Esta derivación implicaría una seria restricción de la soberanía, y la propagación de posibles injerencias extranjeras o internacionales de fundamento ecológico en las políticas internas de los países en desarrollo.

En cuanto a la segunda objeción, el régimen de patrimonio común de la Humanidad está previsto para ser aplicado a determinados espacios y a sus recursos, que se encuentran más allá de los límites estatales y sobre los que ningún Estado ejerce jurisdicción. Por el contrario, la mayor parte de los recursos genéticos se ubican en el interior de los territorios estatales, quienes sí

43. En ese sentido se manifiesta BURHENNE-GUILMIN, F.: "The Convention on Biological Diversity: A Hard Won Global Achievement", *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3, p. 47, nota 14.



ejercen soberanía, y en ocasiones derechos de propiedad, sobre los especímenes concretos, y han ejercido en ocasiones esa autoridad para limitar o prohibir el acceso a determinadas especies; además, los recursos genéticos están siendo aprovechados desde hace décadas, y la práctica y la escasa regulación internacionales aplicables a esta actividad de explotación no responden a las exigencias propias de un bien patrimonio común de la Humanidad⁴⁴.

En cuanto a los objetivos de conservación, el patrimonio común de la Humanidad tampoco parecía la calificación más adecuada, dado que las medidas de conservación de la diversidad biológica sólo pueden ser adoptadas materialmente en los componentes de la diversidad biológica, esto es, sobre espacios y especímenes concretos, sometidos, en todo caso, a la soberanía permanente sobre los recursos naturales.

Entre las causas económicas conducentes a la reivindicación por los Estados de los recursos genéticos, se puede recordar la solución acordada en materia de patentes en el campo de los recursos genéticos vegetales. Tras el conflicto en el seno de la FAO entre los países en desarrollo y los países desarrollados acerca de la cobertura de los derechos de propiedad intelectual sobre determinadas líneas fitogenéticas depositadas en las genotecas del Norte, las naciones del Sur tomaron conciencia de los verdaderos términos del enfrentamiento a un nivel global. Si, como era previsible, la preeminencia de los derechos de propiedad intelectual iba a hacerse extensiva al resto de obtenciones genéticas, no únicamente a las obtenciones fitogenéticas, la respuesta lógica de los países en desarrollo era evocar el principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales, y, de esta forma, ejercer el control sobre el acceso a los recursos genéticos localizados en sus territorios. De hecho, desde una perspectiva estrictamente jurídica, no existía una razón sólida para la exclusión de esta categoría de recursos del principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales.

Finalmente, la afirmación de los derechos soberanos de los Estados legítimaría a los países en desarrollo no sólo a imponer un régimen de acceso,

44. Esta afirmación es particularmente patente en relación a los recursos fitogenéticos. Sobre la inadecuación del concepto de patrimonio común de la Humanidad a esta categoría de material genético puede acudirse a BORDWIN, Harold J.: *Op. Cit.*, (nota 25), pp. 1063-1067; y a MARGULIES, Rebecca L: *Op. Cit.*, (nota 5), pp. 330-332. Sobre la inaplicación del concepto de patrimonio común a la diversidad biológica puede consultarse MERCURE, P.E.: "Le sujet du concept de patrimoine commun de l'humanité afin d'assurer la gestion de la diversité biologique", *Annuaire Canadien de Droit International*, vol. XXXIII, 1995, pp. 281-304.



sino incluso a negociar derechos sobre la participación en los beneficios científicos, médicos y comerciales derivados de la utilización de tales recursos.

II. EL PREDOMINIO DE LAS TESIS NACIONALIZADORAS: EL CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA

1. *Los trabajos preparatorios del Convenio sobre la diversidad biológica*

El proceso que llevaría a la consagración del principio de la soberanía permanente de los Estados en materia de recursos biológicos en un instrumento internacional de carácter obligatorio se inició en 1988. En tal año, tuvo lugar la primera sesión del Grupo de Trabajo Especial de Expertos sobre la Diversidad Biológica, instituido en el seno del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)⁴⁵. Con el inicio de las negociaciones tendentes a la preparación de un Convenio sobre la Diversidad Biológica, la totalidad del debate acerca de la condición jurídica de los recursos genéticos quedó integrada en el debate general sobre la condición jurídica de la diversidad biológica. Puesto que la diversidad genética es uno de los niveles de la diversidad biológica, y puesto que los recursos genéticos son un componente de la diversidad biológica, la solución que se alcanzara durante la negociación del Convenio sería perfectamente extensible a los recursos genéticos.

