



TÍTULO

LA EQUIDAD EN LA UTILIZACIÓN DE LOS RECURSOS GENÉTICOS NATURALES DEFENDIENDO LOS DERECHOS DE SUJETOS INTERNACIONALES INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN Y DERECHO COMPARADO

AUTOR

Sergio Ramiro Peña Neira

Esta edición electrónica ha sido realizada en 2015

Director	Dr. Manuel José Terol Becerra (Universidad Pablo de Olavide)
Instituciones	Universidad Internacional de Andalucía ; Universidad de Huelva
Programa de	Programa Interuniversitario de Doctorado en Ciencia Jurídica : Ciencia
Doctorado	Jurídica, Teoría y Derecho Comparado
ISBN	978-84-7993-660-0
©	Sergio Ramiro Peña Neira
©	De esta edición: Universidad Internacional de Andalucía
Fecha de lectura	21/11/2013



Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas

Usted es libre de:

- Copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra.

Bajo las condiciones siguientes:

- **Reconocimiento.** Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciadador (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra).
- **No comercial.** No puede utilizar esta obra para fines comerciales.
- **Sin obras derivadas.** No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

- *Al reutilizar o distribuir la obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra.*
- *Alguna de estas condiciones puede no aplicarse si se obtiene el permiso del titular de los derechos de autor.*
- *Nada en esta licencia menoscaba o restringe los derechos morales del autor.*

TESIS DOCTORAL

LA EQUIDAD EN LA UTILIZACIÓN DE LOS RECURSOS
GENÉTICOS NATURALES DEFENDIENDO LOS DERECHOS DE
SUJETOS INTERNACIONALES:
INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN Y DERECHO COMPARADO

CATEDRÁTICO: DR. MANUEL JOSÉ TEROL BECERRA

DOCTORANDO: SR. SERGIO RAMIRO PEÑA NEIRA

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA-UNIVERSIDAD DE HUELVA

ESPAÑA

2012

Universidad Internacional de Andalucía, Universidad de Huelva

Facultad de Derecho

Doctorado en Ciencia Jurídica

“Ciencia jurídica, Teoría y Derecho comparado”

Doctorado de calidad

LA EQUIDAD EN LA UTILIZACIÓN DE LOS RECURSOS
GENÉTICOS NATURALES DEFENDIENDO LOS DERECHOS DE
SUJETOS INTERNACIONALES: INTERPRETACIÓN Y
APLICACIÓN Y DERECHO COMPARADO

Sergio Peña Neira

2012

A mis profesores

A mi familia

“Aun no se ha extraído, ni con mucho, todas las beneficiosas consecuencias de la “Doctrina pura del Derecho” para las ciencias jurídicas particulares. Cuando se aplique a fondo, a la dogmática del Derecho civil, mercantil, etc., la armazón conceptual de la doctrina pura del Derecho y la teoría del Derecho posible, se operará en aquellas disciplinas una revolución auténticamente renovadora”

Luis Recasens Sichés.

“Un error tan importante, fuente constante de desilusiones, era posible, evidentemente, sólo como consecuencia de la insuficiencia de principios científicos. A causa de una malentendida preocupación por una actualidad y una utilidad superficiales y aparentes, aun se continuaba dejando el examen de esos principios, y- pese a los fracasos repetidos- se seguía utilizando categorías tradicionales sin someterlas a una meditación más profunda. Así, ciñéndome a realizar un estudio sobre una cuestión de Derecho internacional, me he encontrado frente a esa alternativa, o afrontar los problemas capitales de la realidad del Derecho y de la ciencia, o renunciar a mi trabajo.”

Umberto Campagnolo, discípulo de Kelsen

ÍNDICES SINTÉTICO Y ANALÍTICO

ÍNDICE SINTÉTICO

Título	1
Dedicatoria	5
Índices sintéticos y analítico	7
Introducción	23
PRIMERA PARTE	129
Capítulo I	
Capítulo I Primera Parte	131
Análisis jurídico de la Convención sobre Diversidad Biológica y en particular el artículo 15 de la misma	133
Capítulo I Segunda Parte	183
La Soberanía y los derechos derivados de la misma	183
Capítulo II	249
Conceptos relacionados con la División de beneficios en perspectiva ambiental internacional y comparada, Justicia y Equidad	249
SEGUNDA PARTE	309
Capítulo III	311
El problema de la propiedad intelectual e industrial y los Recursos Genéticos Naturales	
Capítulo IV	335
Acceso y División de beneficios a través de acuerdos o contratos públicos y privados, un acuerdo general	335
TERCERA PARTE	371
Capítulo V	373
Interpretación de normas jurídicas internacionales, los tratados que regulan los Recursos Genéticos Naturales	373
Capítulo VI	433
La aplicación de la Convención sobre Diversidad Biológica, su artículo 15, estudios de casos	433
CUARTA PARTE	579
Capítulo VII	581
La violación de derechos y obligaciones, la responsabilidad internacional y su sanción en el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica	581
Capítulo VIII	619
Solución de las controversias ambientales internacionales cuyo origen sea el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica	619
CONCLUSIONES	641
BIBLIOGRAFÍA	681

ÍNDICE ANALÍTICO

Título	1
Título	3
Dedicatoria	5
Índices sintético y analítico	7

INTRODUCCIÓN

Palabras preliminares	25
Hipótesis	29
Un ejemplo graficando la hipótesis	32
El problema o la configuración metodológica	33
Metodología de la investigación	35
Conceptualización de los elementos metodológicos	36
El artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica	38
¿Por qué analizar el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica?	40
¿Por qué analizar el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica conforme a la metodología propuesta?	42
Breve excursión sobre la regulación del Medio Ambiente	44
El Derecho ambiental	45
La definición de Derecho ambiental	49
Derecho comparado o comparación	52
Derecho Internacional Público	53
Las preguntas que animan la investigación	56
Razones de la metodología y criterios metodológicos	58
La investigación y la hipótesis	61
Desarrollo de la hipótesis	62
El Derecho como concepción unitaria y monista	65
Los objetivos de la tesis doctoral	67
Definiciones, conceptos y clasificaciones	69
1.- La Comunidad internacional como sustrato de derechos y obligaciones internacionales y nacionales	72
2.- Regulación internacional de la “comunidad internacional”	74
Regulación de los supuestos uno al nueve por la Convención sobre Diversidad Biológica	80
3.- La obediencia del Estado al Derecho Internacional Público	82
4.- El Estado, sujeto principal del Derecho Internacional Público dentro de la comunidad internacional representante de la nación	84
5.- Derechos y obligaciones como supuestos de las relaciones ambientales internacionales y comparadas	89

6.- El artículo 15 de la Convención, una norma jurídica	93
Derechos y obligaciones	96
Reconocimiento de derechos y obligaciones y clasificaciones	97
Clasificación	99
Derechos	99
Derecho soberano para definir Acceso	99
Obligaciones	100
Fundamentos de los derechos y las obligaciones	102
Recursos Genéticos Naturales	103
La naturaleza jurídica de los Recursos Genéticos Naturales y su regulación para el Derecho	106
La naturaleza jurídica de los Recursos Genéticos Naturales en el Orden jurídico chileno	106
Naturaleza jurídica de los Recursos Genéticos Naturales en el Derecho Internacional Público	108
Naturaleza jurídica de los Recursos Genéticos Naturales en el Derecho ambiental	109
Explicación de los términos del concepto Recursos Genéticos Naturales	111
El artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica, características particulares	112
A.- Generalidad	113
B.- Abstracción	113
C.- Carácter incorporeal	114
D.- Marco de trabajo o fundamento para el Acceso y la División equitativa de beneficios	115
Interpretación en el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica Exegética	116
Interpretación conforme a los términos de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados y la misma Convención	116
Acceso a los Recursos Genéticos Naturales	119
Aplicación nacional del artículo 15	123
La equidad	124
Explicación de cada capítulo	127
Agradecimientos	127

PRIMERA PARTE	131
CAPÍTULO I PRIMERA PARTE	
ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CONVENCION SOBRE DIVERSIDAD BIOLÒGICA Y EN PARTICULAR EL ARTÍCULO 15 DE LA MISMA	133

Análisis jurídico de la Convención sobre Diversidad Biológica y en particular el artículo 15 de la misma	135
Introducción	135
La Convención sobre Diversidad Biológica en 1992, sus orígenes, desarrollo	136
Aspectos relevantes del artículo 15 en relación a los derechos y a las obligaciones	144
¿Cómo identificar derechos y obligaciones internacionales (de carácter subjetivo)?	143
Tipo, carácter o naturaleza de los derechos y las obligaciones	146

El artículo 15 y sus diversos números	146
El artículo 15 número uno	148
Derechos soberanos reconocidos en el artículo 15 número uno	148
Limite al derecho	150
Derecho soberano para determinar el Acceso a los Recursos Genéticos Naturales	150
Derecho soberano a determinar el Acceso a los Recursos Genéticos Naturales sujeto a la legislación nacional	151
Obligaciones internacionales derivadas del artículo 15	154
1.- Obligación de crear condiciones que faciliten el Acceso para razones o motivos ambientales	154
2.- La obligación de establecer requisitos haciendo posible o alcanzable	155
3.- Obligación de no imponer condiciones que corran o sean contrarias a los objetivos de la Convención	157
4.- Obligación de llegar a acuerdos mutuamente consensuados cuando el Acceso garantizado	158
5.- Obligación de obtener Consentimiento Informado Previo del Estado proveedor del recurso en cuyo territorio el recurso tiene su origen	161
Consentimiento Informado Previo y su ausencia en el derecho nacional	164
Declaración unilateral de Consentimiento Informado Previo	165
Consentimiento Informado Previo y postulante privados	165
6.- Obligación de desarrollar y llevar adelante la investigación científica	166
7.- Obligación de compartir en forma justa y equitativa	168
Las partes involucradas o los sujetos	171
Equidad y justicia en general y en la Convención sobre Diversidad Biológica	172
Comparación entre el número uno y el número siete del artículo 15	173
¿Por qué están ambos relacionados?	175
Aplicación internacional del artículo 15	177
Artículo 16 de la Convención y su participación en la División de beneficios	179
Los “derivados” de los Recursos Genéticos Naturales	179
La definición de los “derivativos”	183
CAPÍTULO I SEGUNDA PARTE	187
LA SOBERANÍA Y LOS DERECHOS DERIVADOS DE LA MISMA	187
<hr/>	
Marco de referencia	189
La Soberanía “persistente”	190
Los pensadores políticos que sustentan la Soberanía	204
La “Soberanía” en España conforme a Hobbbes, Maquiavello y Bodino	209
La Soberanía y sus derechos sobre los recursos genéticos de animales, plantas y microorganismos	211
A.- Resolución número 1314 (XIII) de 1958	215
B.- Resolución número 1803 de 1962 de la Asamblea General de las Naciones Unidas	218
C.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966	225
D.- Declaración del desarrollo social y el desarrollo de 1969	228
E.- La Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano, Estocolmo,	

1972	229
F.- Declaración del Derecho al Desarrollo de 1986	226
G.- Revisión de la implementación de la Declaración para la profundización de la seguridad internacional	226
Artículo 3 de la Convención sobre Diversidad Biológica	231
Artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica	232
Los derechos derivados de la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales	235
Los derechos derivados de la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales y no mencionados en el artículo 15	235
Soberanía, Acceso a los Recursos Genéticos Naturales y División equitativa de beneficios	236
La Soberanía como principio	236
Soberanía expresada en derechos	241
La Soberanía en el Acceso, en la ejecución de actos sobre Recursos Genéticos Naturales y en la División de beneficios	242
Los Derechos soberanos aplicables en el Acceso	243
Derecho soberano al control de los Recursos Genéticos Naturales	243
Derecho soberano a explotar los Recursos Genéticos Naturales	244
Derechos soberanos en la ejecución de actos sobre Recursos Genéticos Naturales	244
Derecho soberano sobre la utilización	245
Derechos soberanos en la División de beneficios	245
245	
Conclusiones del capítulo	247
CAPÍTULO II	253
CONCEPTOS RELACIONADOS CON LA DIVISIÓN DE BENEFICIOS EN PERSPECTIVA AMBIENTAL INTERNACIONAL Y COMPARADA, JUSTICIA Y EQUIDAD	253
<hr/>	
Introducción	255
La División equitativa de beneficios con atención a los términos establecidos de común acuerdo por los Estados entre los mismos o con particulares	256
Violación de las normas de la Convención a través de una extracción ilegal, norma básica	257
La Convención sobre Diversidad Biológica en el artículo 15 supone la posibilidad de poder extraer legalmente así como lícitamente	259
La Justicia y la Equidad, concepto, historia, determinación de un criterio	260
Conceptos de Justicia y Equidad	261
Historia del concepto de “Justicia”	263
Las discusiones acerca del concepto de “Equidad”	275
La Equidad en el campo jurídico	276
La Equidad en el Derecho Internacional Público	277
La importancia de la Equidad en la determinación de los recursos (no de los beneficios)	280

Hans Kelsen y su opinión respecto de la “Justicia” y la “Equidad”	281
Análisis de Kelsen acerca de pensadores políticos	284
Los sentidos de las expresiones “Equidad” y “Justicia” en la Convención sobre Diversidad Biológica de 1992	293
Determinación de un criterio para aplicar la Equidad y la Justicia o la interpretación de estos términos partiendo de la Convención sobre Diversidad Biológica	295
Explicación del concepto de “Equidad” y “Justicia”	297
Discusiones actuales en materia de equidad y cuestiones a resolver	297
Importancia de la “Equidad” en la División de beneficios	298
La interpretación en los términos “equitativo” y “justo” cuando se dividen los beneficios	300
Los beneficios a obtener de los Recursos Genéticos Naturales	307
La División equitativa de los beneficios	309
Los conocimientos tradicionales y locales	310
Conclusión	311
SEGUNDA PARTE	315
CAPÍTULO III	317
EL PROBLEMA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL Y LOS RECURSOS GENÉTICOS NATURALES	317
<hr/>	
Introducción	319
Pregunta a contestar	319
Un ejemplo: la Unión Europea	320
La propiedad intelectual e industrial, concepto	322
Recursos Genéticos Naturales y propiedad intelectual e industrial (Acceso y División equitativa de beneficios)	323
La naturaleza de la propiedad intelectual e industrial en el Derecho Internacional Público y comparado	324
Posibles conflictos o contradicciones normativas	328
Casos: artículos de la Convención sobre Diversidad Biológica y el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio	331
Un “leve” cambio en el ácido desoxirribonucleico	331
Uso abusivo del derecho a la protección de la propiedad intelectual protegido por patentes: Recibir algo por nada	332
El problema de los “conocimientos tradicionales” y de los “conocimientos locales”	333
Conclusión	338
CAPÍTULO IV	341
ACCESO Y DIVISIÓN DE BENEFICIOS A TRAVÉS DE ACUERDOS O CONTRATOS PÚBLICOS Y PRIVADOS, UN ACUERDO GENERAL	341
<hr/>	
Introducción	343
¿Podrían ser otros actos jurídicos?	346

Los problemas de los acuerdos entre Estados para el Acceso y la División de beneficios	347
Caso Convenio INTA-University of Arizona	348
Discusión acerca del contrato	352
Situación de las partes en el contrato, los derechos y la equidad	354
Los problemas de los acuerdos entre Estado y particulares para el ingreso	356
1.- Tipo de norma jurídica reguladora del tema	357
2.- Naturaleza jurídica de los Recursos Genéticos Naturales	358
3.- Estatuto normativo jurídico aplicable	359
4.- Normas de representación y autorización de parte del ente estatal que conoce y autoriza al ente (persona natural o jurídica privada) la respectiva transacción	360
5.- Términos de la transacción y su consagración en el contrato	361
6.- Contrato y su idioma	363
7.- Ley aplicable al contrato, las obligaciones y derechos contenidos en el contrato mismo	363
8.- Obligaciones y derechos con terceros a propósito del conocimiento tradicional	364
9.- Transferencia de la propiedad o el sólo arriendo o concesión del recurso y del conocimiento	365
10.- Transformación de Recursos Genéticos Naturales del Estado a propiedad privada debido a ser los derivados de propiedad o los derechos intelectuales son temporal o perpetuamente de una persona jurídica de Derecho privado	366
11.- Análisis de carácter tecnológico sobre el recurso	367
12.- Tipos de instrumentos	368
13.- Definiciones de los elementos	368
14.- Reconocimiento de los derechos soberanos	369
15.- División de los beneficios equitativamente, es decir, de manera de considerar a lo menos en proporción del aporte	369
16.- Solución de las controversias	370
17.- Propiedad sobre los resultados de la investigación	371
Propuesta de convertir en un modelo de Acceso a los contratos	372
Conclusión	373
TERCERA PARTE	377
CAPÍTULO V	379
INTERPRETACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONALES, LOS TRATADOS QUE REGULAN LOS RECURSOS GENÉTICOS NATURALES	379
<hr/>	
Introducción	381
La interpretación científica	381
Normas dependientes unas de otras	383
Interpretación	386
Formas de ejecución de la interpretación: norma jurídica general a particular, escalonamiento	387
Despejando algunos problemas de la interpretación	387
La formación del proceso interpretativo	389
El problema voluntad-texto, indeterminación no intencional	394