Desde el principio mismo del primer período de sesiones se advirtió que el asunto de la calificación jurídica de la diversidad biológica iba a ser una de las más importantes discusiones del proceso de negociación⁴⁶. Evidentemente, no se trataba de una mera cuestión de forma, sino que era un tema que condicionaría el resto del objeto del Convenio.

45. La decisión 14/26 del Consejo de Administración del PNUMA solicitó del Director General la creación de este Grupo de Trabajo, cuya primer período de sesiones fue convocado del 16 al 18 de noviembre de 1988.

46. En el primer período de sesiones del Grupo de Trabajo ya se puso de manifiesto la divergencia de opiniones sobre la calificación de la diversidad biológica. En concreto, en el UNEP/Bio. Div. 1/3, párrafo 21, de 9 de noviembre de 1989 podemos leer: "En el grupo de Trabajo no hubo consenso sobre la visión de la diversidad biológica como recurso común de la humanidad, ya que algunas delegaciones hacían hincapié en el principio de la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales".



En el segundo período de sesiones, en febrero de 1990, el Grupo de Trabajo Especial convino en que “siempre que se usa el concepto de “patrimonio común”, esto no significa el establecimiento de derechos internacionales colectivos a recursos situados en jurisdicciones nacionales, ni se infringe la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales”. Luego afirmó que “el libre acceso no significa que debe ser gratuito”, y garantizó la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales. Por tanto, en estos primeros momentos, existía en las negociaciones una tendencia a la compatibilización, *contra natura*, de los derechos soberanos y del patrimonio común de la Humanidad⁴⁷. En ese sentido, el Grupo de Trabajo propuso la consideración de la diversidad biológica como “patrimonio de la humanidad, responsabilidad común de la humanidad o interés común de la Humanidad”⁴⁸.

Posteriormente, el Grupo de Trabajo Especial de expertos jurídicos y técnicos sobre diversidad biológica, que había sustituido al Grupo anterior, recomendó la definitiva exclusión de la noción de “patrimonio común de la Humanidad”, y sugirió la introducción en el proyecto de Convenio, como principio fundamental, del concepto de “preocupación común de la Humanidad o “interés común de la Humanidad” en relación a la conservación de la diversidad biológica. No hubo consenso sobre cuál de las dos calificaciones iba a ser la seleccionada, pero sí se puso de relieve que los derechos soberanos de los Estados deberían ser afirmados expresamente; en concreto, se hizo referencia al principio 21 de la Declaración de Estocolmo⁴⁹.

Las manifestaciones de los representantes gubernamentales, realizadas en el seno del Grupo de Trabajo Especial de expertos jurídicos y técnicos sobre la diversidad biológica, durante su primer período de sesiones, también confirmaban la preferencia generalizada por la adopción de una fórmula más flexible que

47. *Vide* “Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre la labor realizada en su segundo período de sesiones en relación con la preparación de un instrumento jurídico sobre la diversidad biológica del planeta”, UNEP/Bio.Div.2/3, de 23 de febrero de 1990, párrafos 11 y 22.

48. *Vide* “Elementos que podrían incluirse en un instrumento jurídico mundial de carácter general sobre la diversidad biológica”, UNEP/Bio. Div/ WG. 2/1/3, de 24 de septiembre de 1990, capítulo III.

49. *Vide* “Informe del Grupo de Trabajo Especial de expertos jurídicos y técnicos sobre la diversidad biológica acerca de la labor realizada en su primer período de sesiones”, UNEP/Bio.Div/WG.2/1/4, de 28 de noviembre de 1990, párrafo 30 y 31.



la categoría de patrimonio común de la Humanidad⁵⁰. Finalmente, la opción internacionalizadora desapareció definitivamente en el "Proyecto revisado de Convenio sobre la Diversidad Biológica", que recogió, únicamente, los conceptos de "preocupación, responsabilidad o interés común de la humanidad"⁵¹.

En los siguientes proyectos revisados de Convenio, la conservación de la diversidad biológica aparece calificada con la expresión "preocupación común de todos los pueblos", en el texto del preámbulo, y "preocupación común de toda la humanidad", en el artículo 3 sobre Principios Fundamentales⁵². El texto definitivo ampara dicha última fórmula, pero la recoge únicamente en el preámbulo, ya que desaparece el artículo dedicado a los Principios Fundamentales. Finalmente, en la versión española del Convenio se utiliza la expresión "interés común de la Humanidad"⁵³.

Así, al mismo tiempo que desaparecían las posibilidades de calificar los recursos genéticos como patrimonio común de la Humanidad, se afirmaban ya definitivamente los derechos soberanos de los Estados sobre los recursos biológicos, incluidos los recursos genéticos.