La imposibilidad de una interpretación única y correcta: La discrecionalidad	395
Las normas de interpretación de los tratados aplicadas a las Convenciones sobre Diversidad Biológica y al Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio	396
Debate actual	400
Las normas de interpretación de las normas jurídicas nacionales	401
Cambio de sujetos	405
Abuso del Derecho	405
Breve referencia a la estructura y definición del Abuso del Derecho	405
El caso en cuestión	406
¿Qué ocurre con la posible derogación de una norma jurídica por otra, en este caso, de la aplicación de normas jurídicas del Acuerdo sobre Derechos Intelectuales relacionados al Comercio y la Convención sobre Diversidad Biológica?	408
Un primer caso: Las Declaraciones sobre Medio Ambiente Humano de Estocolmo 1972 y sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992	410
Desarrollo histórico	412
Carácter o naturaleza de las Declaraciones	412
Análisis dogmático	412
Solución al problema de los vacíos	418
Solución a los problemas prácticos de ausencia de distinción en la materia	416
El Protocolo de Nagoya o la interpretación de la interpretación	418
Naturaleza jurídica del Protocolo	419
Preguntas formuladas respecto del Protocolo	420
Análisis del Protocolo en materia de Acceso y División Equitativa de Beneficios	423
Términos utilizados	426
El ámbito de regulación jurídica	427
Acceso a los Recursos Genéticos Naturales y la División o participación justa y equitativa en los beneficios generados por tales recursos	428
Acceso a los recursos genéticos	429
Participación justa y equitativa de los beneficios	431
Conclusión	433
CAPÍTULO VI	439
LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE DIVERSIDAD BIOLÓGICA, SU ARTÍCULO 15, ESTUDIOS DE CASOS	439
<hr/>	
Introducción	441
El caso de Costa Rica	444
Evolución histórica de la regulación jurídica costarricense	446
La relación entre Inbio y el Estado	447
Evolución en la aplicación de las normas sobre Acceso y División Equitativa de Beneficios	449
El acuerdo de Cooperación de 1994	450
El contrato entre Inbio y Merck	452
Derechos, obligaciones del contrato	453
Derechos de Merck	453

Obligaciones de Inbio	454
Obligaciones de Merck	454
Beneficios para Inbio y para Merck	456
Beneficios para Inbio	456
Beneficios para Merck	456
Evaluación del contrato entre Inbio y Merck	456
Las críticas sociales	457
Secretismo en las negociaciones	457
Uso de trabajo y transferencia de tecnología insuficiente	458
Centralización y beneficio	458
Apoyo social	458
Apoyo de la comunidad científica	459
Críticas jurídicas	459
Críticas contrarias al Orden jurídico costarricense	459
Críticas al objeto del contrato	460
Críticas contrarias al sujeto del contrato	460
Críticas contrarias a la Equidad del contrato	461
Críticas contrarias al procedimiento de apropiación y la situación de terceros	461
Críticas contrarias al secreto en ciertas cláusulas del contrato	461
Críticas a las fuentes del Orden jurídico del Contrato Merck-Inbio	462
La Ley de Biodiversidad de Costa Rica como aplicación de la Convención sobre Diversidad Biológica	462
Instituciones legales	465
La Soberanía sobre los Recursos Genéticos Naturales	465
Consentimiento Informado Previo	466
Términos Mutuamente Acordados	467
División Equitativa de Beneficios	468
Derechos en la Ley de Costa Rica en materia de Biodiversidad	470
Obligaciones en la ley costarricense de Diversidad biológica	470
Posibles nuevas reglas de División Equitativa de Beneficios en Costa Rica	471
Conclusiones	473
El caso de la India	475
Introducción	475
Tres casos relacionados a la División Equitativa de Beneficios derivados de los Recursos Genéticos Naturales	477
Posibles errores o conceptos equivocados en el caso del arroz Basmati	479
El caso del árbol Neem	480
El caso “Jeevani”	482
Participación en los beneficios en el caso “Jeevani”	483
Discusiones y reacciones a los casos de extracción ilegal y a los contratos	483
Caso del arroz “Basmati”	484
Imposibilidad de reclamar contra las patentes otorgadas por la Oficina de Patentes y Comercio de los Estados Unidos de Norte América	484
La India sólo ganó cuatro de las veinte solicitudes	485
Progresiva violación de la Soberanía nacional de la India	486
Ignorancia de las contribuciones de las comunidades locales	486
Violación de los Acuerdos sobre Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados al Comercio	486

Violación de las “indicaciones geográficas”	487
El caso “Basmati” fue un éxito para la India	488
La libertad de comercio en el caso “Basmati”	488
Ningún derecho sobre marca comercial sobre el arroz "Basmati" a alguna compañía	488
El caso “Neem”	489
Patentabilidad del árbol “Neem”	489
El uso de nuevas técnicas científicas sobre técnicas indias tradicionales	490
Elementos negativos	490
La patente parece que fuere un ataque contra el conocimiento local e indígena	490
Mal uso de patentes	491
Elementos positivos	491
Actuales beneficios para la economía India	491
Convirtiendo la basura en riqueza	491
El caso "Jeevani"	491
Los elementos negativos del caso “Jeevani”	492
Ausencia de información	492
Problemas con los Derechos de propiedad intelectual	492
Problemas con la participación	492
Ley de Biodiversidad	492
Razones para una Ley de Biodiversidad	492
Necesidad de una ley	493
Materias relevantes de la Ley de Biodiversidad	493
La Soberanía sobre recursos naturales (genéticos)	494
Autorización imperativa de la Autoridad Nacional India para cualquier resultado de investigación derivada de recursos biológicos	495
Posibilidad de la Autoridad Nacional de Biodiversidad de oponerse a todo derecho de propiedad intelectual otorgado fuera de la India	495
Consentimiento Informado Previo	495
Intimación previa al Consejo Estatal de la Biodiversidad	496
Términos o Cláusulas Mutuamente Acordadas (Mutually Agreed Terms)	496
Investigación conjunta colaborativa	496
División Equitativa de Beneficios	496
La División Equitativa de Beneficios derivadas del uso de los recursos biológicos de sus productos derivados	497
Prácticas asociadas a su uso, aplicación y conocimiento	497
Cumplimiento de la División Equitativa de Beneficios	497
Creación de un Fondo para la División de los beneficios	498
Evaluación de la Ley de Biodiversidad India	498
Confusión y debilidad	499
La Ley sobre Biodiversidad contraviene la Convención sobre Diversidad Biológica de 1992	500
Excepción general para los Indios en cuanto pueden obtener los beneficios de los recursos biológicos	501
Crítica específica a la imposibilidad de investigación colaborativa en agrobiodiversidad	501
Posibilidad de ausencia de revisión judicial	502
Reglas sobre la División de beneficios en la India	503
Conclusión	503

El caso brasileño	504
La Convención de Diversidad Biológica y Brasil	504
Las normas jurídicas constitucionales brasileñas	505
El contrato entre Novartis y Bioamazonia, interpretación y aplicación del artículo 15 de la Convención en el Acceso y la División Equitativa de Beneficios	506
El segundo contrato, contrato internacional entre una empresa y una representante del Estado sobre bienes pertenecientes al Estado	507
Análisis formal del contrato Bioamazonia con Novartis del año 2000	507
Contenido del contrato	508
Derechos y obligaciones en el caso del contrato Bioamazonia-Novartis	508
Derechos de Novartis	508
Derecho de selección de microorganismos	508
Derecho de modificación del objeto de análisis de manera unilateral	509
Derecho unilateral a extender el plazo de ejecución del contrato	509
Derecho de propiedad sobre derivados e invenciones	509
Obligaciones de Novartis	509
Obligaciones de Bioamazonia	510
Los beneficios	511
Bioamazonia	511
Novartis	511
La oposición al contrato	513
La reacción jurídica, justificación de una norma jurídica nacional	514
Conclusiones	518
El caso chileno	519
Las normas constitucionales y los recursos naturales, en particular la biodiversidad	520
Los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres	526
Los bienes nacionales de uso público o bienes públicos	531
Las cosas incorporales en el Derecho chileno	532
Protección de estos derechos a través del Recurso de Protección	534
¿Es posible de desafectar un bien nacional de uso público?	540
Los bienes susceptibles de apropiación	540
Limitación a la apropiabilidad	541
Expropiación de la propiedad	541
¿Cuál es la obligatoriedad de una tratado internacional en relación al Estado de Chile, su órganos y a sus habitantes?	548
¿Cuál es la situación jurídica del tratado internacional en el Orden jurídico chileno?	550
¿Cuál es la posibilidad de solicitar la inconstitucionalidad de parte de diputados o senadores o de solicitar la inaplicabilidad por las partes en un juicio de un tratado internacional incorporado al Orden jurídico chileno?	551
¿Es posible al Tribunal Constitucional chileno haga incurrir en responsabilidad internacional al Estado de Chile frente a la declaración de inaplicabilidad de un precepto de la Convención sobre Diversidad Biológica?	553
Un caso de aplicación de un tratado internacional: UPOV	554
La aplicación	557
La situación legal en Chile	565
La “Murtilla” chilena	571
La importancia económica de la “Murtilla”	572

Los “principios” relacionados al Acceso	574
La transferencia de recursos genéticos	576
Solicitud de Acceso a recursos fitogenéticos	577
Conclusión	579
CUARTA PARTE	585
CAPÍTULO VII	587
LA VIOLACIÓN DE DERECHOS Y OBLIGACIONES, LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL Y SU SANCIÓN EN EL ARTÍCULO 15 DE LA CONVENCIÓN SOBRE DIVERSIDAD BIOLÓGICA	587
<hr/>	
Introducción	589
Fundamentos de esta propuesta	593
Violación de derechos y obligaciones, su descripción, los hechos	606
La responsabilidad internacional ambiental en materia de violación de las normas contenidas en el artículo 15	607
A.- Actividades de particulares que involucran al Estado	613
B.- Actividades de entes del Estado que actúan como representantes del mismo	614
C.- Actividades del Estado	615
El nacimiento de la responsabilidad ambiental en materia de violación de las normas contenidas en el artículo 15	616
Conclusión	621
CAPÍTULO VIII	625
SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS AMBIENTALES INTERNACIONALES CUYO ORIGEN SEA EL ARTÍCULO 15 DE LA CONVENCIÓN SOBRE DIVERSIDAD BIOLÓGICA	625
<hr/>	
Introducción	627
Soluciones extrajurídicas internacionales y nacionales	629
Las soluciones extrajurídicas internacionales	630
Negociaciones directas (diplomáticas)	630
La mediación internacional	631
Buenos Oficios	631
La Conciliación	632
El arbitraje en sus diversas expresiones	633
Las soluciones extrajurídicas nacionales	635
Solución del conflicto por medio de la decisión de la Corte Internacional de Justicia	635
Conclusiones	637
CONCLUSIONES	641
<hr/>	
Introducción	643

Conclusiones destacables	647
Conclusiones derivadas de la norma jurídica misma y su interpretación	648
Conclusiones derivadas de la norma jurídica misma en el Orden jurídico	662

BIBLIOGRAFÍA	681
Bibliografía	683

INTRODUCCIÓN

Palabras preliminares

La finalidad de esta tesis doctoral en Ciencia jurídica es interpretar y aplicar jurídicamente, en términos específicos, un artículo de un tratado internacional, científicamente, mediante las metodologías históricas, dogmáticas, tópicas y exegéticas desde la perspectiva de Hans KELSEN y el kelsenianismo (a su vez, desentrañando el sentido y alcance de algunos términos desde otras perspectivas).

Este artículo relaciona a sujetos de Derecho Internacional Público con las obligaciones y los derechos de la Soberanía, Equidad, Justicia, así como Acceso y División de beneficios a y de los recursos genéticos de animales, plantas y microorganismos no domesticados o de la naturaleza (o Recursos Genéticos Naturales). La Equidad y la Justicia, como conceptos, requieren ser explicadas para entender su ubicación en el procedimiento lógico de determinación en la División de ganancias para cada sujeto (por esencia difíciles de calcular, sino fruto del albur) y derivables de la explotación de un bien, lo que es igual, un recurso natural, donde estos conceptos, tras la interpretación, nos permiten afirmar y proponer como hipótesis un uso propio, nuevo en la legislación nacional de los países donde la Convención sobre Diversidad Biológica (la Convención, en adelante) se aplica, parámetros de evaluación de la obligación de dividir los beneficios provenientes de los Recursos Genéticos Naturales o sus productos (diferencia de la función tradicional de la Equidad como moderadora de la ley, integradora, interpretadora o completadora de la ley en caso de ausencia o laguna).

Esta es una investigación centrada en la interpretación interna y externa de la mencionada norma jurídica tanto en el Orden jurídico internacional cuanto en el nacional, aplicando la Teoría Pura del Derecho de Hans KELSEN, porque se determina el sentido, alcance y procedimiento de la norma, abstracta, ordena la conducta de entes

ideales (personas naturales y jurídicas, Estados) imponiéndoles prestaciones y otorgándoles facultades aplicables de manera compulsiva y heterónoma, internacional y nacionalmente, (es decir, desde un deber ser se transforma en un ser para el sujeto y el objeto a regular a través de la determinación de los supuestos de hecho correspondiente)¹. KELSEN, en la Teoría del Derecho, procuró entender al Derecho tanto en su globalidad cuanto en sus detalles, en su creación y en su interpretación y aplicación y es quien moldea muchas de las formas del razonamiento jurídico contemporáneo no habiéndose leído su obra como un procedimiento hermenéutico y gnoseológico².

Nos concentraremos en la interpretación, aplicación y ejecución de una norma jurídica a fin de descubrir semejanzas y diferencias en la esencia del Acceso y la División equitativa de los beneficios, saber la relación entre los conceptos señalados en el Orden jurídico. Aislamos la norma jurídica para contextualizarla y lograr entender la misma en su interpretación³. Debido a conllevar lógica, racionalidad e intuición, la hermenéutica o interpretación ha sido de mi interés desde mis estudios de pregrado,

1 Éste es el problema de la Hermenéutica, la transformación de conceptos como las normas jurídicas, en el mejor caso palabras escritas contenidas en un texto que por su estructura y ordenación establecen una orden, una permisión o prohibición, resulta extraordinaria al hacerse efectiva en la realidad pudiendo llegar, inclusive, a la sanción de un Estado, la cancelación de un derecho garantido por el Orden Jurídico del mismo Estado pero indebidamente concedido.

2 Una afirmación que inunda esta tesis es ser la Teoría Pura del Derecho una teoría acerca de la metodología de la interpretación del Derecho. Esto no podría ser de otra manera, si se intenta describir al Derecho y genera una teoría acerca de la hermenéutica del Derecho debido a que toda la teoría denominada Teoría Pura del Derecho o que hemos decidido conceptualizarla como Teoría del Derecho en puridad o esencia es una teoría acerca del conocimiento del Derecho, del conocer, y para ejecutar los actos gnoseológicos, se requiere una teoría de la hermenéutica jurídica con el nombre indicado y construida en un libro sobre la base de una serie de investigaciones anteriores.

3 KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, 7a Edición, Porrúa, México, 1993, p. 19.

Con esto significo que no estamos analizando este tópico desde su perspectiva histórica ni sociológica y, menos aun, axiológica. Es estrictamente dogmática donde se inicia nuestro estudio aunque se incluyen estudios histórico-jurídicos. Lo que ocurre es que al hablarse de aplicación de las normas no existe consideración a la aplicación entre normas jurídicas o desde las normas jurídicas a la realidad y cómo la modifican. Generalmente existe cierto desdén hacia esta aplicación. Dentro de esta perspectiva dogmática las concepciones ius naturalistas del derecho y ius positivistas del mismo adquieren principal fuerza donde trabajamos con la teoría pura del derecho en su versión kelseniana y miramos al concepto de Equidad en tal perspectiva así como en la perspectiva iusnaturalista. En el ámbito sociológico se habla más bien de implementación, donde el elemento sociológico entraría a ser discutido de manera más profunda buscando que se hicieran modificaciones conductuales profundas, de no producirse se habla de "mala calidad de las normas". Eso es política o propaganda, no es ciencia y tampoco es aplicación. Las personas, la mayoría de las veces cumple con la mayoría de sus obligaciones. Cuando no cumple el Derecho tiene sanciones al incumplidor. Para un análisis lógico y epistemológico de la Teoría Pura del Derecho cfr. PATEV, Valentín, Metodología y Ciencia Jurídica en el Umbral del Siglo XXI, Universidad Externado de Colombia, Primera Reimpresión, Bogotá, 1997, pp. 116-121. Para un estudio crítico de la obra kelseniana, un poco temprana LEGAZ I LACAMBRA, Luis, Kelsen, Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena (con prólogo de Luis Recasens Siches), Librería Bosch, Barcelona, 1933, RECASENS SICHES, Luis, Prólogo, en LEGAZ I LACAMBRA, Luis, op. cit., pp- 8-11, VALLET DE GOYTISOLO, Juan, Metodología jurídica, Civitas, Madrid, 1988, pp. 217-235, particularmente 232 a 235 donde el autor desarrolla una interesante crítica por reduccionista y agrega una serie de elementos relacionados a la crítica de la teoría de nuestro autor, interesantes pero que se ven disminuidas por, en nuestra opinión, una suerte de caricaturización del mismo. Una defensa interesante en SQUELLA, Agustín, Derecho, Desobediencia y Justicia, Departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile, Valparaíso, 1977, p. 277-278 y en todo el libro donde expresa que KELSEN posee una opinión determinada relacionada con la Justicia pero dentro de la Teoría Pura del Derecho y para una crítica de la aplicación de dicha teoría LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, Teoría impura del Derecho, Universidad de Los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Legis, Primera reimpresión, Bogotá, 2004, particularmente el capítulo sobre la aplicación del derecho en Colombia de la teoría kelseniana donde indica que auxiliarían a la concepción formalista anterior a KELSEN (p. 344 y ss.). Estoy de acuerdo en que en Colombia dicha opinión resulta válida de manera completa. Es un hecho que la misma, si se mira a Latinoamérica, tiene plena aplicación en cuanto la obra de Andrés BELLO, su Código Civil, se aplicó en buena parte del continente, abonando el camino para la teoría kelseniana, un tema que sin embargo, debe ser tratado en otra oportunidad. Crítica a la obra de LÓPEZ MEDINA, vid. VILLALONGA TORRILLO, Cristián, LÓPEZ MEDINA, DIEGO (2004): TEORÍA IMPURA DEL DERECHO. LA TRANSFORMACIÓN DE LA CULTURA JURÍDICA LATINOAMERICANA* (BOGOTÁ, LEGIS-UNIVERSIDAD DE LOS ANDES-UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA) 480 PP. PRÓLOGO DE DUNCAN KENNEDY, Revista chilena de Derecho, Vol. 36, núm 1, 2009, pp. 196-197.

inclusive antes; de inmensa importancia para la Teoría del Derecho, la Ciencia jurídica, las soluciones judiciales y no sólo allí sino en las áreas relativamente poco exploradas y desarrolladas del Derecho sea en el proceso de producción y creación de normas jurídicas o para, luego, generar el proceso de interpretación usando la teoría general y finalmente aplicarla y ejecutarla. Las limitaciones científicas y tecnológicas (literatura dispersa del autor citado aquí, así como otros autores de la misma categoría) nos llevan a abocarnos a esta contribución.