50. Vide UNEP/Bio. Div/WG.2/1/4/ Add. 1 de 5 de febrero de 1991. En concreto las declaraciones de Argentina y Colombia, Brasil, Estados Unidos, Finlandia, Malasia e India. La mayoría de los representantes preferían evitar el concepto de patrimonio común de la Humanidad.

51. Vide "Proyecto revisado de Convenio sobre la Diversidad Biológica", UNEP/Bio. Div/WG. 2/3/3 de 30 de abril de 1991, artículo 3.

52. Vide "Segundo proyecto revisado de Convenio sobre la Diversidad Biológica", UNEP/Bio.Div/ INC.4/2, de 23 de julio de 1991; "Tercer proyecto revisado de Convenio sobre la Diversidad Biológica", UNEP/Bio.Div/N5-INC.3/2, de 9 de octubre de 1991; "Cuarto proyecto revisado de Convenio sobre la Diversidad Biológica", UNEP/Bio.Div/N6-INC.4/2, de 16 de diciembre de 1991; "Quinto proyecto revisado de Convenio sobre la Diversidad Biológica", UNEP/Bio.Div/N7-INC.5/2, de 20 de febrero de 1992.

53. En la versión francesa aparece la expresión "préoccupation commune à l'humanité", y el texto inglés habla de "common concern of humankind". El texto en francés puede consultarse en *Revue Général de Droit International Public*, 1992, p. 512. La versión inglesa está disponible en *International Legal Materials*, vol. XXXI, No. 4, July 1992, p. 822.

2. *Los elementos de internacionalización: el concepto de interés común de la humanidad*

A. *La consagración internacional del concepto de interés común de la Humanidad*

Los antecedentes de la noción de "preocupación o interés común de la humanidad"⁵⁴ podemos encontrarlos en la práctica de las Naciones Unidas. El sector donde apareció por primera vez el concepto es en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁵⁵ y en la regulación de ciertos espacios del planeta⁵⁶. También ha existido un reconocimiento jurisprudencial de la existencia de una preocupación de la comunidad internacional en ciertas materias⁵⁷.

Los antecedentes inmediatos del concepto actual de interés común de la Humanidad los encontramos en la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 43/53 de 6 diciembre 1988 sobre cambio climático. La Asamblea General aprobó tal calificación con la intención de evitar la atribución del estatuto de patrimonio común de la Humanidad al clima mundial o a la atmósfera. En los años posteriores, podemos comprobar una creciente aceptación de la comunidad internacional de la categoría de interés común o interés internacional y un reconocimiento general de la legitimidad de la preocupación de la Humanidad en ciertas cuestiones ambientales de alcance

54. El concepto de "interés común de la Humanidad" es análogo al concepto de "preocupación común de la Humanidad". De hecho, los textos franceses correspondientes se refieren siempre a "préoccupation commune à l'Humanité" y los ingleses a "common concern of humankind". Sólo los textos españoles han consagrado una dualidad de nociones que, no obstante, entenderemos de contenido substancialmente similar. *Vide supra* nota 53.

55. Puede observarse en los preámbulos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1961. Ambos textos pueden ser consultados en JUSTE RUIZ, José (coord.): *Textos de Derecho Internacional Público*, Punto y Coma, Valencia, 1994, p. 201 y 207 respectivamente.

56. El preámbulo del Tratado Antártico ampara la idea de interés o beneficio de toda la Humanidad, concretamente en el párrafo segundo. El texto está disponible en JUSTE RUIZ, José (coord.): *Op. Cit. Textos de Derecho...*, *supra* nota 15, p. 383.

57. El reconocimiento judicial de que existen cuestiones internacionales que afectan a toda la comunidad internacional y que originan obligaciones *erga omnes* aparece en el 1970 ICJ Judgment, p. 32, caso *Barcelona Traction*.



global, incluso cuando las actividades relevantes tuvieran lugar en los territorios de los Estados⁵⁸. La consagración definitiva del concepto de interés o preocupación común de la Humanidad tuvo lugar en la Cumbre de Río de 1992. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo abrió a la firma dos tratados, sobre cambio climático y sobre la diversidad biológica respectivamente, que incluían la categoría de preocupación o interés común de la Humanidad. El Convenio marco sobre el cambio climático establece en el primer párrafo del Preámbulo "que los cambios del clima de la Tierra y sus efectos adversos son una preocupación común de toda la Humanidad"⁵⁹; el Convenio sobre la Diversidad Biológica, como hemos visto anteriormente, declara que "la conservación de la diversidad biológica es interés común de toda la humanidad".

En cuanto a los elementos constitutivos del concepto de interés común de la Humanidad, podemos detectar:

— el reparto de las cargas derivadas de la protección medioambiental, y de los beneficios derivados del aprovechamiento del bien calificado como "interés común de la Humanidad"⁶⁰. El reparto de las cargas medioambientales implica la consideración de la capacidad diferenciada de los diferentes países para hacer frente a las exigencias científicas y económicas. En ese sentido, existía un consenso general sobre la existencia de un reparto de las cargas, de modo que la efectividad del concepto de interés común de la Humanidad dependería completamente de la aceptación y eficaz aplicación del principio de reparto equitativo de las cargas.

Si todos los países tienen interés en la preservación del medio ambiente, todos los Estados deben contribuir de acuerdo con sus capacidades. En una dimensión económica, supone la obligación para determinados países de asumir mayores obligaciones que el resto de los miembros de la comunidad internacional. La idea de interés común de la Humanidad enfatiza también la necesidad de solucionar al mismo tiempo aquellas cuestiones vinculadas a la

58. A ese respecto puede verse la Declaración de Langkawi, hecha pública en la conferencia de 1989 de la *British Commonwealth*.

59. El texto del Convenio puede consultarse en el DOCE N° L 33/11, de 7 de febrero de 1994 y BOE de 1 de febrero de 1994.

60. Vide CANÇADO TRINDADE, A. A./ATTIARD, D. J.: "The Implications of the "Common Concern of Mankind": concept on Global Environmental Issues", en: TORU IWAMA (ed.), *Policies and Law on Global Warming: International and Comparative Analysis*, Tokyo, 1991.



protección del medio ambiente: la transferencia de tecnología, la asistencia técnica y financiera, la erradicación de la pobreza y del subdesarrollo.

— la toma en consideración de la circunstancia del "largo término", en manifiesta referencia a las generaciones futuras. Esta referencia y la mención a la Humanidad enlazan la idea de preocupación/interés común con el marco internacional de protección de Derechos Humanos. El concepto de preocupación o interés común de la Humanidad refuerza el nexo entre la protección medioambiental y la defensa de los derechos humanos. Una concepción amplia del derecho fundamental a la vida y el derecho fundamental a la salud es la *ratio legis* de las actuaciones en materia de derechos humanos y de medio ambiente, además consolida la tendencia a considerar vigente y exigible un derecho fundamental a un medio ambiente sano⁶¹, que debería ser uno de los fundamentos de las actuaciones de los Estados, a nivel nacional e internacional. Más aún, las cuestiones relacionadas con el medio ambiente global deberían percibirse como cuestiones directamente vinculadas con la supervivencia de la raza humana.

Existe una cierta concordancia entre el proceso de afirmación de los derechos humanos y el proceso de consolidación del deber de preservar el medio ambiente; ambos fenómenos presentan una evolución paralela, una tendencia a la globalización y ambos acentúan los aspectos preventivos, tanto en los instrumentos, como en su interpretación evolutiva.

Existe una evidente cercanía entre el concepto de patrimonio común de la Humanidad y el de interés común de la Humanidad. La primera semejanza es que el régimen del patrimonio común de la Humanidad y el régimen del interés común de la Humanidad comparten "a common philosophy that the benefits of access to the resource must be shared equitably"⁶². No obstante, el principio de participación equitativa en los beneficios no afecta al estatuto del recurso en sí mismo cuando hablamos de bienes declarados interés común de la Humanidad. La principal distinción entre el patrimonio común de la Humanidad y el interés común de la Humanidad es en materia de explotabilidad de los recursos. Mediante la noción de interés común de la Humanidad se evitan los problemas

61. La cuestión de la protección de los derechos humanos en materia de pueblos indígenas conectaría también con la protección del medio ambiente. Es un punto en el que confluyen la protección medioambiental y la protección de los derechos humanos.

62. BOYLE, Alan E.: "The Rio Convention on Biological Diversity", in BOWMAN, Michael/ REDGWELL, Catherine (eds.): *International Law and the Conservation of Biological Diversity*, Kluwer Law International, London/ The Hague/ Boston, 1996, p. 40.



que planteaban los aspectos de propiedad del patrimonio común de la Humanidad, y, al mismo tiempo, se pone énfasis en los aspectos de protección porque el concepto de interés común de la Humanidad no significa una menor intensidad de las obligaciones de proteger el medio ambiente por parte de los Estados.

B. *La conservación de la diversidad biológica, interés común de la Humanidad*

A pesar del reconocimiento de la soberanía estatal en materia de recursos biológicos, la percepción de la conservación de la diversidad biológica como una responsabilidad de la Humanidad entera indujo a su consagración, en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, como un "interés común de la Humanidad"⁶³. Esta definición, como hemos visto, no implica ninguna modificación o restricción de la soberanía sobre los propios recursos naturales, pero desde luego tiene trascendentales efectos.