La misma no sólo tiene como fundamento lo expresado en la invocación hecha a Luis RECASENS SICHES en una tesis como esta⁴. Ésta, sin embargo, fue una evaluación de la obra kelseniana, lo anterior en la década del 30 del siglo pasado, el ser una “Teoría fundamental de los conceptos jurídicos formales a priori”. Con ello sirvió y sirve de andamiaje esencial de toda Ciencia jurídica⁵.

Así también nos situamos entre los observadores de esta explicación ontológica y gnoseológica del Derecho, Opus Magna, con un afán o espíritu crítico, a fin de mejorarla encontrando aspectos o temas a ser reconducidos, explicados, reformulados y desarrollados del pensamiento de KELSEN.

Deplora el profesor RECASENS en ese momento, década de 1930, se considere a la teoría de KELSEN como una Teoría general del Estado o de Filosofía del Derecho, cuestión discutible por la notable producción de textos de KELSEN en la primera de las áreas y por considerarse él un especialista en Teoría del Derecho, no en Filosofía jurídica o del Derecho, analista del Derecho vigente (el ser), no el Derecho que debería ser o debiera ser⁶.

Sin embargo, es el mismo RECASENS quien posteriormente escribe un bello opúsculo a la muerte de nuestro autor, contando una anécdota ocurrida en la

4 RECASENS SICHES, Luis, op. cit., p. 10.

5 RECASENS SICHES, Luis, op. cit., p. 9.

6 Aunque el profesor LEGAZ ya en ese momento señala que el Derecho natural distingue entre ser y deber ser. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, op. cit., p. 32.

Universidad Nacional Autónoma de México donde KELSEN acepta ser clasificado entre un “mejorador” de su teoría⁷ y así como el profesor RECASENS.

Además, recordamos la impresión causada por la muerte de KELSEN en la Universidad Hispalense, referida por el profesor Carlos Petit⁸, y la necesidad de contar con Ciencia jurídica, como conversara conmigo mi director el profesor Manuel Terol⁹ y no podemos menos sino considerar a tales razones suficientes para desarrollar esta investigación.

Mi interés no sólo en la lengua germana sino en su desarrollo iusfilosófico y dogmático en cada una de las disciplinas constitutivas de la base metodológica de este texto, son fundamento de esta investigación. Finalmente, arrancar un poco conocimiento de quien es considerado el más grande jurista del siglo XX y aun del XXI y proponer insuficiencia del estudio de su teoría (amén de su vida como teórico) en la debida profundidad y en la aplicación de la misma, constituyen otros fundamentos y alicientes para este trabajo. KELSEN me ha seguido interesando desde mis estudios anteriores al pregrado cuando analicé a KANT y a HEGEL así como a autores cristianos, existencialistas o no. Me llamó la atención la inteligencia y profundidad de las formulaciones de éstos. Sobresalía KELSEN. Sobresalía porque formulaba algo intuitivo desde pequeño al leer el Código Penal chileno (obra basada en el autor español PACHECO) el Código Civil chileno (obra de don ANDRÉS BELLO): la rigurosidad en sus planteamientos y el inconfesado deseo de hacer ciencia en el Derecho, muchas veces traspasado éste por nociones de personas ligadas exclusivamente a la política, a la economía u otra área del conocimiento humano. Conocí abogados y profesores universitarios de Derecho desde muy joven, niño en verdad, y todos tenían una estructura lógica que se les entregaba el Derecho, un razonamiento único y

7 RECASENS SICHES, Luis, Balance de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, Boletín Mexicano de Derecho comparado , número 19, 1974, pp. 165-166.

8 PETIT, Carlos, La investigación jurídica: Historia, Teoría y Comparación, IIIer Programa Interuniversitario de Doctorado en Ciencia Jurídica: Teoría, Historia y Comparación, Huelva-Palos de la Frontera, 2009.

9 TEROL, Manuel, Seminario sobre Corrupción, Criminalidad y Derecho penal, Universidad Federal de Bahía, Salvador de Bahía, 2011.

ejemplificador dilucidado por KELSEN en parte (soy de los que creo que hay que mejorar dicha teoría). BELLO lo ha aportado con el Código Civil chileno, y el Código Penal chileno es otra fuente inspiradora, pero el rigor de la obra kelseniana no podría haberse asentado en Latinoamérica sin el trabajo desarrollado por BELLO como lo he expresado, pero eso es un asunto a desarrollar en otra parte.

Hipótesis

Es fundamental la interpretación jurídica, dogmática-histórica y sistemática del artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica (la Convención), *lege data, ad intra, ad extra y vis a vis* otras normas jurídicas internacionales o nacionales, porque deseo saber acerca del cumplimiento e incumplimiento de algunos Estados en su territorio y así garantizar derechos a otros Estados a quienes se les ha incumplido derechos y obligaciones soberanos de Estados y de Justicia y Equidad en la División de los beneficios con el objeto de determinar los conceptos básicos y las relaciones entre Soberanía¹⁰ y Equidad y Justicia en la División de beneficios provenientes de los Recursos Genéticos Naturales a fin de poder saber el sentido de dichos conceptos y cómo se aplican los mismos desde la perspectiva teórico jurídica, jurídica ambiental y comparada desde el Derecho internacional al nacional.

La falta de estudio de este proceso interpretativo lleva a lo menos a no entender, la relación entre la Soberanía y el Acceso así como Equidad y División de beneficios y la relación de las normas jurídicas internacionales (con sus derechos y obligaciones) y las normas jurídicas nacionales (donde es posible, probable y prácticamente seguro el

10 KELSEN indica lo que es la soberanía ya tempranamente. Señala que "(...) un orden es el supremo, es *soberano*, no está subordinado a ningún otro orden, cuando su *norma fundamental* no pertenece a otro ordenamiento, esto es, a otro sistema de normas establecidas; lo cualquier decir que esta *norma fundamental* no tiene una razón de validez o vigencia que sea común a otras normas porque ella misma no fue establecida con arreglo a las determinaciones de una norma. La norma fundamental del orden soberano o supremo no puede estar establecido o puesta positivamente; sólo puede ser una norma supuesta-determinada hipotéticamente." Explica este gran jurista que, "[a] tribuir al Estado un carácter de soberanía, desde el punto de vista teórico formal, significa únicamente que el sistema de normas que llamamos orden estatal, se encuentra en su último fundamento de validez y vigencia (y, por tanto, su unidad) en una norma, la cual a fuerza de última, es supuesta sin una justificación ulterior, sin que necesite de otra *norma fundamental*. KELSEN, Hans, Compendio de Teoría General del Estado, Ediciones Gernika S. A., México, 2009, (Traducción RECASENS SICHES, Luis), p. 56.

incumplimiento de tales derechos y obligaciones), privando de un conocimiento fundamental al Derecho y privando de los beneficios a los sujetos de Derecho correspondiente.

La interpretación se efectúa en un plano histórico-dogmático (gnoseológico), en razón de ser el artículo 15 de la Convención, el “Régimen Internacional de Acceso y División de Recursos Genéticos Naturales”¹¹, aplicable tanto a sujetos de Derecho Internacional Público como nacional, derivando ciertas interpretaciones y aplicaciones normativas correctas y otras erradas, que incumple la norma, generando una sanción, responsabilidad jurídica internacional o nacional y constituir éste el método expresado y el sentido indicado por KELSEN respecto de su teoría, aplicada aquí¹².

Así podremos estudiar la interpretación del artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica, en particular los números uno y siete con el objeto de entender la relación entre Acceso y División Equitativa de los Beneficios obtenidos de la utilización de los Recursos Genéticos Naturales (Justicia y Equidad) y cómo uno (Acceso) implica la licitud de la otra (División Equitativa) pero no necesariamente se comprende la relación contraria necesariamente aplicable: la Equidad para tal reparto de beneficios. Así también se busca comprender más sobre Soberanía y División de beneficios equitativos donde la Equidad es una obligación internacional y los Derechos soberanos derivados de la Soberanía tienen una contrapartida en las obligaciones de los demás Estados de no afectar tales derechos y, por cierto, comprender a uno de los juristas más importantes del siglo XX, Hans KELSEN y el desarrollo de su concepción del Derecho

11 Como será puesto de relieve en el transcurso de esta exposición y que ha sido indicado por BORRAS PENTINAT, Susana, Los regímenes internacionales de protección al medio ambiente, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

12 Es posible encontrar documentos que dan cuenta la interpretación del artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica y como no han podido ser entendida la interpretación y las obligaciones internacionales y derechos internacionales, cfr. SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, Analysis of gaps in existing national, regional and international legal and other instrument relating to Access and Benefit Sharing, página 4 número 17 donde se reclama la sobre las diversas formas de interpretar esta norma jurídica a nivel nacional cuando la misma norma jurídica entrega tal posibilidad con lo que se genera la idea que quienes comentan no entienden lo que son las obligaciones y derechos internacionales propios del Derecho Internacional Público y menos que hablamos de una división de beneficios equitativa y donde se pone énfasis en los beneficios y la administración de los mismos sin entrar a analizar los métodos a través de los cuales y los montos que deberían indicarse como propios de un actuar equitativo, la norma jurídica a aplicar, la relación de la convención como norma jurídica de un Orden Jurídico internacional y de uno nacional, su relación con otras normas jurídicas. Los análisis no consideran, en mi opinión los problemas jurídicos, que son los reales y más relevantes sino que se centran en problemas de administración de la riqueza que se generará. La supuesta necesidad de “adopción de medidas para acceso y división equitativa de beneficios a lo menos debería considerar a la convención como la primera norma jurídica que cumple con las obligaciones y derechos internacionales reconocidos y aplicarla, porque se critica la tal falta de “adopción” SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, op. cit., p. 10, número 38, KELSEN, Hans, op. cit., 1993, pp.8, 11.

como forma de análisis metodológico, Ciencia jurídica, aprendiendo intelectualmente la relación entre el Estado, los derechos y obligaciones internacionales y nacionales relacionados con recursos naturales (bienes¹³ de cierta característica) a fin de generar finanzas para la conservación de tales bienes o recursos naturales y los ilícitos atípicos, afectando esta relación generando la responsabilidad internacional y nacional de los Estados por amparar estos ilícitos.

En definitiva, la Soberanía tiene un objetivo loable, obtener recursos para el medio ambiente sin amparar por la misma los actos ilícitos internamente, en este caso, protección por propiedad intelectual¹⁴ de Recursos Genéticos Naturales ajenos. Se analizan dos conceptos jurídicos fundamentales.

Este es un estudio sobre el ser del Derecho, es decir, su objeto ideal o jurídico, normas jurídicas, interpretación, enunciados jurídicos, además se debe analizar su aplicación, las formas de su incumplimiento, las sanciones al mismo y una serie de elementos necesarios para entender tales formas de incumplimiento.

La interpretación o interpretaciones correctas e incorrectas abordadas en este texto generan, digámoslo desde ya, dificultades para entender la aplicación de la norma jurídica internacional ambiental en el Derecho Internacional Público y en el Derecho nacional de cada Estado convirtiendo, desde una perspectiva internacional y comparada a las normas jurídicas internacionales en normas jurídicas nacionales diferentes, e inclusive, pudiendo las normas jurídicas nacionales incumplir las obligaciones emanadas de las normas jurídicas internacionales¹⁵. Toda norma jurídica es interpretada al ser expuesta en palabras, en expresiones normativas como leyes, tratados u otras.

13 "Todas las cosas que no siendo personas pueden ser de utilidad al hombre-y más especialmente las cosas que componen nuestra hacienda, caudal o riqueza- (...) se comprenden las acciones de cualquier naturaleza que sean", ESCRICHE, Joaquín, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Nueva Edición, Librería de Rosa y Bouret y Cia, Paris, 1852, p. 362. Donde se hace una referencia a las Siete Partidas de Alfonso X, El Sabio.

14 A fin de entender la propiedad intelectual debemos indicar que las capacidades humanas, según los filósofos clásicos, se dividían en las de sentir, desde la cual se percibe lo corpóreo, de otra perspectiva, la de entender, que permite captar lo incorpóreo y lo primero es lo que cae en la perspectiva de los sentidos donde algunos los relacionaban a un solo sentido, el del tacto y reduciendo lo corpóreo es lo que se relaciona con el tacto. Pero lo incorpóreo tuvo otro camino que seguir, donde lo más relevante es la posibilidad de afirmar o negar su ser. GUZMAN BRITO, Alejandro, Las Cosas Incorporales en la Doctrina y en el Derecho positivo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1995, pp. 19-22. Nos encontramos con las primeras diferencias entre unas y otras propiedad, sobre cosas corporales e incorporales.

15 Al respecto Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo, San José de Costa Rica, 24 de febrero de 2012.

Así, si el Derecho contiene normas jurídicas concediendo derechos y estableciendo obligaciones, todas sus ramas tienen normas jurídicas que devendrían en derechos y obligaciones para los sujetos de Derecho. Si tales derechos y obligaciones pertenecen al Orden jurídico en un plano internacional y son violentadas (por interpretaciones erradas, por ejemplo), entonces nos encontramos con un ilícito internacional, un incumplimiento de derechos y obligaciones internacionales, derechos y obligaciones incorporables en el Derecho nacional de cada Estado.

Un ejemplo graficando la hipótesis

Permítasenos un ejemplo, si alguien una noche ingresara a nuestro hogar, tomara el auto, lo sacara y se fuera (por ejemplo, de viaje) obteniendo dinero del arriendo del mismo, de su probable desarme o de cualquier otra actividad (incluyendo la incorporación a un registro jurídicamente establecido por el legislador) probablemente no encontraríamos aquello ni justo ni equitativo. Lo anterior, aun cuando luego se nos ofreciera una cantidad de dinero por quien tomó nuestro automóvil¹⁶.

Lo más probable, además de la devolución del automóvil *in integrum* es exigir una indemnización por los perjuicios cometidos en esta extracción ilegal.

Sin embargo, en un mundo ideal, se hace necesario pensar, por lo menos en una sanción para quien, sin el permiso, el acuerdo del dueño, obtiene algo. Pero en el procedimiento de sanción nos enfrentamos a algunos supuesto de Abuso del Derecho¹⁷, concepto caracterizado recientemente como un ilícito carente de tipificación o de descripción determinada y determinable, es decir, imposible de ser delimitado sus

16 Ejemplo presentado al profesor Manuel TEROL BECERRA y la profesora Carmen NUÑEZ LOZANO durante el curso de doctorado en la Universidad Internacional de Andalucía en febrero de 2009. Es un ejemplo que resume esta tesis doctoral. El artículo 244 del Código Penal español indica una conducta similar que típica, antijurídica y culpable nos lleva a la sanción sea que no la devuelva o que la devuelva después del plazo indicado. Este bien mueble indicado en la disposición 244 del Código Penal se obtiene de una extracción contraria a derecho, se usa y se devuelve pero podría suceder que no se devuelva completo, se ejecuten actos que busquen obtener un beneficio del bien hurtado (rentarlo como medio de transporte) pero siempre la sustracción convierte cualquier acto posterior en ilícito. GÓMEZ MARTÍN, Víctor, Los delitos contra la propiedad en Chile y España: un estudio comparado, La regulación chilena de los delitos contra la propiedad, Segundo Seminario Conjunto de Derecho penal, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2011.

17 ATIENZA, Manuel, MANERO, Juan, Argumentación e ilícitos atípicos, en SQUELLA, Agustín, Sobre el Razonamiento jurídico en Revista de Ciencias Sociales número 45, Primer y Segundo Semestre de 2000, Edeval, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 2000, pp. 341 ss. Aquí se habla de la situación especial de conceptos que trabajan en el ámbito de la dinámica jurídica como fundamento o base de la noción de Derecho, propia de la distinción de la obra Teoría Pura del Derecho denominada "Dinámica Jurídica", al respecto KELSEN, Hans, op. cit., 1993, pp. 361-362.

contornos o figura, la tipicidad, concepto propio del Derecho penal, tiene una excepción en este ilícito, pero el ilícito es un concepto de teoría del Derecho común al Orden jurídico¹⁸.

Lo incomprensible es la “magia” jurídica por la cual un dueño pierde el dominio, se convierte en un tercero, respecto de los frutos de dichos bienes y queda en manos de un tercero agregando algo, investigación sobre un objeto protegido por el Derecho, sin transformarlo, sino, sólo se mantiene como dueño del original y en aras de un alegato carente de fundamentos jurídicos pretende en convertirse en dueño de los frutos por cuanto, aquello fruto de lo principal se lo considera como nuevo. Esto contraviene, todos los razonamientos jurídicos, el dueño de una cosa es dueño a lo accedido, son las normas conocidas en el Derecho privado e internacional público como Ocupación y, sin embargo, en materia de Derecho Ambiental inaplicables. Este es el problema a analizar y proponer soluciones o conclusiones jurídicas permitiéndonos observar, a lo menos, el dudoso “cambio” de Orden jurídico, las mismas consideradas en esta tesis¹⁹.

El problema o la configuración metodológica

Resulta lógico pensar, como lo han sugerido los especialistas desde la primera mitad del siglo pasado, la violación de normas jurídicas ambientales internacionales derivadas de un tratado internacional se sanciona a través de una declaración y/o cantidad de dinero a fin de cubrir los daños producto del incumplimiento, independiente del reclamo de uno o más Estados e independiente de ser un tratado bilateral y

18 ATIENZA, Manuel, MANERO, Ilícitos atípicos, Editorial Trotta, 2ª Edición, Madrid, 2006. Según los autores, los mismos son reglas, se caracterizan conforme a la opinión de Frederick SCHAUER como supraincluyentes o subincluyentes. Análogamente dicen los autores que un ilícito atípico, el caso del Abuso del Derecho es tal, en cuanto la regla no contenga todos los casos o tenga un alcance superior a los que constituyen la base del ilícito (p. 28).

19 Hay autores que abiertamente consideran la Convención sobre Diversidad Biológica un obstáculo para el desarrollo de la actividad comercial e investigativa porque o los Estados establecerán legislación restrictiva al acceso o se impedirá el obtener estas muestras a científicos. Estas críticas resultan paradójicas porque si ello fuere así, la existencia de limitaciones, no se hubiere negociado y firmado esta convención, se estarían violando normas jurídicas internacionales y nacionales, como veremos, caeríamos en “Abuso del Derecho” pero más aun, carecería de sentido solicitar protección jurídica a las invenciones porque con la misma lógica del libre acceso podría solicitarse la tecnología libre de costo o sencillamente extraerse ilícitamente y, es un hecho público y notorio que hoy día hay organismos internacionales que promueven tratados internacionales y leyes nacionales que protejan el producto de la actividad intelectual, sea ingenio o talento. Para una opción de este tipo donde la libertad es el principal objetivo entendido como un dejar hacer al mercado, se puede consultar el trabajo de PIGRETTI, María, Propiedad de los recursos fitogenéticos y reglas de acceso en el derecho argentino e internacional. Propuesta para incrementar beneficios locales, Universidad de Lund, Lund, 2006.

multilateral.

En términos generales, en el último caso conocido y fallado por la Corte Internacional de Justicia (la Corte, en adelante) se alegó, entre otros argumentos, el incumplimiento de la Convención sobre Diversidad Biológica y, no se falló el mismo, por ausencia de prueba y no se señaló ausencia de incumplimiento o presencia de cumplimiento de un tratado internacional como fundamento de la sentencia y una de las partes adujo incumplimiento de la Convención sobre Diversidad Biológica²⁰. Podría argüirse la necesidad de prueba pero bastaba con saber de la destrucción de la vida por la contaminación para comprobar lo veraz de la afirmación de Argentina y conceder a su favor.

Lo obvio en conservación de recursos genéticos puede no serlo en la utilización para dividir equitativamente los beneficios provenientes de los Recursos Genéticos Naturales, tópico propio del Derecho ambiental internacional y nacional relacionado directamente con el Derecho comparado pero al cual hemos agregado la Teoría del Derecho como elemento demostrativo de la participación del pensar jurídico, particularmente la obra del profesor Hans KELSEN en su estructura de la norma jurídica y como la misma ordena a las personas. Este conocimiento habrá de ser sistemático, propio de la dogmática, utilizando la referencia al pensamiento exegético de la norma donde se la divide y luego se la ordena conforme a parámetros de determinación lógica a fin de alcanzar el sentido y alcance de la misma aplicando el elemento gramatical, el histórico y en una instancia posterior el sistemático donde la lógica posee importancia.

20 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Argentina v. Uruguay (Pulp Mill Case), the Hague, 2010, paragraphs 56, 260. Sin embargo, las obligaciones internacionales derivadas de tratados que protegen componentes del medio ambiente, generalmente se relacionan al tema de la conservación de dichos componentes, que siendo muy relevantes, no son, sin embargo, únicos. Un caso en que se ha entendido de la manera indicada este proceso es la obra del profesor Antonio REMIRO BRETONS quien deja constancia en el Capítulo XXXIX de la "conservación del medio ambiente". Vid, REMIRO BRETONS, Antonio et al., Derecho internacional, Mac Graw Hill, Madrid, 1997, p. 1125 y ss.

Metodología de la investigación

El análisis investigativo emplea la metodología de carácter dogmática, mirando a hacer efectivos derechos y obligaciones derivados del referido artículo²¹. Asimismo, incluye los análisis metodológicos histórico (origen y desarrollo “basado en textos auténticos y en las inferencias necesarias o verosímiles” posibles de obtener²²), tópico (planteamiento y búsqueda de solución a problemas normativos, discordancias o lagunas, aplicación nacional) y exegético (análisis gramatical), de normas jurídicas internacionales y efectuando comparación en la aplicación, en síntesis, la interpretación y aplicación de una norma jurídica²³.

Este procedimiento aplica varias metodologías relacionadas con las normas jurídicas pertenecientes al Derecho público (principalmente) y Derecho privado (en menor medida).

Ciertamente como uno de los discípulos de Hans Kelsen ha indicado, no existe una diferencia entre el Derecho público y el Derecho privado²⁴ o como diversos autores han dicho, la diferencia parece no sostenerse hoy en día²⁵, pero la distinción metodológica resulta necesaria para entender los criterios jurídicos en las diferentes soluciones (inoperatividad o permisividad). Así también se observa la relación existente con la tecnología genética, particularmente con referencia al tema de los recursos genéticos *in genere* y de los Recursos Genéticos Naturales, en particular, y la propiedad intelectual y miramos a un concepto amplio de conservación o protección de los mismos donde la regulación a nivel internacional del Acceso y la División equitativa de los beneficios y su aplicación nacional comparada adquieren nueva fuerza y nuevos

21 En esta materia puede consultarse a CORRAL TALCIANI, Hernán, *Cómo se hace una tesis en Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, y Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho* (Traducción de Roberto VERNENGO), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, p.121 esta es la primera edición de la traducción pero emplearemos la edición de 1993.

22 GUZMAN BRITO, Alejandro, El significado histórico de las expresiones “Equidad natural” y “Principios de Equidad” en el Derecho chileno”, en GUZMAN BRITO, Alejandro, *Estudios Dogmáticos de Derecho civil*, Ediciones universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2005, p.11; GUZMAN BRITO, Alejandro, El significado histórico de las expresiones “Equidad natural” y “Principios de Equidad” en el Derecho chileno”, en UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO, *Revista de Ciencias Sociales*, 18-19, Valparaíso, 1981, p. 111-143.

23 CORRAL TALCIANI, Hernán, op. cit. p.15.

24 Kelsen, Hans citado en METALL, Rudolf Aladar, Hans Kelsen y la Escuela Vienesa de la Teoría del Derecho, en OLIVA, Claudio, *Estudios sobre Hans Kelsen*, Edeval, Valparaíso, 1993.

25 Por todos, RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *Fuentes y División del Derecho positivo*, Edeval, Valparaíso, 1968.

elementos relevantes.

Este procedimiento interpretativo planteado en el inicio de este apartado considera una norma general y abstracta al aplicarse a nivel nacional: puede mostrar concordancias, diferencias o discordancias y lagunas haciéndolas visibles y posibles de análisis y solución en su caso, centrándose lo anterior en la relación entre Derecho Internacional Público y nacional donde la aplicación directa o previa aprobación del Órgano legislativo tiene importancia para la norma jurídica internacional²⁶.

Nos cabe explicar la norma jurídica internacional de carácter ambiental analizada dogmática e históricamente. El análisis dogmático se divide a su vez en un análisis exegético, así también se aplica un análisis de carácter sistemático y finalmente otro de carácter tópico.

La metodología indicada es muy antigua en el Derecho y tiene por objeto permitirnos entender la norma jurídica en sí misma, en relación a otras normas jurídicas y en relación a discordancia o contradicción entre normas y su solución práctica y las relaciones jurídicas entre normas jurídicas, si las hay. Se consulta una serie de autores a fin de entender conceptos como “Términos Mutuamente Aceptados”, “Consentimiento Informado Previo” y otros términos.

Se incorporan también normas jurídicas nacionales y algunas entrevistas sobre los aspectos más fundamentales de la interpretación y aplicación de la norma jurídica a nivel nacional.

Conceptualización de los elementos metodológicos

El elemento dogmático se enfrenta desde la perspectiva de Antonio HERNÁNDEZ GIL al indicar:

26 Por todos, MALANCZUCK, Peter, *Ackehurst's a modern introduction to international law*, Routledge, London, 1998.

“(…) Se entiende por tal, sobre todo, un determinado método, la operatividad intelectual, predominantemente lógica, proyectada sobre el Derecho, y en particular la operación de construcción jurídica, que representa a la vez, el conocimiento sistemático y la elaboración del sistema.”²⁷.

Lo descrito es Ciencia jurídica, esto es lo que ejecutaremos en esta investigación a través de las afirmaciones expuestas incorporando evidencia y razonamientos para fundar los argumentos, permitir indicar de manera completa la interpretación de este artículo y la solución de los problemas manteniendo “una descripción axiológica adiáfora de su objeto”²⁸. Es denominada, por otros, teoría descriptiva del Derecho provocando un cambio hacia lo bueno y razonable desde el punto de vista práctico²⁹. Es decir, la aplicación de esta metodología de investigación jurídica es aceptada de manera común.

Siguiendo a otro positivista, Robert ALEXY, una de las características de la Ciencia jurídica, expresada por Hans KELSEN, nuestro referente en el análisis dogmático, es el análisis iniciado (como un hecho), tiene, como causa eficiente, como objeto de estudio, una norma jurídica obligatoria, el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica. En ella, de ella y con ella se deducen una serie de consecuencias, incorporadas a las nociones presentadas por HOHFELD³⁰ sobre obligación o deber y derechos e interpretación conforme a la Convención de Viena sobre Derechos de los

27 HERNANDEZ GIL, Antonio, La Ciencia Jurídica tradicional y su transformación, Editorial Civitas S. A. Madrid, 1981, p. 42.

28 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, p. 94.

29 FINNIS, John, Derecho natural, Ley natural, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 49-50. Así se afirma: “El teórico descriptivo no está (...) obligado a adoptar en su teoría todos los conceptos que las sociedades que él está estudiando han usado en su propia auto interpretación de sus mismas prácticas.(...) Pero es precisamente un pensamiento *práctico* disciplinado e informado (ya sea “teórico, i.e. reflexivo, en su propósito, o más inmediatamente dirigido a la acción) en el que puede proporcionar una crítica de estos conceptos, con el fin de superar los obstáculos que ellos ponen en el camino del pensamiento claro sobre los que debe hacer.” (...) “Significa esto que la teoría del derecho descriptiva (y la ciencia social como un todo) está sujeta inevitablemente a las concepciones y prejuicios que cada teórico posee acerca de qué es bueno y prácticamente razonable? Sí y no. “Sí”, en la medida en que no cabe eludir la exigencia teórica de que debe hacerse un juicio de *significación e importancia* si la teoría ha de ser algo más que un inmenso montón despreciable de hechos heterogéneos descritos con una multitud de terminologías inconmensurables. “No”, en la medida en que la adquisición disciplinada de un conocimiento correcto sobre los asuntos humanos (...) es una ayuda importante para el teórico reflexivo y crítico en su esfuerzo por convertir sus propios prejuicios prácticos (y los de su cultura) en juicios verdaderamente razonables acerca de qué es bueno y prácticamente razonable. El conocimiento descriptivo puede, de este modo, provocar una modificación de los juicios de importancia y significación con que el teórico abordó sus datos por primera vez y puede sugerir una re conceptualización”. Es decir, desde una perspectiva iusnaturalista es forma de concebir la metodología investigativa es de significación e importancia y aceptable para encontrar soluciones a los problemas de la aplicación de las normas jurídicas.

30 HOHFELD, Wesley, Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, Yale University Press, Ed. Cook, 1923, HOHFELD, Wesley, Conceptos Jurídicos Fundamentales, Fontamara, México, 1995. Estas distinciones son incorporadas por KELSEN en su teoría, cfr. KELSEN, Hans, op. cit., 1993, pp.123-200.

Tratados de 1969³¹, los conceptos de Justicia y Equidad en materia ambiental así como la voluntariedad entre Estados, a nivel nacional o interno y, finalmente, la Soberanía a los cuales analizaremos, es decir, conceptos internos.

En la relación con otras normas jurídicas podemos incorporar la protección jurídica a través de la propiedad intelectual de productos del medio ambiente, responsabilidades internacional y nacional ambiental por ausencia de permiso para la incorporación a registros de solicitudes de patentes sobre ciertos Objetos del Derecho, me refiero a productos y procesos fundados en genes de animales, plantas y microorganismos, así como otros conceptos necesarios para entender esta materia, como la los frutos pertenecen al titular de la Soberanía, de manera sistemática, como un todo ordenado³².

Todo dentro del marco de interpretación y aplicación de las normas jurídicas ambientales en perspectiva comparada donde conceptos principalmente analizados desde el positivismo y junto a normas de carácter iusnaturalista requieren análisis.

El artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica

Presentamos el artículo 15 en su versión castellana:

“Artículo 15.- Acceso a los recursos genéticos

- 1.- En reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados 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.
- 2.- 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.
- 3.- A los efectos del presente Convenio, los recursos genéticos suministrados por una Parte Contratante a los que se refieren este artículo y los artículo 16 y 18 son únicamente los suministrados por Partes Contratantes que son países de origen de esos recursos o por las Partes que hayan adquirido los recursos genéticos de conformidad con el

31 REPÚBLICA DE CHILE, Promulga la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y su anexo,(Decreto 381/81) suscrita por el Gobierno de Chile en Viena, el 23 de mayo de 1969, Diario Oficial de la República de Chile de 22 de junio de 1981.

32 FERRER BELTRÁN, JORDI, Sobre el carácter de las normas de competencia, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 1997, p. 347 donde el autor fundamenta la sistematicidad, el carácter sistémicos del Derecho y de las normas jurídicas en deducibilidad y legalidad. En este trabajo se sigue a KELSEN, como se verá y el carácter de normas no separables como criterio para lograr una primera sistematicidad entre normas jurídicas para luego, como lo hace el autor citado, estudiar al sistema jurídico u orden jurídico y determinar cómo las normas son parte del sistema.

presente convenio.

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

5.- El acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona los recursos, a menos que esa parte decida otra cosa.

6.- Cada Parte Contratante procurará promover y realizar investigaciones científicas basadas en los recursos genéticos proporcionados por otras Partes Contratantes con la plena participación de esas Partes Contratantes, y de ser posibles en ellas.

7.- Cada Parte Contratante tomará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, de conformidad con los artículos 16 y 19 y, cuando sea necesario, por conducto del mecanismo financiero previsto en los artículos 20 y 21, para compartir en forma justa y equitativa los resultados de las actividades de investigación y de desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos con la Parte Contratante que aporta esos recursos. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas.³³.

Exegéticamente es posible reconocer cuatro partes en el artículo, a saber:

a.- El número uno

b.- El número dos al seis

c.- El número siete con o sin la aplicación de los artículos 16, 19, 20,21 y

d.- El número siete en cuanto la determinación de los justo y equitativo entre Estados se efectúa por un proceso de negociación.

El criterio de División de este artículo es el lenguaje utilizado, impositivo en el primer caso, permisivo en el segundo, imperativo en los dos últimos estableciendo vínculos jurídicos diferentes. Así es posible determinar la unidad jurídica entre el artículo 15 número siete y los artículos mencionados allí sin impedir la elucubración y determinación de la División de beneficios tras la utilización del los Recursos Genéticos

33 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Treaty Series, Vol. 1760, I-30619, 1993, p. 235. Cf. www.biodiv.org (12.02.10). REPÚBLICA DE CHILE, Promulga Convención sobre Diversidad Biológica, Decreto 1963, 6 de mayo de 1995, artículo 15.

La versión en inglés:

"1. Recognizing the sovereign rights of States over their natural resources, the authority to determine access to genetic resources rests with the national governments and is subject to national legislation.

2. Each Contracting Party shall endeavour to create conditions to facilitate access to genetic resources for environmentally sound uses by other Contracting Parties and not to impose restrictions that run counter to the objectives of this Convention.

3. For the purpose of this Convention, the genetic resources being provided by a Contracting Party, as referred to in this article and articles 16 and 19, are only those that are provided by Contracting Parties that are countries of origin of such resources or by the Parties that have acquired the genetic resources in accordance with this Convention.

4. Access, where granted, shall be on mutually agreed terms and subject to the provisions of this article.

5. Access to genetic resources shall be subject to prior informed consent of the Contracting Party providing such resources, unless otherwise determined by that Party.