Siguiendo a la profesora MAFFEI, la primera puntualización que debemos realizar es que la calificación de interés común de la Humanidad se refiere a la conservación de la diversidad biológica, no a la diversidad biológica en sí. Es decir, la preocupación de la Humanidad se limita a aquellos aspectos vinculados a la conservación de la diversidad biológica.

Tras constatar la insistencia del Convenio en los derechos soberanos de los Estados sobre los recursos naturales, hubiera sido lógico esperar un mayor vigor en la afirmación del interés común de la Humanidad, de modo que la defensa de la preocupación internacional compensara la insistencia en materia de soberanía estatal. No obstante, tanto los países desarrollados, como las naciones en desarrollo, estaban interesadas en moderar las menciones al interés común, obviamente, por diferentes razones. El Norte quería evitar que la noción de interés común predeterminara una asunción de obligaciones económicas, antes de conocer los costos exactos de conservación. Los países en desarrollo, por su parte, pretendían evitar cualquier tipo de justificación de una

63. La expresión "interés común de todos los pueblos" fue substituida por la de "interés común de toda la Humanidad" en el último proyecto, para evitar las suspicacias de Brasil sobre una posible atribución de derechos a los pueblos indígenas. Vide BOYLE, Alan E., *Op. Cit., supra* nota 62, p. 39 y MAFFEI, M. C.: "Evolving Trends in the International Protection of Species, *German Yearbook of International Law*, vol. 36, 1993, Berlin, p. 164, nota 133.



intervención exterior en la gestión de sus propios recursos biológicos. Así pues, el interés común de la Humanidad es afirmado únicamente en el Preámbulo, y no aparece citado en el resto del Convenio⁶⁴

El efecto fundamental e inmediato de la consagración de la conservación de la diversidad biológica como un interés común de la Humanidad es la aparición de un deber jurídico de conservarla. Según BURHENNE-GUILMIN, el concepto de interés común de la Humanidad implica una “common obligation towards an issue that is of paramount importance to the international community”⁶⁵. Los titulares inmediatos de este deber son los Estados, porque la referencia a la Humanidad no ha supuesto la instauración de una autoridad internacional encargada de velar por la diversidad biológica del planeta⁶⁶. Existe, por tanto, un deber de conservar, por parte de los Estados, y un interés en la conservación, por parte de la Humanidad. Ese deber de conservar se traduce, en el plano interno, en un deber de legislar para la conservación de su diversidad biológica; y, en el plano internacional, en un deber de cooperar para la conservación de la diversidad biológica del planeta. En palabras de la profesora MAFFEI: “Thus the legal consequence of the common concern” seems to be mainly the duty of co-operation among States”⁶⁷.

La segunda consecuencia jurídica más importante de la calificación de la diversidad biológica como interés común de la Humanidad es la orientación que va a darse al régimen de acceso a los recursos genéticos. Ya hemos expuesto que el patrimonio común de la Humanidad implicaba el libre acceso a los recursos genéticos, con independencia de su ubicación; por el contrario, la concurrencia del concepto de interés y del principio de la soberanía sobre los propios recursos configura un régimen de acceso peculiar, poseedor de rasgos

64. BURHENNE-GUILMIN, F./ CASEY-LEFKOWITZ, S.: “The Convention on Biological Diversity: A Hard Won Global Achievement”. *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3, 1992, p. 48.

65. Vide BURHENNE-GUILMIN, F./CASEY-LEFKOWITZ, S., (nota 64), p. 47, nota 15.

66. Este es uno de los inconvenientes del concepto de interés común de la Humanidad. Mientras que el régimen del patrimonio común de la Humanidad implica la configuración de un mecanismo internacional apropiado para la administración del susodicho patrimonio, en el caso del interés común de la Humanidad no se ha establecido, ni en el Convenio marco de Cambio Climático, ni en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, una instancia internacional equiparable a la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos y Océánicos, sino que se ha creado una estructura institucional tradicional y laxa.

67. MAFFEI, M. C., (nota 63), p. 165.



derivados de los derechos soberanos de los Estados y del interés de la comunidad internacional en la conservación de la diversidad biológica.

Mediante el recurso al concepto de interés común de la Humanidad, se reafirma el compromiso de la comunidad internacional en la protección de la diversidad biológica del planeta. Paralelamente, se eluden toda una serie de contradicciones que la aplicación del régimen de patrimonio común de la Humanidad a los recursos genéticos implicaba. Es decir, el concepto de interés común de la Humanidad permite asegurar los objetivos de cooperación y protección, evitando las connotaciones sobre propiedad y explotabilidad inherentes a la noción de patrimonio común de la Humanidad⁶⁸.

3. *Los elementos de nacionalización: el principio de la soberanía estatal sobre los propios recursos naturales*

A. *La consagración internacional del principio de la soberanía permanente de los Estados sobre los propios recursos naturales*

El principio de la soberanía estatal y su correlato en la dimensión económica, la soberanía permanente sobre los recursos naturales (SPRN), son dos pilares fundamentales del Derecho Internacional. Todos los Estados ejercen derechos soberanos sobre su territorio y sus recursos. No obstante, la globalización de numerosos problemas ambientales y la evolución de la propia sociedad internacional han matizado la afirmación del principio. Efectivamente, tras la caída del bloque del Este, y los cambios políticos y económicos que la siguieron, se inició un proceso de redefinición del concepto de soberanía. Si en un primer momento se afirmaron las preocupaciones en torno al respeto de los Derechos Humanos y la intervención humanitaria, inmediatamente se destacaron las inquietudes en materia de preservación del medio ambiente⁶⁹.

Ya en el campo del Derecho Internacional del Medio Ambiente, si bien se acepta el principio de la soberanía sobre los propios recursos naturales, la

68. Sobre las implicaciones del concepto de interés común de la Humanidad puede acudir a CANÇADO TRINDADE, Antonio A./ ATTARD, David J., *Op. Cit.*, (nota 60), pp. 7 y ss.

69. Sobre el paralelismo entre la globalización de la protección de los derechos humanos y la preservación del medio ambiente puede verse DÍAZ, Ayesha: "Permanent Sovereignty over Natural Resources", *Environmental Policy and Law.*, 24/4, 1994, pp. 157-173.



unidad del medio ambiente se impone progresivamente en los problemas y en las soluciones. El interés general de la Humanidad en la preservación del medio ambiente tiende a relativizar los derechos soberanos de los Estados en beneficio de los restantes Estados y de la Humanidad entera. Ningún Estado puede invocar sus derechos soberanos para legitimar una política económica y de desarrollo contraria a sus obligaciones respecto al resto de la comunidad internacional.

En el Derecho Internacional General, el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo y el Principio 2 de la Declaración de Río son expresión de este consenso universal. El primero establece que:

“De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”.

El tenor del principio 2 de la Declaración de Río coincide casi literalmente con el enunciado anterior:

“De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional”.

Si bien en un primer momento la soberanía se entendía como un concepto opuesto e irreconciliable con la sostenibilidad del desarrollo, ahora aquella es el mejor fundamento de ésta. Los Estados soberanos son los responsables ante su propio pueblo y ante el resto de la Humanidad, presente y futura, de la aplicación de políticas de desarrollo ambientalmente sostenibles.

En cualquier caso, la ratificación del Convenio sobre la Diversidad Biológica por un Estado supone la limitación por el mismo Estado de los derechos soberanos sobre sus recursos biológicos y la obligación de explotarlos, no sólo conforme a su propia política medioambiental y de desarrollo, sino también de acuerdo con el resto de las disposiciones del Convenio⁷⁰.

70. Vide NYAMEKEH BLAY, S./PIOTROWICZ, R. W: “Biodiversity and Conservation in the Twenty- First Century: A Critique of the Earth Summit 1992”, *Environmental and Planning Law Journal*, December 1993, pp. 462.



B. *Los derechos soberanos de los Estados sobre los propios recursos biológicos*

El Convenio sobre la Diversidad Biológica invoca el principio de la SPRN en varios de sus preceptos. En primer lugar, el compromiso final en este aspecto, entre los países desarrollados y los países en desarrollo, quedó reflejado básicamente en el Preámbulo, que incorpora la calificación de la conservación de la diversidad biológica como interés común de la Humanidad y el reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos biológicos. Concretamente, el párrafo cuarto del Preámbulo lo enuncia en los siguientes términos: “Reafirmando que los Estados tienen derechos soberanos sobre sus propios recursos biológicos”. Al reafirmar tales derechos, el Convenio reconoce su existencia previa al Convenio mismo. Efectivamente, los Preámbulos de varios convenios lo habían amparado⁷¹, pero ninguno lo había consagrado en el articulado. De hecho, el Convenio sobre la Diversidad Biológica es el primero que reconoce el principio de la soberanía permanente sobre los recursos biológicos, incluidos los recursos genéticos, en su parte obligatoria, concretamente en el artículo 3 y en el artículo 15⁷².

El artículo 3 del Convenio establece que:

“De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del Derecho Internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”.