6. Each Contracting Party shall endeavour to develop and carry out scientific research based on genetic resources provided by other Contracting Parties with the full participation of, and where possible in, such Contracting Parties." ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, op. cit., 1993, p. 135. Cf. <www.biodiv.org> (12.02.02).

Naturales pero, a la vez, estableciendo una posible unidad jurídica, no necesariamente lógica, con el artículo número siete. Tal unidad está predeterminada por la norma jurídica y constituye una División diferente.

Lo descrito se analizará en los capítulos siguientes. Ello demuestra tanto la validez y vigencia del artículo en estudio³⁴.

¿Por qué analizar el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica?

¿El análisis de este artículo sólo se fundamentó en el extraordinario interés despertado desde la perspectiva de los “practitioners” expresando de manera creciente opiniones variadas sobre este artículo, una suerte de banalización jurídica, una deshumanización del Derecho? ¿Es por interés en Chile, el país del autor del texto, un país con diversidad biológica endémica? ¿O la Convención es el “primer acuerdo mundial integral abordando todos los aspectos de la diversidad biológica” y “[l]os aspectos más importantes de la Convención son: (...) la regulación del acceso a los recursos genéticos y el reparto de beneficios derivados de sus utilización”³⁵?

El artículo 15, en nuestra opinión, es la consecuencia más relevante de la negociación llevada a cabo en Kenia entre los años 1989 a 1992. En dicho artículo se reconoce a los Estados su “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” (todos, incluyendo los Recursos Genéticos Naturales), regulando a los Estados el procedimiento para obtener tales recursos³⁶ y ello en las relaciones entre Estados puede llegar a acuerdos posibles de ser conocidos por las partes y respecto del Acceso por particulares se requiere procedimiento jurídico de Acceso o al menos un acuerdo entre el Estado en cuyo territorio se encuentra el Recursos Genético Natural y el particular accesante.

Todos deben solicitar permiso de otra manera se incurre en responsabilidad

34 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, p.102.

35 BORRAS PENTINAT, Susana, op. cit., p. 164.

36 Derivando que de no regularlo no se puede acceder a recurso alguno porque desde la perspectiva del Derecho público no se puede hacer lo que no está expresamente permitido.

internacional por el Estado de la nacionalidad del accesante (permítasenos esta nueva palabra) o por el Estado, jurídicamente, a través de su legislación nacional, permite obtener la protección jurídica correspondiente a las invenciones.

La Equidad en los beneficios obtenidos de esta manera se ve desvirtuada. Obviamente, se busca en esta tesis encontrar una respuesta a la expresión “justo y equitativo” aunque Hans KELSEN hiciera presente la imposibilidad de llegar a una conclusión sobre el asunto³⁷. Sin embargo hoy podemos entregar algunas respuestas al proceso interpretativo de dichos términos, al menos, clarificarlos ofreciendo criterios a fin de permitir entenderlos y proponiendo una solución a fin de lograr una calificación mínima de “Justa” y “Equitativa” a la División de los mencionados beneficios. Sin embargo, como los filósofos del Derecho y los Historiadores del Derecho saben, muchas veces no es sino posible emplear fórmulas para entender lo que no es, en este caso “justo” y “equitativo”.

Es necesario proteger los derechos derivados de la “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” debido a que el Estado es un conjunto de normas jurídicas en opinión de Kelsen y, a la vez, en el mismo autor, su representación, es decir, la Nación jurídicamente representada y la Nación son todos, configurados como grupos étnicos, grupos deportivos, grupos con lengua común. Además de los individuos.

Dado lo anterior, la existencia de personas y grupos conformadores de la Nación debemos determinar si las interpretaciones del artículo se ajustan a las normas jurídicas internacionales y nacionales, es decir, si los actos jurídicos ejecutados en virtud de dicho artículo (15) o que se refieren a animales, plantas y microorganismos de origen natural, son válidos desde el punto de vista jurídico. Por ejemplo, un contrato celebrado entre personas de diferentes Estados puede o no ser válido si el objeto son animales

37 KELSEN, Hans, ¿Qué es Justicia?, Ediciones Fontamara, México, 1992, párrafo 65. El profesor KELSEN presenta aquí una opción crítica respecto de lo que la Justicia es, es decir, mira el sinsentido de preguntarse sobre la misma. Sigue aquí una línea escéptica sobre la materia que se inicia con anterioridad en un texto de 1930 sobre un concepto sociológico de la Justicia. Sin embargo, es lógico pensar que este concepto pueda aparecer en el universo interpretativo legal. Lo cual nos lleva buscar una solución lógica al concepto que para una ley, artículo o convención internacional pueda ser “Justicia”, en el asunto que nos atañe, “justo o equitativo”.

plantas y microorganismos de origen natural si aplica las normas jurídicas internacionales y las personas jurídicas, los Estados, firmantes de dicho tratado (la Convención) son titulares de las facultades conforme a las normas jurídicas válidas y aplicables. Esto es una interrogante relevante. Es decir, un simple acto, firmar un contrato, posee consecuencias jurídicas, los derechos y obligaciones derivados de dicho acto jurídico, será válido o no si es aplicable en cierto grado o medida³⁸, la norma jurídica válida, en este caso, el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica.

Es decir, el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica es clave en la comprensión de algunos de los problemas claves del Derecho, del como sujeto de Derecho Internacional Público, creador y deudor en el cumplimiento de obligaciones derivadas de normas jurídicas.

¿Por qué analizar el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica conforme a la metodología propuesta?

Porque es fundamental. Este es el modo jurídico para entender el ser del Derecho sin entrar o ingresar en aspectos no jurídicos, como, por ejemplo, desde la perspectiva o el punto de vista de las Políticas Públicas o de la Sociología o de la Ciencia Política o del Periodismo. La labor del Jurista siempre es observar su objeto de análisis, la norma jurídica o el Orden jurídico. Aislando la norma jurídica a fin de analizar el o los supuestos de hecho de la misma, sus relaciones entre los mismos y las consecuencias para emitir finalmente los enunciados jurídicos a leer por el lector en estas líneas. Ciertamente podrá entregar fundamentos históricos, la evolución o el origen de la norma jurídica pero la relevancia de la norma jurídica, expresada en un texto jurídico vigente, se entenderá a través de los mencionados enunciados. Luego de

38 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, p. 102.

determinar el sentido y alcance de la norma jurídica podrá verificar, a fin de determinar su cumplimiento e incumplimiento, cómo se ha aplicado y las maneras o formas de interpretarse en otros contextos y finalmente saber si hay otras normas jurídicas en pugna o si, por el contrario, no existe normas jurídicas en pugnas o las pugnas son simplemente de carácter general y no de orden específico, si son supuestas y no reales (como cuando regulan un mismo supuesto de hecho o se enfrentan en cuanto a fuerza normativa y vigencia). Un punto relevante es la forma de resolver conflictos de interpretación o aplicación jurídica de la norma jurídica. Finalmente la influencia de la norma jurídica en la generación de otras normas jurídicas no es menor y resulta tremendamente relevante para entender el sentido y alcance de la norma jurídica misma y su cumplimiento.

La sanción en el caso de incumplimiento por interpretación errada o aplicación incorrecta es necesario resolverlo inmediatamente, particularmente en el Derecho Internacional Público aplicado al Medio Ambiente o en el Derecho nacional, dos Ordenes jurídicos unidos en la concepción kelseniana (Kelsen era un monista) no admiten excusa en cuanto a la sancionabilidad. En el estado del Derecho Internacional Público y del Derecho comparado hoy, así como del Derecho ambiental, las sanciones existen y las tipificaciones de dichas sanciones son posibles de ser estudiadas y analizadas. Basta con observar las normas jurídicas nacionales contractuales y legales celebradas o elaboradas a raíz de este artículo.

Es decir, se trata del análisis del pensar del jurista lo analizado aquí y la relevancia de esta metodología, no sólo de analizar una norma jurídica, la entrega la necesidad de comprender una manera posible de efectuar el análisis de la norma jurídica misma. Una excusa, no cualquier excusa, para entender procedimientos metodológicos relevantes para la misma investigación jurídica.

Por sobre todo, puede o no estarse de acuerdo con conceptos como “Justicia”, “Equidad”, “Soberanía sobre Recursos Naturales” pero no se deben dejar de interpretar y aplicar porque no sea del gusto del intérprete, como se verá más adelante, o porque se ignora o se desea ignorar los criterios para la calificación de “equitativo”, “justo”, “soberano” u otros concepto.

El Derecho trabaja con conceptos expresados en lenguaje, son más o menos indeterminados los conceptos expresados como otros conceptos, “Consentimiento Informado Previo”, “Acuerdos Mutuamente Aceptados”, pero de mayor importancia los conceptos anteriormente enunciados se relacionan con algunos de los conceptos más importantes del Derecho, del Derecho Ambiental y de la existencia del Estado y, por consiguiente, de todos nosotros porque es el Estado el que debe auxiliarnos para dar solución a nuestros problemas.

Así también, estos conceptos, nacen con la Filosofía, expresados por un filósofo, Aristóteles, y se relacionen al Derecho y a la Política, temas propios de la *res publica* donde deben interpretados y aplicados por el Derecho como una obligación y su contraposición un derechos, una ligazón intelectual casi permanente, de donde se deduce estos conceptos, básicos para la comprensión de la vida del Ser humano en sociedad.

Breve excursio sobre la regulación del Medio Ambiente

En esta materia entregaremos algunos elementos que son base del análisis jurídico de carácter ambiental sobre las normas jurídicas que analizaremos en los capítulos correspondientes.

El Derecho ambiental

El Derecho ambiental regula o ha regulado la protección de la naturaleza y agregamos con lo indicado anteriormente, los recursos naturales (todos, incluyendo los genéticos provenientes de la naturaleza). Estos son los protegidos por la Convención sobre Diversidad Biológica desde el punto de vista del artículo 15 de la Convención, es a ellos a los descritos en la misma. Esta protección tiene un sentido amplio en cuanto considera factores económicos y otros en la materia³⁹. Las obligaciones y derechos ambientales internacionales no sólo rigen las relaciones entre Estados sino las relaciones en el Estado y su legislación, y, por consiguiente, la normativa ambiental de un país puede tener como fuente material razones diferentes a las fuentes formales para su nacimiento. Así podemos hacer presente la fuente material, una obligación de Derecho Internacional Público al aplicar la norma jurídica internacional en la legislación nacional con lo cual, como lo señala WOLF, el Derecho ambiental aplica todo el Derecho y aplica toda la Ciencia Jurídica⁴⁰. Más aun, al aplicarse la norma jurídica internacional en el Orden jurídico de los ciento setenta países del Mundo, parte de la Convención sobre Diversidad Biológica, indudablemente generara una diferencia en su aplicación debido a razones técnica jurídicas: cada país pertenece a diferentes familias jurídicas con tradiciones y culturas jurídicas diferentes unos de otros.

Es necesario entonces efectuar una investigación acerca de la esencia de los derechos y obligaciones en diversos Estados siendo aplicados en la legislación nacional. El Derecho ambiental tiene una estructura micro y macro donde nos enfrentamos a comparaciones de familias jurídicas con otras familias jurídicas en el ámbito del Derecho ambiental o aspectos puntuales y determinados como los analizados y que

³⁹ WOLF, Joachim, *Umweltrecht*, C.H. Beck, München, 2002, pp. 1-2.

⁴⁰ WOLF, Joachim, *op. cit.*, nota 62, pp. 3-4.

tienen un carácter particular y son específicos⁴¹.

Es posible indicar otro objeto del trabajo comparativo, así el “descubrimiento de leyes aplicables para el desarrollo del Derecho” es un objeto modesto aunque vinculado a la etnología jurídica. En el caso de nuestro interés no se pretende determinar leyes en la evolución de las sociedades, aunque el Derecho sea una expresión de la misma, sino tan sólo poder lograr encontrar puntos comunes y errores en la aplicación de una norma jurídica internacional en el Orden jurídico nacional y verificar el cumplimiento o no de la obligación nace de la misma norma jurídica⁴².

Así también tiene es posible apuntar un Derecho ambiental privado y uno de carácter penal y por cierto, de carácter constitucional limitando la aplicación nacional de normas ambientales internacionales o permitiéndolas sin contrapeso y las posibilidades entre estos dos ámbitos⁴³.

Es en el contexto del Derecho medio ambiental o Derecho ambiental donde se discute el Acceso y la División Equitativa de Beneficios derivados de la utilización de los Recursos Genéticos Naturales dado el carácter, según algunos, de multidisciplinar, complejo y polifacético del concepto de Medio Ambiente y, por ende del concepto de Derecho medio ambiental o ambiental, a secas⁴⁴.

Debido a la cantidad de objetos jurídicos protegibles es que se mantiene el Derecho ambiental, al igual que su objeto, con un carácter complejo⁴⁵ conciliando el bienestar económico, la conservación de los recursos naturales y la financiación de la dicha conservación, objetos jurídicos enfrentados jurídicamente al constituirse por normas prohibitivas y permisivas, por ejemplo, en la relación entre Soberanía y Libre

41 Esta estructura se toma del Derecho comparado, PETIT CALVO, Carlos, Curso de Derecho comparado, Universidad Internacional de Andalucía, Programa de Doctorado de Calidad Ciencia Jurídica, Historia, Comparación y Derecho ambiental, Huelva, 2009, CORRAL, Hernán, op. cit., p. 62 y ss. CONTANTINESCO, Leontin-Jean, Tratado de Derecho Comparado, Volumen III, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1991, p.310.

42 CONTANTINESCO, Leontin-Jean, op. cit., 1991, pp. 64-67.

43 TEROL BECERRA, Manuel, Curso de Derecho ambiental en el programa de Doctorado de la Universidad Internacional de Andalucía y de la de Huelva, febrero 2009; NUÑEZ LOZANO, Carmen, Curso de Derecho ambiental en el programa de Doctorado de la Universidad Internacional de Andalucía y de la de Huelva, febrero 2009. WOLF, Joachim, op. cit., nota 62, pp. 1-4.

44 A los que observan que el medio ambiente como objeto jurídico es complejo y polifacético cfr. TEROL BECERRA, Manuel José, Espacios Naturales protegidos y medio ambiente, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 87-88.

45 LOZANO CUTANDIA, Blanca, Introducción en SORIANO GARCÍA, José Eugenio y BRUFAO CURIEL, Pedro, Claves de Derecho ambiental I, Primera edición, Iustel, Madrid, 2010, p. 11.

Acceso a los Recursos Genéticos Naturales o Acceso controlado o requisitos en el Acceso⁴⁶.

Es decir, el Derecho ambiental es complejo por la multitud de órdenes jurídicos en su regulación, así como los objetos jurídicos a regular.

En esta investigación, siguiendo los parámetros clásicos del Derecho ambiental, nos concentraremos en el desarrollo económico para encontrar un punto de encuentro con el objeto de nuestro estudio. Hacemos presente que los objetos son múltiples sobresaliendo la prevención de la contaminación, la contaminación misma y sus formas sanción, entre las más notables y es por lo anterior la multiplicidad de definiciones.

En ellas, además y como ejemplo de lo complejo del objeto de regulación, se enfatiza una serie de conceptos de los cuales no es dable discutir aquí cada uno de ellos, sin duda, el más relevante es el caso de “el medio ambiente humano”⁴⁷. Un problema adicional, como lo ha expresado Joachim WOLF es no sólo la complejidad del objeto sino la multiplicidad de regulaciones jurídicas dentro del Orden jurídico (en términos kelsenianos) reguladores de los objetos del Derecho ambiental. Así en concepto de este autor el Derecho Ambiental se compondría del Derecho Internacional Público, del Derecho de la Unión Europea, del Derecho constitucional, del Derecho administrativo, del Derecho penal, del Derecho civil⁴⁸.

Se indica por este jurista que la “generación y estructura del Derecho ambiental descansa en una unión conjunta de tres factores básicos: La ordenación económica” (él la sitúa en Alemania), “la Unión Europea y la mayoría de los demás Estados y regiones económicas del mundo que han sido relacionados a través del desarrollo tecnológico, a través de la producción masiva y del consumo masivo que constituye el factor del

46 No cabe duda que dicho proceso de acumulación de capital para el desarrollo debe replantearse. Cfr. JARÍA i MANZANO, Jordi, La cuestión ambiental y la transformación de lo público, Tirant lo Blanch, Valencia 2011, pp. 50-71 y en particular, p. 175. Excelente trabajo donde se efectúa un análisis de los fundamentos de la Modernidad y la manera en que se entiende fundada la misma, en la acumulación del capital y en la tecnociencia.

47 TEROL BECERRA, Manuel José, op. cit., p.88., COMISIÓN ECONÓMICA PARA EUROPA, Reunión de Consejeros gubernamentales, Bruselas, 1970.

48 WOLF, Joachim, Umweltrecht, Verlag C.H. Beck, München, 2001, p. 3.

ordenamiento económico.”⁴⁹.

No obstante, no es el único factor porque señala otro, por más de una centuria el Orden económico no ha hecho nada respecto del crecimiento de la población no corrigiendo sus consecuencias ambientales y con ello apunta un segundo elemento, el del desarrollo económico.

Finalmente este problema, el problema ambiental de la ausencia de consideración de la degradación por el desarrollo de la población nos lleva a utilizar los medios políticos y así llegamos al factor político⁵⁰. Desde una perspectiva similar KISS y SHELTON han puesto de relieve la complejidad expresada en una visión “holística” entendida la misma como visión de conjunto y de manera expansiva es decir, abarcando objetos jurídicos y ordenes regulatorios⁵¹. Lo afirmado no sólo no es nuevo, sino conocido. Concluyen estos autores diciendo que:

“Como resultado, la interface entre Derecho ambiental internacional y doméstico (ambos locales y nacionales) se expande rápidamente.”⁵².