Como vemos, se trata de una reproducción exacta del Principio 21 de la Declaración de Estocolmo. Tras su proclamación en este documento, el principio había sido reiterado en numerosos instrumentos de *soft law*, pero desde 1972 no había sido incluido en un texto internacional obligatorio. El encabezado del artículo, “Principio”, indica que su enunciado constituye el

71. Entre otros, el Convenio internacional para la pesca en el Pacífico Septentrional de 9 de mayo de 1952, y el Convenio de 24 de octubre de 1978 sobre futura cooperación multilateral en la pesca del Atlántico Noroeste. Los tratados están disponibles en FUENTES BODELON, F.: *Op. Cit.*, (nota 7), vol. III, pp. 121 y 284 respectivamente.

72. *Vide* GLOWKA, L./ *et alt*: *Op. Cit.*, (nota 37), p. 76, artículo 15, párrafo 1.



marco dentro del cual deben aplicarse las medidas destinadas a la realización de los objetivos del Convenio.

El principio pretende establecer un equilibrio entre el derecho soberano de cada Estado a escoger el régimen de explotación apropiado, y el deber de evitar el daño medioambiental transfronterizo. Para ello, no sólo declara la obligación de los Estados de garantizar que las actividades realizadas bajo su jurisdicción o control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”, sino que también manifiesta que los derechos soberanos se ejercerán de “conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del Derecho Internacional”.

El artículo hace referencia al texto constitucional de la comunidad internacional y al conjunto de principios del Derecho Internacional, incluidos los referentes a la protección del medio ambiente, y que son continente de obligaciones esenciales, como el deber de utilización sostenible de los recursos, la obligación de prevenir el daño ambiental, de cooperar en la preservación del medio ambiente, entre otras⁷³.

El artículo 15.1 del Convenio sobre la Diversidad Biológica reitera la soberanía estatal sobre los recursos biológicos, cuando establece que en “reconocimiento de los derechos soberanos sobre sus recursos naturales, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos incumbe a los gobiernos nacionales y está sometida a la legislación nacional”. La alusión del párrafo 1 está destinada a fundamentar la competencia nacional para regular las condiciones de acceso al patrimonio genético de los Estados e inspira la totalidad del régimen esbozado en el resto de los párrafos del artículo 15. Esta era una de las reivindicaciones de partida del Grupo de los 77. Obviamente es una consecuencia lógica de la aplicación de la SPRN a los recursos genéticos.

El examen del régimen de acceso a los recursos genéticos esbozado por el Convenio sobre la Diversidad Biológica supera los objetivos del presente trabajo⁷⁴. No obstante, vamos a comentar algunos de los aspectos más relevantes del artículo 15. El artículo declara que “cada Parte contratante procurará crear condiciones para facilitar a otras Partes Contratantes el acceso a los recursos genéticos para utilizaciones ambientalmente adecuadas, y no imponer restricciones contrarias a los objetivos del presente Convenio”. En consecuen-

73. *Ibid.*, p 26, artículo 3.

74. Acerca del régimen del Convenio sobre acceso a los recursos genéticos puede acudir a HENDRICKX, Fred/ KOESTER, Veit/ PRIP, Christian, “Convention on Biological Diversity, Access to Genetic Resources: A Legal Analysis”, *Environmental Policy and Law*, vol.23, 1993, pp.250 y ss.



cia, no existe ni un deber de conceder el acceso por parte del Estado, ni un derecho de otros Partes Contratantes a exigirlo. A pesar de ello, el Convenio sí matiza la facultad soberana de regular el acceso, y lo hace mediante tres limitaciones.

En primer lugar, mediante la creación de una obligación de cada Parte Contratante de procurar "(...) crear condiciones para facilitar a otras Partes contratantes el acceso a los recursos genéticos (...)". La elección de los verbos "procurar" y "facilitar" configura una obligación difícilmente exigible.

En segundo lugar, la obligación anterior se refiere únicamente a aquellos casos en los que el acceso esté destinado a utilizaciones ambientalmente "adecuadas". El Convenio parece descartar así un acceso inadecuado a los recursos genéticos, aunque guarda silencio sobre ello. En todo caso, no parece arriesgado afirmar que la competencia sobre la determinación de la "adecuación ambiental" del acceso requerido es una facultad del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentran los recursos genéticos deseados.

Finalmente, el párrafo concluye enunciando la obligación de las Partes Contratantes de procurar "no imponer restricciones contrarias a los objetivos del presente Convenio"⁷⁵. La infracción de este deber es difícilmente demostrable.

En definitiva, se reconoce la facultad soberana de los Estados para dotarse de su propio régimen de acceso, y el Convenio únicamente restringe mínimamente esta capacidad. El elemento capital en el régimen de acceso es el consentimiento fundamentado previo de la Parte que proporciona los recursos genéticos, consiguientemente las condiciones de acceso deben ser mutuamente convenidas entre la Parte que proporciona el material genético y las otras Parte interesadas.

En sus últimos párrafos, el artículo perfila un sistema de participación de las Partes origen de los recursos genéticos en los resultados de las actividades de investigación y desarrollo, y en los beneficios derivados de su utilización comercial y de otra índole. Este último elemento fue una reivindicación fundamental en la agenda de los países en desarrollo durante las negociaciones.

III. CONCLUSIONES

75. Sobre los efectos jurídicos de un objetivo en la aplicación e interpretación del tratado que lo contiene puede verse GLOWKA, *L.J et alit: Op. Cit.*, (nota 37), p 15.



Durante décadas, la corriente predominante entre la doctrina jurídica y la comunidad científica internacional fue considerar que los recursos genéticos de la Tierra constituían una especie de “patrimonio natural de la Humanidad”, a pesar de que el Derecho Internacional no había abordado aún la cuestión de la naturaleza jurídica de los recursos genéticos, persistiendo en este punto una importante laguna jurídica. Con vistas a resolverla, las organizaciones internacionales, los expertos juristas, científicos y los grupos ecologistas se mostraron partidarios de plasmar el interés de toda la Humanidad en el patrimonio genético del planeta mediante un tratado que consagrara un régimen internacional de conservación y utilización de los recursos genéticos.

Posteriormente, fue abriéndose camino, sobre todo entre los gobiernos de los países en desarrollo, la idea de que los recursos genéticos se encontraban sujetos al principio de la soberanía permanente de los Estados sobre los recursos naturales y, en consecuencia, resultaba inaplicable su conceptualización como un patrimonio universal, de acceso libre y gratuito para toda la Humanidad.

Finalmente, la entrada en vigor del Convenio sobre la Diversidad Biológica ha consagrado la perspectiva nacionalizadora. No obstante, el Convenio ha adoptado, al mismo tiempo, ciertos rasgos internacionalizadores, al reconocer la preocupación de toda la Humanidad en la conservación de la diversidad biológica. Como era previsible, los factores económicos y los intereses particulares de los diferentes grupos de países han jugado un papel determinante en la incorporación en el Convenio de la opción nacionalizadora⁷⁶.

La extensión de los derechos soberanos de los Estados a los recursos genéticos ha sido coherente con los intereses económicos y políticos de las naciones en vías de desarrollo. Pero además, era una posibilidad sumamente favorecida por la defensa feroz por parte de los países desarrollados de los derechos de propiedad intelectual sobre las nuevas variedades genéticas y sobre las invenciones biotecnológicas. Desde una perspectiva jurídica, no encontraríamos razones que pudieran conducir a la exclusión de los recursos genéticos de los recursos naturales sobre los que los Estados ejercen derechos soberanos.

Actualmente, y en el marco de los trabajos desarrollados por la estructura institucional del Convenio sobre la Diversidad Biológica, la vigencia del

76. Efectivamente la profunda revaloración del material genético gracias a los avances en el campo de la ingeniería genética fue uno de los factores determinantes de gran parte de las negociaciones.



principio de la soberanía permanente sobre los recursos genéticos debe garantizar la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, y también asegurar, como objetivo inseparable e igualmente valioso, la participación justa y equitativa de todos los Estados en los beneficios derivados de los recursos genéticos.

Para concluir, debemos hacer dos puntualizaciones. El reconocimiento de la *soberanía* de los Estados sobre los recursos genéticos no supone atribuirles la *propiedad* sobre los mismos. La cuestión de la propiedad de los recursos genéticos no debe entenderse regulada por el Convenio sobre la Diversidad Biológica, sino que deberá ser desarrollada por las propias legislaciones nacionales⁷⁷.

Por otro lado, la percepción de la preservación del patrimonio genético de la Tierra como una preocupación de la Humanidad entera, ha llevado a la consagración de la conservación de la diversidad biológica como un *interés común de toda la Humanidad*. El concepto de interés común de la Humanidad supone el reconocimiento de que la Humanidad tiene el derecho y el deber de adoptar las iniciativas pertinentes para la prevención y reparación del problema en cuestión. Al mismo tiempo, el interés común de la Humanidad supone algo más que el mero reconocimiento de un conjunto de deberes internacionales, implica la obligación de todos los individuos, todos los pueblos y todas las generaciones, presentes y futuras, de participar en la conservación del patrimonio genético, que constituye, en palabras del profesor KISS, la más grande riqueza material de que disponemos.

77. Vide GLOWKA, L. *et alt.*: *Op. cit.*, nota 37.