El Derecho ambiental, según ellos, tiene por objeto el modificar la conducta humana reduciendo las fuentes antropogénicas de daño ambiental⁵³. En todo lo anterior el Derecho como conjunto de normas en un plano de Derecho público tiene una función diferente, “instrumento de intervención en la gestión de la crisis ambiental” así como otras maneras, por ejemplo, “como una disciplina del proceso de explotación de los recursos naturales”⁵⁴. En consideración a este último concepto el Medio Ambiente deja de ser una realidad física para convertirse, desde la perspectiva jurídica, en una “entidad

49 WOLF, Joachim, op. cit., p. 2.

50 WOLF, Joachim, op. cit., p. 2. Acerca de los problemas que se enfrentan hoy día en material ambiental, la población mundial, la alimentación, el transporte, cfr. MARTÍN MATEO, Ramón, Tratado de Derecho ambiental, Tomo IV, Edisofer sl., Madrid, 2003, p.p.23-24.

51 KISS, Alexander, SHELTON, Dinah, Guide to International Environmental Law, Martinus Nijhoff Publishers, The George Washington University Law School, Leiden- Boston, 2007, p. IX.

52 KISS, Alexander and SHELTON, Dinah, op. cit., p. IX

53 KISS, Alexander and SHELTON, Dinah, op. cit., p. X

54 JARIA I MANZANO, Jordi, op. cit., p. 175, cuestión esta última, disciplina o conjunto de normas jurídicas obligatorias que es el fundamento de la disciplina del Derecho ambiental.

normativa que el Derecho pretende imponer a la realidad (...)”⁵⁵.

Debe todo Estado considerar la cooperación internacional en materia de protección del Medio Ambiente aunque no sólo, como veremos, en la protección del mismo sino de los derechos reconocidos a los Estados⁵⁶ cuando personas naturales o jurídicas cometen actos contrarios a dichos derechos. Sea en acto o potencialmente el Derecho ambiental regula todo tipo de actos humanos, sea los de personas naturales o de entes, personas jurídicas, cuya actuación es por medio de representantes o mandatarios.

Es decir, en el supuesto o en el fundamento del Derecho ambiental hay mayor complejidad pero es ahí donde el concepto de sistema o como hemos indicado en este trabajo, siguiendo a KELSEN, Orden jurídico, es que tiene fuerza. Así el Orden jurídico entrega unidad y comprensión, uno de cuyos aspectos más relevantes, puesto de manifiesto por el autor vienés, es la búsqueda por la Ciencia Jurídica de un orden, estructura y sistema permitiendo enfrentar los problemas planteados en el Derecho ambiental⁵⁷. El Medio Ambiente, entonces, se transforma en un bien jurídico al aplicar la Ciencia Jurídica. El Derecho (objetivo) lo considera digno de protección, inclusive estableciendo actos considerados antijurídicos⁵⁸.

Nosotros nos concentraremos en el objeto principal, los recursos naturales de carácter genético y proveniente de la naturaleza, o sea, los Recursos Genéticos Naturales.

La definición de Derecho ambiental

Estos recursos naturales son parte de la diversidad biológica regulada por el

55 JARIA I MANZANO, Jordi, op. cit., p. 208,

56 Cuestión aceptada por los profesores Kiss y Shelton, cfr. KISS, Alexander and SHELTON, Dinah, op. cit., p. 2.

57 Es por ello de esta introducción.

58 Esta idea de bien jurídico no es nueva aunque es interesante para explicar el carácter de objeto jurídico en que se transforma al Medio Ambiente cfr. JARIA I MANZANO, Jordi, op. cit., 209

Derecho ambiental, un elemento estático⁵⁹. Es este sentido, el Derecho ambiental no posee sino diferentes niveles de regulación pero su objeto es el mismo, el Orden jurídico regulador del Medio Ambiente y son los recursos indicados los impuestos de manera única, sistemática, no posible de separar de las normas jurídicas. Es decir, se compondría por los “recursos naturales (...). La flora, la fauna, los animales y los vegetales o plantas, los minerales, los tres reinos de la Naturaleza, con mayúscula, en el escenario que suponen el suelo y el agua, el espacio natural”⁶⁰.

El Derecho ambiental determina la aplicación del artículo 15 de la Convención aplicando, a su vez, normas jurídicas internacionales sobre la interpretación y aplicación de un tratado internacional y, finalmente, la doctrina propia del Derecho y no de otras ciencias, muy respetables, pero carentes del conocimiento, sistemática y metodología de la Ciencia jurídica⁶¹. Quizás, por el carácter estrictamente multiforme se opta, en el caso del Derecho del medio ambiente o ambiental, regular u ordenar aspectos o algunos supuestos de hecho por no poder conceptualizarlo sino de manera muy general y demasiado abstracta y, por consiguiente, como lo hiciera el Tribunal Constitucional español, prefiere concentrarse en los recursos naturales y enumerarlos antes de definirlos jurídicamente⁶². En este sentido de regulación jurídica de carácter protector o, en este caso, determinando a la utilización regulada y a los beneficios definidos por parámetros determinados, Justicia y Equidad, es posible considerarlos, siguiendo incluso una línea jurisprudencial española sobre el asunto, como dinámicos⁶³.

El Medio Ambiente es una realidad fáctica. Sin embargo, aplicando a KELSEN,

59 TEROL BECERRA, Manuel José, op. cit., p.88.

60 Citado de TEROL BECERRA, Manuel José, op. cit., p.100 a su vez citando una sentencia del Tribunal Constitucional español.

61 Sobre el alcance del derecho ambiental véase la opinión de uno de sus progenitores el profesor Alexander KISS en KISS, Alexander, El Derecho a una medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en CARPIZO, Jorge (ed.), La protección internacional de los derechos del hombre Balance y Perspectivas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, p. 107 donde desarrolla que el Derecho ambiental posee una faz internacional y otra nacional cuestión que asumimos no sólo por opinión de autoridad sino porque es lógico que un tema de carácter universal tenga ambos componentes.

62 TEROL BECERRA, Manuel José, op. cit., p.99. Es este mismo tribunal quien conceptúa a los recursos naturales desde el punto de vista de su utilidad; a “los beneficios que pueden reportar al ser humano”, cfr TEROL BECERRA, Manuel José, op. cit., p.99. Esta visión es la que asume la Convención sobre Diversidad Biológica, es decir, propia del Desarrollo sostenible, a saber, la consideración al Ser humano como centro y a los recursos naturales como aprovisionamiento de utilidad, solución de necesidades pero de manera discriminada y cuidada y sabiendo que los mismos sirven para beneficiar a los pueblos.

63 No se debe confundir, aunque es posible pensar en una relación con lo dicho por Kelsen acerca del Orden Jurídico. Sobre este carácter de dinámico cfr. TEROL BECERRA, Manuel José, op. cit., p.88.

cuando las normas jurídicas regulan un aspecto de dicha realidad o regulan en su integridad a la misma, entonces, el Medio Ambiente se convierte en un objeto de regulación jurídica tanto por normas jurídicas que pertenecen al Orden jurídico internacional como al Orden jurídico nacional⁶⁴. En este sentido se conceptualiza al Derecho del medio ambiente o ambiental como conjunto de normas jurídicas reguladoras de los soportes naturales del Ser humano fundamentos de su desarrollo.

Uno de dichos soportes es la diversidad biológica y la base de la diversidad biológica son los recursos genéticos concentrándonos en los Recursos Genéticos Naturales, es decir, aquellos producto de plantas, animales y microorganismos no domesticados y donde en el Medio Ambiente es posible contener la “tierra, el suelo, los espacios naturales” y “dentro de los cuales pueden aislarse intelectualmente otros subsistemas en discriminación gradual hasta la célula y el átomo”⁶⁵.

Es decir, nuestro objeto de estudio, la célula, en su calidad de recurso natural y cuando provenga de animales, plantas o microorganismos naturales o no domesticados, es regulada por el Derecho ambiental al pertenecer al Medio Ambiente y servir a satisfacer las necesidades humanas.

En principio el problema resulta solucionado porque respecto de aquellos recursos genéticos domesticados existen normas jurídicas en particular para los fitogenéticos⁶⁶.

Es más, al Medio Ambiente y al Derecho del medio ambiente o ambiental es posible unirlo, según jurisprudencia española sobre el asunto, con el desarrollo económico y dentro de lo anterior la tal regulación de un recurso natural pudiendo auxiliar al indicado desarrollo resultando completamente armónico, como se entendió

64 KELSEN, Hans, op. cit.,1993, pp. 17, 44. Otro autor que tiene una concepcion similar, WOLF, Joachim, op. cit. en todo el texto.

65 TEROL BECERRA, Manuel José, op. cit., p.100.

66 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la alimentación y la Agricultura, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, Roma, 2009.

en la regulación de la materia en su faz internacional⁶⁷.

Podemos avanzar un paso más, y concluir que los recursos naturales, ordenados y sistemáticamente regulados, constituyen el objeto del Derecho ambiental donde la citada jurisprudencia que al Medio Ambiente lo conceptuaba como “conjunto ordenado, y por tanto, sistemático de elementos, los recursos naturales.”⁶⁸.

La influencia del Derecho ambiental, la noción de no causar daño a otros, ha tenido influencia en la elaboración de normas jurídicas internacionales⁶⁹.

Derecho comparado o comparación

Hemos indicado en esta tesis, a propósito de la aplicación del artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica, como objeto de estudio la comparación de procedimientos de aplicación y algunas normas jurídicas creadas para la aplicación.

En este ámbito de nuestro trabajo comparativo, en la comparación, sin embargo, hemos aplicado la siguiente metodología, propia de una de las versiones de Derecho comparado, a saber, el “elemento de comparación”⁷⁰, debe ser examinado “tal como es”⁷¹, así como bajo la “consideración de las fuentes jurídicas originales”⁷², del mismo modo “en la complejidad y en la globalidad de las correspondientes fuentes jurídicas”⁷³, considerando “la jerarquía de las fuentes jurídicas del ordenamiento jurídico correspondiente”⁷⁴, intentando interpretar el elemento de comparación según “el método del ordenamiento jurídico al que aquel pertenece”⁷⁵.

67 cfr. TEROL BECERRA, Manuel José, op. cit., p.89.

68 TEROL BECERRA, Manuel José, op. cit., p.102.

69 DRUMBL, Mark A. Trail Smelter and the International Law Commission's Work on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and State Liability, Washington and Lee University, School of Law, Working Paper No 3-6, Georgia, 2003, ANDALUZ WESTREICHER, Carlos, Manual de Derecho ambiental, Proterra. Lima, 2006, pp 38.63.

70 CONTANTINESCO, Leontin-Jean, Tratado de Derecho comparado (El método comparativo), Volumen II, Universidad Católica de Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1987, pp. 39, 44, 47, donde se plantea no sólo por los problemas sino por sus soluciones, 55. Precisamente por aplicarse la noción de comparación es que hemos usado conceptos del Derecho comparado en una de sus versiones.

71 CONTANTINESCO, Leontin-Jean, op. cit.,1987, p. 102.

72 CONTANTINESCO, Leontin-Jean, op. cit.,1987, p. 104.

73 CONTANTINESCO, Leontin-Jean, op. cit.,1987, p. 121.

74 CONTANTINESCO, Leontin-Jean, op. cit.,1987, p. 138.

75 CONTANTINESCO, Leontin-Jean, op. cit.,1987, p. 147 ss.

Con ello se forma la “comprensión del” elemento de comparación⁷⁶, el artículo 15 de la Convención dentro de un Orden jurídico determinado, para finalmente efectuar la comparación⁷⁷, la determinación y fundamento de las relaciones⁷⁸ en el elemento de comparación.

Derecho Internacional Público

Pues bien, este largo camino se explica, además, por la serie de actos jurídicos desde la generación histórica de la preocupación del medio ambiente en 1972 hasta las actuales normas en vigor antes o después de la reunión de Río de Janeiro de 1992. La cooperación, la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales, el no causar daños desde el propio territorio a otros territorios de otros Estados y la responsabilidad común pero diferenciada no han sido comprendidos de manera correcta⁷⁹. Según SANDS, las normas jurídicas internacionales de Derecho ambiental se han desarrollado en el contexto de dos objetivos fundamentales, “la soberanía del Estado sobre los recursos naturales y que no debe causar daños al medio ambiente“, agregamos, de otro Estado o del medio ambiente, en general⁸⁰. Centra el autor citado el análisis en el Principio 21 de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo⁸¹.

Este Principio incluye los elementos aludidos, “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” y no contaminación del medio ambiente. Considerado de dicha manera se imposibilita al Estado, desde su territorio, actuar contrariamente contra el medio ambiente de otro Estado⁸².

El principio de cooperación, a su vez, indica a los Estados, como un buen

76 CONTANTINESCO, Leontin-Jean, op. cit.,1987, p. 158 ss.

77 CONTANTINESCO, Leontin-Jean, op. cit.,1987, p. 191 ss.

78 CONTANTINESCO, Leontin-Jean, op. cit.,1987, pp. 185 ss., pp. 201 ss.

79 La explicación tradicional se obtiene de SANDS, Phillip, Principles of International Environmental Law, Second Edition,Cambridge, Inglaterra, 2003, 231 y ss.

80 SANDS, Phillips, op. cit., p. 235.

81 Veremos más adelante en mayor profundidad esta materia.ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Informe sobre la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Organización de Naciones Unidas, Nueva York, 1992, principio 21.

82 KISS, Alexander, SHELTON, Dinah, op. cit., pp. 13-14.

vecino, “*sic utere tuo et alienum non leadas*” donde siempre debe haber cooperación en materia ambiental y por consiguiente, pese a ser reconocida la “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” no puede restringirse el ingreso a obtener tales recursos (libertad para el Acceso) y, a su vez, no puede causarse daño físico a través de la contaminación a los recursos de otros Estados. Finalmente el principio de responsabilidad común pero diferenciada llevaría a los países bajo cuya Soberanía se encuentran los recursos naturales a preocuparse de manera preferente de los recursos conservándolos *in situ* o permitiendo su conservación *ex situ*⁸³. La interpretación asumida dice relación con principios con una opción diferente, base de la tesis defendida, a saber, la “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” debe ser jurídicamente protegida por todos los Estados signatarios de la Declaración de Río de Janeiro y de los Estados parte y aun de los no parte de la Convención sobre Diversidad Biológica debido al deber de cooperar con la extracción y utilización de carácter legal y legítima, válida en las palabras de KELSEN, de los Recursos Genéticos Naturales, sin causar daño al Medio Ambiente pero tampoco a los derechos de los Estados en cuyo territorio se originan tales recurso y preservar el mismo Medio Ambiente así como a sus habitantes, enmarcados en la responsabilidad de cada Estado de velar que actividades contrarias a derechos o en abuso de los mismos (sea internacional o nacional) no sean amparadas por su Orden jurídico⁸⁴.

Toda esta explicación, muy sencilla para un jurista, puede entenderse de la siguiente manera, el Acceso a los Recursos Genéticos Naturales debe efectuarse respetando los derechos de los Estados en cuyo territorio se encuentran dichos recursos y, a la vez, cumpliendo con las obligaciones internacionales cuya fuente es el artículo 15

83 SANDS, Phillip, op. cit, pp. 236-249.

84 En cierto sentido el mismo SANDS deja abierta esta interpretación del texto citado aunque no la hace explícita. SANDS, Phillips, op. cit., pp. 233-249, particularmente pp. 289-290. Acerca de la diferencia entre regla y norma podemos aplicar la siguiente distinción, “una norma... es esencialmente practica y más aun obligatoria... Hay reglas de artes así como reglas de gobierno ´ donde principios ´ expresan una verdad general (común), que guían nuestra acción, sirven como una base teórica para la acción de nuestra vida y la aplicación de las mismas a la realidad producen consecuencias buscadas” SANDS Phillips citando Gentini case (Italy v. Venezuela) M.C.C. (1903) aunque nosotros miramos a KELSEN donde el distingue entre reglas o normas jurídicas y aquellas que no lo son. Los principios pueden clasificarse de manera libre pero no son Normas o Reglas jurídicas, como lo expone el texto traducido y transcrito.

de la Convención sobre Diversidad Biológica porque de no cumplirse con la misma se incurre en responsabilidad internacional sea directamente (Estado con Estado) o indirectamente (al permitir la protección jurídica de los recursos genéticos obtenidos de manera ilícita).

La obtención ilícita de los recursos genéticos envuelve una violación a la Convención aun cuando se protejan derivados de dichos recursos porque corresponde a lo accesorio seguir a lo principal y, por tanto, se tiene Soberanía no sólo respecto del recurso sino de sus derivados obtenidos ilícitamente, como aparece del ejemplo del automóvil.

Lo anterior nos lleva a determinar los criterios de Equidad para considerar cumplida a nivel internacional la obligación de una División equitativa de los beneficios que dice relación con normas jurídicas fundamento de un Acceso jurídicamente válido.

Pero, aun más determinante es que sólo se aplican si y sólo si se entra en los supuestos de hecho de la norma jurídica, según KELSEN, y no una aplicación sin orden, como muchas veces se observa, sino una aplicación sistemática y exegética de las normas, siendo estas últimas las dos metodologías empleadas de manera constante.

Por tanto, nuestra tesis empleará a la Historia del Derecho y la filosofía jurídica como estructuras de análisis metodológico para entender los fundamentos de las normas y luego la dogmática con la exégesis, la sistemática y la tópica. Ciertamente el proceso es deductivo en una manera similar a la de el libro “Teoría Pura del Derecho” de Hans KELSEN aunque algunas de los proceso metodológicos específicos son similares al libro “Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales” de los profesores ALCHOURRÓN y BULYGIN, es decir, las metodologías se ven complementadas por los proceso metodológicos de ciertos autores⁸⁵.

85 Emplearemos la estructura normativa kelseniana pero es posible aplicar otras estructuras complejas como las de ALCHOURRON y BULYGIN, cfr. MENDONCA, Daniel, Compendio de una teoría analítica del Derecho, Colección Filosofía y Derecho, Marcial Pons, Madrid, 2011, von WRIGHT, Georg Henrick, Norm and Action, Gifford Lectures, University of St. Andrew, St. Andrew,

Las preguntas que animan la investigación

La preguntas más relevante de la investigación originando alguno de los capítulos de la misma es:

¿Cuáles son las interpretaciones del artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica? Si iniciamos nuestra investigación desde una perspectiva científica y jurídica, esta pregunta debería ser la base de todo trabajo investigativo en materia jurídica. El científico, en Ciencia Jurídica, trabaja con enunciados jurídicos, en una primera aproximación, siendo lo dicho acerca de las normas jurídicas y se somete a una serie de cualidades observadas en el transcurso del estudio aquí presentado⁸⁶.

Las preguntas razón de ser de los respectivos capítulos son:

1.- ¿Cuáles son las interpretaciones, distinciones, explicaciones relacionadas con los derechos y obligaciones de carácter internacional y obligatorias a los Estados a aplicar, sancionando normas jurídicas nacionales cuando se refieren al artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica? (dentro de ésta, ¿Pero además tenemos el problema de la obligación a nivel internacional o acaso los Estados no deberán cumplir con esta obligación en las relaciones suscitadas entre ellos?) La solución al segundo problema se encuentra en la última parte del artículo y es por ello que podemos hablar de obligación de resultado o inmediata. ¿Qué es “la sujeción a de conformidad con los artículos 16 y 19 y, cuando sea necesario, por conducto del mecanismo financiero previsto en los artículos 20 y 21”?

1958, <<http://www.giffordlectures.org/Browse.asp?PubID=TPNORM&Volume=0&Issue=0&TOC=True>> (15.12.2011), ALCHOURRÓN, Carlos, BULLYGIN, Eugenio, Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales, 1ª Reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1987.

86 KELSEN, Hans, op. cit., 1993. Toda la obra de Kelsen, de manera más o menos completa se refieren formal e informalmente y metodológicamente a los enunciados jurídicos y en parte a la estructura de la norma y el orden jurídico así como a los aspectos estáticos y dinámicos de la misma con lo que son obras donde se tiene como fundamento la noción de interpretación jurídica, el sentido y alcance de la norma jurídica (sea en cuanto a validez propia y vigencia propia, sea en cuanto a otras normas jurídicas en un orden jurídico y dentro de una comunidad jurídica). Es por lo anterior que este trabajo mantiene dicho fundamento metodológico investigativo indicando algunas opiniones relacionadas con el elemento más relevante, la hipótesis.

2.- ¿Cuáles son las interpretaciones históricas más relevantes del artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica?

3.- ¿Cuáles son los problemas y las soluciones interpretativas del artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica a nivel internacional?

4.- ¿Existe una relación entre el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica y otros artículos de la Convención misma, artículo 16, o de otras convenciones como el Acuerdo sobre Propiedad Intelectual para el Comercio, particularmente en lo relativo a patentes?

5.- ¿Qué formas han sido utilizadas por los países para poder llegar acuerdo con otros Estados o con personas naturales o jurídicas nacionales?

6.- ¿Es posible encontrar desarrollos en el Orden jurídico nacional y comparado que auxilien al proceso interpretativo del artículo 15 de la Convención?

7.- ¿Cuál es la consecuencia de la violación o incumplimiento de los derechos y las obligaciones contenidas en el artículo 15 de la Convención?

8.- ¿Cuál es o son las principales formas de interpretar el artículo 15 de la Convención?

9.- ¿Cómo se resuelven los conflictos por violación o incumplimiento de derechos y obligaciones contenidas en el artículo 15 de la Convención, en particular a

fin de hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento?

Razones de la metodología y criterios metodológicos

El porqué del uso de estas metodologías y criterios metodológicos tiene como respuesta a la simplicidad y profundidad en los estudios jurídicos. Como se sabe, estas metodologías poseen un corpus y un proceso de discusión riquísimo donde nos auxilian a encontrar soluciones tradicionales y “automáticas” para la Ciencia Jurídica. Si la Ciencia Jurídica tiene por objeto al Derecho, la reflexión de cómo alcanzar objetivos científicos de manera ordenada, sistemática, lógica, racional y razonable se efectúa a través de un análisis metodológico representativo de las características apuntadas y lo anterior se proyecta al Derecho auxiliando en las soluciones posibles de alcanzar o en la clarificación a las preguntas formuladas. Aun más, la metodología tiene por objeto auxiliar a alcanzar soluciones.

Las soluciones alcanzadas se obtienen contestando a los problemas planteados, de manera sistemática, por los investigadores.

En este camino, el problema de una metodología o varias metodologías a escoger, es solucionado por un criterio, consistente en determinar los medios para entender una norma jurídica en su contexto, solucionando un problema científico jurídico, en otras palabras las metodologías escogidas nos permite en esta investigación el estudio de pautas y procedimientos usados por los juristas para la justificación de sus afirmaciones respecto de normas jurídicas⁸⁷, problemas conceptuales propios del Derecho, las normas jurídicas son conceptos o conjuntos de conceptos⁸⁸ aunque se

87 ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, op. cit., p. 12.

88 WILLIAMS, Jaime, Lecciones de Introducción al Derecho, Fundación de Ciencias Humanas, Santiago, 2008, p. 401, que es “la representación intelectual de las características o rasgos esenciales de un objeto o clase de objetos”, precedido por percepciones e imágenes acerca del objeto cognoscente, en este caso, la norma jurídica se nos aproxima a través de las leyes y en ellas percibimos un germen de una esencia que va más allá de la misma ley, artículo o párrafo, letra o inciso o número, Corral, Hernán, op. cit., p. 49 donde se define al concepto diciendo que es “una idea, por medio de la cual nuestro intelecto se representa una realidad” en el caso de nuestro estudio, la norma jurídica, un concepto que es, a su vez, una abstracción representada por el término “norma jurídica” donde nos enfrentamos a “norma” u orden y “jurídica” o perteneciente, del tipo de aquellas que son determinadas por el Derecho y es posible mirar al concepto para “división equitativa de beneficios” y “soberanía” sobre los Recursos Genéticos Naturales, así como sobre el carácter o naturaleza de las normas jurídicas como conceptuales, cfr. KELSEN, Hans, op. cit., 1993, p. 82 donde se opone la conducta humana a la norma jurídica siendo relevante la descrita por esta última, HART, Herbert Lionel Adolphus, El concepto de Derecho,

expresen en leyes y en el papel, y, en particular, en esta tesis doctoral.

“Norma jurídica” es empleado como término para caracterizar un tipo de normas de conducta, “acto por el cual se ordena o permite y, en especial se autoriza, un comportamiento” “otorgando a ciertos acontecimientos el carácter de actos conforme a Derecho (o contrario a Derecho)”⁸⁹ y ha sido debidamente aprobada conforme a un procedimiento establecido anteriormente por un legislador cuya expresión es la ley (sea fundamental, propiamente tal u otra forma posible) o artículo dentro de una ley y ley es para toda norma jurídica.

El concepto de “norma jurídica“, sin embargo, puede y es más abstracto, es toda regla de Derecho aprobada por el legislador en un sentido real y no factual, cuyo fundamento es la naturaleza cuando ocurre un suceso relevante para el Derecho, descrito por éste. La naturaleza misma, sin embargo, no constituye Derecho sino el sentido objetivo ligado al mismo otorga el carácter jurídico al hecho de la naturaleza, un acto humano en un tiempo y espacio determinado es un acto de Derecho porque la norma jurídica así lo indica⁹⁰ pero, puede ocurrir que una norma jurídica no se refiera a actos humanos, sólo, sino a otros actos jurídicos, como la producción y aplicación de tales normas jurídicas, por consiguiente, aquí los actos conceptuales como pragmáticos se relacionan al concepto de norma jurídica, como ocurre con los artículos estudiados en esta tesis⁹¹.

En este segundo sentido lo emplea Hans KELSEN en la obra bajo análisis y así también es empleada en este texto. A su vez, en la Ciencia Jurídica se analiza mediante “enunciados jurídicos” al Derecho y los mismos son “las oraciones mediante las cuales la ciencia del derecho describe su objeto, sea un derecho nacional, o el derecho

Abeledo-Perrot, Tercera Edición, Buenos Aires, 2009, p. 5, LARENZ, Karl, Metodología de la Ciencia del Derecho, 2ª Edición, Ariel, Barcelona, 2001, p. 91 refiriéndose a Kelsen, y a la Ciencia jurídica, particularmente p. 178 al caracterizar al Derecho como un “producto humano” y como se observa estos autores de diferente cuño intelectual y, sin embargo, llegaban a la misma conclusión, la norma jurídica como parte del Derecho es un concepto o un conjunto de conceptos, definiciones y nociones.

89 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, pp. 18 y 17

90 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, p. 17 y KELSEN, Hans, Derecho y Naturaleza, Losada, Buenos Aires, 1945.

91 Distinción ésta entre lo conceptual y lo pragmático (más precisamente, conceptual y no conceptual) entendida por KELSEN, cfr. KELSEN, Hans, op. cit., 1993, p. 18.

internacional (...)" definidos como "proposiciones condicionales que expresan que, conforme a un Orden jurídico, deben producirse ciertas consecuencias determinadas por ese orden, bajo determinadas condiciones que el orden jurídico determina"⁹². En este trabajo se analizan las normas jurídicas a través de los enunciados jurídicos en Órdenes jurídicos nacionales e internacionales.

En esta investigación se analiza tanto la teoría estática como dinámica de las normas jurídicas, si lo vemos en el prisma de la hermenéutica, la interpretación de la norma jurídica propiamente tal, internamente, las relaciones entre sus partes y el todo, así como la norma jurídica en relación a otras normas jurídicas que pueden o no configurar una nueva norma jurídica o son complementarias, contradictorias o inclusive, no tienen sino una relación aparente⁹³.

Finalmente, conforme lo hemos indicado ya, un elemento importante, es el concepto de "Orden Jurídico" donde un conjunto de normas jurídicas reguladoras de un objeto jurídico es un elemento relevante. Según KELSEN es "un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez"⁹⁴ en este caso dicho fundamento es la norma jurídica en general y la norma jurídica nacional y es por eso que recurriremos al concepto de Orden jurídico internacional y el Orden jurídico nacional, los últimos, relacionados al concepto de Derecho Comparado o de Orden jurídico ambiental con normas jurídicas ambientales (internacionales y nacionales y, por tanto, posibles de comparar) como fundamento.

Este trabajo estudia o analiza una Teoría del Derecho "útil" para entender al Derecho en lo general y comprender una norma jurídica particular. Es decir, Orden jurídico permite comprender los ámbitos de investigación, ambiental, internacional,

92 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, pp. 90 y 84. El trabajo de la Ciencia jurídica describe el significado normativo de los hechos que son conducta humana contenidas en normas jurídicas y por consiguiente su función es es conocer y describir en base a ese conocer..

93 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, p. 83. Desde al punto de vista o desde la Teoría Estática se analiza el derecho como sistema de normas jurídicas con validez y en la Teoría dinámica, la producción y aplicación de las normas jurídicas. Hay otras teorías que analizan de manera diferente este tema integrando aspectos relacionados con la argumentación jurídica, es decir, analizando los enunciados jurídicos, pero ello no es objeto de nuestro análisis.

94 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, p. 44.

comparado y con el fundamento de la Teoría del Derecho, en este caso, kelseniano, puesta de relieve en la “Teoría Pura del Derecho”, teoría y nombre de un libro cuyas versiones en lengua castellana suman cinco, todas en la bibliografía. Así por lo demás lo han expresado juristas españoles como HERNÁNDEZ GIL, VALLET DE GOYTISOLLO o DE CASTRO Y BRAVO. Las normas o los grupos de las mismas adquieren sentido “dentro del grupo total de normas de la organización” supone otras normas, está condicionada por otras normas y sus cambios y sustituciones producen una modificación en las demás⁹⁵. De lo anterior seguimos la unidad lógica y el reconocimiento como parte de esa unidad para finalmente juzgar la respectiva norma jurídica⁹⁶. Finalmente, tal Orden es un Sistema o unidad lógica aunque la forma o manera de plantear estas ideas, la “Teoría Pura del Derecho”, se la critica⁹⁷. Tal crítica, como veremos, la rechazamos debido al desarrollo de una teoría del Derecho para entender al mismo, interpretarlo y aplicarlo. Es utilizable modestamente como demuestra el interés por el razonamiento kelseniano en las obras citadas en este trabajo.

La investigación y la hipótesis

La solución entonces tiene como motivadoras a las preguntas, a la metodología como medio para alcanzarla y, finalmente, se alcanza la tal solución propuesta. Pero debe proponer, a su vez una hipótesis (una solución en ciernes, no *in actum* como la del final de esta tesis) y la nuestra es como sigue: el procedimiento de Acceso a los Recursos Genéticos Naturales situados en el territorio de un Estado por otro Estado debe cumplir con los derechos y las obligaciones del artículo,15 de la Convención sobre Diversidad Biológica y del mismo modo personas naturales y jurídicas deben cumplir con las normas jurídicas nacionales del Estado al cuyo territorio acceden no pudiendo al

95 VALLET DE GOYTISOLLO, Juan Berchmans, Metodología de Las Leyes, Editorial de Revista de Derecho privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, p.253.

96 VALLET DE GOYTISOLLO, Juan Berchmans, op. cit., p. 253.

97 VALLET DE GOYTISOLLO, Juan Berchmans, op. cit., p. 256.

menos dejar de aplicarse las normas mínimas contenidas en la Convención sobre Diversidad Biológica en su artículo citado a través de la incorporación de dichas normas al Derecho nacional y si no hubiere normas jurídicas no podrá accederse incumpliendo las normas internacionales y nacionales no pudiendo protegerse jurídicamente ni los Recursos Genéticos Naturales originales ni derivados de los mismos por cuanto hay una violación de las obligaciones internacionales y los derechos generando responsabilidad internacional al incurrirse en un ilícito tanto como Estado como persona natural o jurídica extranjera y debiendo cumplir con la obligación de no violar la Soberanía y, a su vez, cumplir con una División equitativa de los beneficios conforme a los derechos de los titulares y al aporte en el conocimiento y conservación de los recursos biológicos conteniendo los Compuestos activos⁹⁸ de los Recursos Genéticos Naturales y si no fuere así se incurriría en un ilícito internacional.

Desarrollo de la hipótesis

Es nuestra hipótesis y se basa en razones jurídicas debido a que cualquier sistema jurídico, sea de la naturaleza que sea, debe observar la existencia de relaciones entre normas y las sanciones al incumplimiento. Sin entrar a caso puntuales, sino al final de la tesis, existen tremendas posibilidades para el incumplimiento de las normas jurídicas, así se ha propuesto que estas normas, nivel internacional, rigen a personas naturales, cuestión que sólo ocurre por excepción en materia de derechos humanos o se ha propuesto que estas normas expresan la idea de la concreción de contratos como el elemento esencial para la actividad de las personas naturales o jurídicas, inclusive Estados, a fin de cumplir con las obligaciones contenidas en el artículo 15⁹⁹. También,

98 Ellos son compuestos químicos que expresan la información química a fin de desarrollar nuevos compuestos, sintetizar los mismos, convertirlos en productos que pueden ser consumidos para auxiliar en la medicina, agricultura, et cetera.

99 Cfr. TAUBER, Sabine, Contract standardisation as an instrument for Access and Benefit Sharing under the Convention on Biological Diversity- A Governance Analysis of Transactions with Genetic Resources, Rheinischen Friedrich Willhelms-Universität zu Bonn, Alemania, 2011. Este trabajo es sin embargo, desde al punto de vista jurídico, extremadamente básico y representa

el producto de la investigación sobre Recursos Genéticos Naturales pertenecería a las empresas o personas que lo han obtenido olvidando el Acceso u obtención restringida de los recursos, porque, conforme a derecho, se encuentran sometidos a un Estatuto Jurídico basado en la Soberanía de un Estado, cuestión expresamente establecida en el artículo referido.

Los contratos, prueba de lo afirmado, vigente la Convención, fueron paradigma de la aplicación de la misma, sin embargo, hoy día, han sido cuestionados en su validez y en su aplicabilidad. Existe una violación a los derechos de los Estados en convenios o contratos como los referidos en esta investigación dada la ausencia de respeto de las normas jurídicas del Estado en donde se investigan las muestras.

Así también ha habido serios reparos a las normas creadas por los Estados donde se aplica esta Convención cuando establecen la posibilidad de contratos sobre los Recursos Genéticos Naturales porque los mismos no son propiedad de todos, sino, se encuentran sometidos a la regulación de los derechos cuya fuente es la Soberanía, como concepto jurídico, en el territorio y así también existen serias críticas contra quienes han obtenido tales Recursos Genéticos Naturales de manera ilícita o quienes han obtenido los productos de la investigación lícitos o no de material ilícitamente obtenido, o no, cuando no se comparten los beneficios¹⁰⁰.

Ciertamente el problema de la ilicitud acarrea una serie de consecuencias “en cascada” en cuanto la conversión de lo ilícito en lícito, por ejemplo a través la concesión de una patente, puede llevarnos a la posibilidad de generar responsabilidad internacional para el Estado otorgante la patente misma.

Podría argüirse, en contra de los hechos planteados en el número anterior, la

una visión muy simple del problema, solucionar el requisito de equidad y justicia exclusivamente por medio del acuerdo de voluntades expresadas en contratos cuando se expresa en el trabajo las dificultades jurídicas y económicas por el dolo o el uso de presiones económicas que se ejecutan de una parte del contrato a la otra.

100 Este concepto no se encuentra ausente de críticas, como lo revela García Amado por cuanto al ser la Soberanía un concepto que se encuentra dentro del concepto mayor que es el Estado donde Kelsen sostiene una filosofía del Estado exenta de condicionamientos valorativos y que es aplicable a la teoría normativista del Estado. Además se indica que Kelsen es un liberal que combate e intenta la disolución del Estado. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, Estudio Preliminar en Kelsen Hans, El Estado como integración, una controversia de principio, Tecnos, Madrid, 1997, p. XXII.

ausencia de fundamento de las aseveraciones en el Derecho. Sin embargo, todas ellas han sido desarrolladas considerando la actualidad del Derecho Internacional Público y comparado de corte ambiental.

Hoy día es posible afirmar la existencia de responsabilidad internacional por los actos de los nacionales, basta recordar el caso “Rainbow Warrior” (Nueva Zelanda vs. Francia)¹⁰¹ o la existencia de normas sobre responsabilidad internacional desde la sentencia caso “Island Las Palmas”¹⁰² o el caso “Smelter”¹⁰³ hasta el último caso sentenciado por la misma Corte Internacional de Justicia: “Argentina vs Uruguay o Pulp Mill Case”¹⁰⁴. Es más, los contratos internacionales han sido tremendamente fustigados por no reconocer a través de la solicitud de permisos correspondientes y cláusulas correctamente escritas en los mismos, los derechos soberanos de un Estado extendidos hasta la División de beneficios de los productos de la investigación de tales recursos. Porque éstos no son recursos situados en el Alta Mar o en territorios comunes a la humanidad (y si fuere así, deberían ser repartidos de manera equitativa para todos en la humanidad), no pueden ser objeto de transferencias internacionales sin la aprobación por una entidad estatal debidamente y legalmente creada para tal efecto que administre los recursos en representación del Estado que ejerce sus derechos soberanos sobre los mismos. Tales derechos son reconocidos al Estado y la ausencia de tal representante indica que no hay en sí el mismo no existiendo, por tanto, manifestación de voluntad alguna. Ha habido casos desautorizando tales contratos o se han impugnado en tribunales nacionales o por medio de organismos estatales se han desconocido los mismos, del mismo modo, las patentes correspondientes, y se ha solicitado su

101 UNITED NATIONS ORGANIZATION, Case concerning the differences between New Zealand and France arising from the Rainbow Warrior affair 1986, Reports of international arbitral awards, Volume XIX, New York, 2006, pp. 199-221, particularmente, pp. 210, 212-214, UNITED NATIONS SECRETARY GENERAL, Ruling on the Rainbow Warrior Affair, between France and New Zealand, 26 ILM 1346 (1987), UNITED NATIONS ORGANIZATION, Case concerning the differences between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problem arising from the Rainbow Warrior affair, Reports of international arbitral awards 1990, Volume XX, New York, 2006, pp. 215-284, FRANCE NEW ZEALAND ARBITRATION TRIBUNAL, Rainbow Warrior Case (New Zealand v. France), 1990.

102 UNITED NATIONS ORGANIZATION, Island Las Palmas case (Netherlands, USA) of 4 April 1928, Reports of international arbitral awards, Volume II, New York, 2006, pp. 829-871,

103 UNITED NATIONS ORGANIZATION, Trail Smelter Case (United States, Canada) 1938 and 1941, Reports of international arbitral awards, Volume III, New York, 2006, pp. 1905-1982.

104 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay, The Hague, 2010, para. 266-282.

revocación.

La Ciencia Natural ha desarrollado una especial predilección por estos medios jurídicos, los contratos, para solucionar estos asuntos.

Es más, se aduce la ausencia de fronteras del conocimiento científico y toda investigación es por el bien de la humanidad, pero lo anterior olvida que generalmente tal conocimiento muta en conocimiento de carácter comercial y finalmente es objeto de transacciones generadoras o posibles de generar beneficios y los mismos no son para los que son titulares de las fuente de los mismos, los Recursos Genéticos Naturales. Además, se generan en países donde se encuentran o son origen de dichos recursos, verdaderos grupos cuyo leitmotiv es la creencia en la entrega libre, en aras del “conocimiento científico” de tales recursos. Si así fuere entonces, de manera gratuita, tal conocimiento, en todas sus variables, debería fluir hacia quienes tienen la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales sobre tales Recursos Genéticos Naturales cuando en realidad tal conocimiento (manifestado como tecnología) no fluye y, lo que es peor, los beneficios de tal conocimiento obtenido de los recursos no fluye tampoco porque, según se escucha, podría ser “malgastado” por quienes detentan la Soberanía como concepto jurídico y los derechos derivados de la misma.

Resulta paradójica y oportuna tal opinión, por decir, lo menos, como si quienes fueren los que ilícitamente obtienen tales recursos pudieren ser los que administren tales bienes, como he escuchado en Andalucía decir, a modo de frase, lapidaria sobre estos abusos, “pusieron al lobo a cuidar a las ovejas”¹⁰⁵.

El Derecho como concepción unitaria y monista

El Derecho, no sólo como Ciencia jurídica sino como Orden social normativo obligatorio, heterónimo y coercitivo contiene, desde el punto de vista objetivo, una

¹⁰⁵ En Argentina la frase que alguna vez escuché fue “y parió la abuela”.

totalidad y unidad metodológica en KELSEN. Es decir, estando inserto en la sociedad merece un estudio único, una metodología propia de análisis y de desarrollo, no sólo investigativo sino desarrollo o elaboración y de interpretación y aplicación. Que el Derecho sea uno y que se divida en disciplinas es una cuestión conocida, basta revisar el programa de estudios de una Escuela de Derecho. Donde radica el problema, de ahí la necesidad de exponerlo aquí.

Esta opción es de importancia diametral a fin de entender que las nociones propias de teoría general desarrolladas por KELSEN se aplican a cada una de las diferentes disciplinas jurídicas dada esta concepción unitaria del Derecho¹⁰⁶.

Así el Derecho Internacional Público “conjunto de normas que regulan el comportamiento mutuo de los Estados al imponerles obligaciones y conferirles derechos”¹⁰⁷, es un ejemplo. Este ejemplo, es parte de nuestra investigación porque significa aplicar al Derecho Internacional Público, al Derecho constitucional los planteamientos desarrollados por la Teoría General del Derecho en un contexto de teoría y práctica (como se observa del capítulo de aplicación).

Esta fórmula concreta la unidad metodológica y estructural del Derecho, teoría, interpretación y aplicación, indicándolo KELSEN mismo al señalar la unidad del Derecho Internacional Público y los Derechos u Órdenes jurídicos nacionales¹⁰⁸ y las características propias de tal derecho.

El Derecho posee como característica el que es un conjunto de normas cuya característica principal y distintiva es la coercibilidad. Y aunque parezca ello a un “El Padrino” muy concienzudo que desea introducirse en nuestras actividades, es cierto que las sociedades requieren de cierta estabilidad y seguridad para desarrollarse y entre otros productos los dan las normas jurídicas (de todo tipo) y los Órdenes jurídicos (que en

106 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, p. 330, donde habla de la “constitución de un Estado mundial” como un logro, un fin.

107 KELSEN, Hans, Introducción a la Teoría Pura del Derecho, Asociación Peruana de Derecho constitucional, Lima, 2001, p. 82.

108 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, p. 330, KELSEN, Hans, Principios de Derecho internacional público, Librería El Ateneo Editorial, Buenos Aires, 1965, p. 363 y ss.

general pueden resumirse en un solo Orden jurídico), que regulan diferentes objetos normativo jurídico pero que, cual “eterno retorno”, regulan al Derecho en su faz normativa jurídica, a la norma jurídica que es una aunque con diversas características, sus expresiones lógicas sean varias (representativas del lenguaje jurídico empleado, juicio categórico, hipotético, disyuntivo) o simplemente de las expresiones específicas de las normas jurídicas como consiguiente expresión material (ley, reglamento, instrucciones)¹⁰⁹.

Considerando como único al Orden jurídico, entendiendo el actuar sobre una norma jurídica con diversas expresiones, podemos comprender el fundamento del Derecho Internacional Público en lo que se refiere a la Teoría del Derecho, en el Orden jurídico y en la norma jurídica. Por tanto, la articulación kelseniana, en esta perspectiva, carece de sentido cuando consideramos a un solo Orden jurídico como válido dado que, obviamente, no habría dualismos sino monismos, sencillamente, un solo Orden jurídico¹¹⁰.

Los objetivos de la tesis doctoral

Esta tesis doctoral tiene como objetivo describir el régimen jurídico nacional comparado e internacional del artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica conteniendo básicamente normas jurídicas, expresando o reconociendo derechos y obligaciones a los Estados como únicos sujetos de Derecho Internacional Público en esa descripción, hay una primera comprensión.

Un segundo objetivo es responder a cada una de las preguntas y sostener la

109 La regla de Derecho, el juicio hipotético, es un juicio sobre la norma jurídica.cfr. ERRÁZURIZ, Carlos, Introducción crítica a la doctrina jurídica de Kelsen, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987, p. 35. Aquí distingue entre Rechtsnorm (la norma jurídica) y Rechtssatz (o frase de comentario jurídica o juicio hipotético o regla de derecho).

110 Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO señala que la expresión “Ordenamiento jurídico” es incorrecta por ser un burdo italianismo que no cabe en nuestra lengua vernácula debiendo, pese a todo mantenerla por fuerza de la costumbre, la expresión correcta es “orden jurídico” cfr. RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, Introducción a la Ciencia del Derecho, Cuarta Edición, Reimpresión 2001, Madrid, 2001, p. 182. Mantiene una serie de características este autor en relación al ordenamiento jurídico, la unidad, la coherencia, pretensión de completo o completitud, supuesta “clausura” del orden jurídico, la independencia. Nosotros hemos escogido una, la unidad, en relación a la noción monista explicada por KELSEN en sus textos, cfr. KELSEN, Hans, op. cit., 2001, p. 94.

hipótesis expresada aplicando las metodologías expresadas y con ello se logra una segunda comprensión de los problemas planteados en esta materia.

El tercer objetivo es ubicar la norma jurídica estudiada como el régimen internacional obligatorio y aplicable a todas las regulaciones internacionales y nacionales en materia de Recursos Genéticos Naturales sin perjuicio de regulaciones sectoriales al respecto, por consiguiente una tercera comprensión.

Un objetivo importante, además, es analizar los acuerdos o contratos internacionales en una perspectiva descriptiva y como una de las formas de alcanzar Justicia y Equidad en las transacciones pero siempre sometidas al artículo 15 citado y a las normas nacionales cuando las hubiere, una cuarta forma de comprender.

Un quinto objetivo de trascendencia es analizar si existen discordancias, lagunas u otras formas de contradicción entre la norma estudiada y otras propias del régimen o sistema legal constituido en materia de Acceso y División de beneficios equitativos, una quinta forma de comprensión.

Finalmente el análisis de la aplicación jurídica del artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica así como la incorporación de elementos evolutivos en la materia será el último objetivo a cumplir y con ello una forma de comprensión avanzada. Es necesario recalcar, para alcanzar estos objetivos se deben aplicar una serie de metodologías y concepciones jurídicas, de análisis jurídico, constitutivas de parte de la Ciencia Jurídica y cuyo fundamento son las concepciones positivistas representadas por la versión de Hans KELSEN y el iusnaturalismo en la versión de J. FINNIS y otros autores observando comprensivamente las nociones de Justicia y Equidad. Ciertamente, la influencia del positivismo será permanente¹¹¹. En efecto, como lo indica WALTER iluminando el pensamiento kelseniano aun más, KELSEN no abomina de la noción de Justicia sino la considera como una noción subjetiva, propia de cada uno y jamás como

111 CORRAL, Hernán, op. cit., entendida a toda la obra.

una noción objetiva como “justicia para todos”. Lo anterior es consecuente con la manera de pensar de KELSEN en aspectos filosóficos, basada en el pensamiento del pensador alemán KANT¹¹².

Además, tres objetivos más breves pero relacionados con el trabajo presentado son la interpretación jurídica en términos kelsenianos o cómo KELSEN entiende la interpretación jurídica en aplicación al artículo 15, la manera de sancionar los ilícitos internacionales, aplicar la responsabilidad internacional (por ilícitos de personas naturales o jurídicas), que, como sabemos, KELSEN consideró ilícitos estatales¹¹³ así como el último de los objetivos, no menos relevante, determinar cómo se habrán de juzgar, conforme a qué procedimiento se habrá de someter el conocimiento de la violación del artículo 15 o la solución de la controversia en cuanto a la delimitación de equidad en la División de beneficios derivados de la utilización de los Recursos Genéticos Naturales.

Todos estos objetivos constituyen una totalidad o completitud, es decir, no cabe pensar algunos de ellos como más importantes que otros en cuanto a la posible extensión a alcanzar en el desarrollo de esta investigación sino conformando parte de la pregunta principal y el problema principal así como de la hipótesis ya expresada.

Definiciones, conceptos y clasificaciones

La Convención sobre Diversidad Biológica fue adoptada en Río de Janeiro, Brasil, el 22 de mayo de 1992 y fue abierta para la firma de jefes de Estado y jefes de Gobierno el 5 de junio de 1992 en la “Conferencia de Naciones Unidas sobre Medioambiente y Desarrollo”. La misma entró en vigor el 29 de diciembre de 1993¹¹⁴.

En un principio fue considerada como una de las convenciones defensoras de la

112 WALTER, Robert, Kelsen la Teoría Pura del Derecho y el problema de la Justicia, Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 65 y 66.

113 KELSEN, Hans, Principios de Derecho Internacional Público, El Ateneo, Buenos Aires, 1965, pp.86, 90-91, donde cabe interpretar al individuo que representa al Estado por un mandato como al individuo que pertenece al Estado porque está sometido al Derecho como regla jurídica y democrática.

114 SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, Handbook of the Convention on Biological Diversity, CBD, UN, UNEP, Earthscan Publications, London, 2000, p. XVII

flora y fauna, tema considerado como propio del Medio Ambiente desde siempre. Sin embargo, esta Convención no sólo trata la protección de la flora y fauna así como de microorganismos sino su uso sostenible y su utilización a través de una División equitativa y justa de los beneficios provenientes de la misma. Lo anterior lleva a extender el objeto de análisis de la Convención y del medio ambiente y del Derecho ambiental así como el Derecho Internacional Público a las implicancias de la explotación de recursos genéticos para el desarrollo sustentable de un país y del medio ambiente dentro de él.

Ciertamente, consideraciones de carácter económicas y donde la ecología tiene un papel y se hace fuerte en este texto son sus características. Por tanto, los Recursos Genéticos Naturales tuvieron una opción de ser protegidos materialmente y jurídicamente y los titulares de derechos sobre los mismos fueron reconocidos como tales y protegidos a través del reconocimiento de sus derechos.

El texto del artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica fue redactado durante los años 1989 a 1992 en el seno de un Comité Intergubernamental en Nairobi, Kenia¹¹⁵. Cuando su texto fue redactado es poco probable se supusiere el impacto jurídico.

Este artículo alcanzó una serie de objetivos, como nos señala la historia de la norma, del proceso de negociación, a saber, derechos y obligaciones internacionales regulador tanto del Acceso a los Recursos Genéticos Naturales como la División justa y equitativa de los beneficios a obtener.

Históricamente hablando, los derechos y obligaciones contenidos en el artículo en estudio, nuestra norma objeto de análisis, son el producto de la lucha por el reconocimiento de una serie de derechos de países en vías de desarrollo y dicen relación

115 Mc CONNELL, Fiona, The biodiversity convention: a negotiating history: a personal account of negotiating the United Nations Convention on Biological Diversity, Kluwer Law International, 1996.

con la protección del Medio Ambiente y el reconocimiento del mencionado Medio Ambiente como constituido por recursos naturales renovables, parte del mismo, que merecen ser protegidos y determinados en su utilización por el Estado en cuyo territorio se encuentren.

A su vez, las discusiones llevadas adelante en este Comité Intergubernamental, así como con posterioridad a la firma y entrada en vigor de la Convención, han ido entregando valiosa información acerca de las normas jurídicas reguladoras y que no son el artículo mencionado ni tampoco parte de la Convención pero, como un sistema jurídico, vienen a concordar o no con la norma analizada. Conceptos como “Soberanía sobre los Recursos Genéticos Naturales”, “Consentimiento Informado Previo”, “Términos Mutuamente Acordados”, “Acceso a los Recursos Genéticos Naturales”, “División Equitativa y Justa de los Beneficios” son algunos de los analizados en esta materia y que serán objeto de análisis de esta tesis doctoral.

Debido a que los derechos y obligaciones internacionales deben aplicarse en la legislación nacional algunas de estas discusiones interpretativas han afectado la interpretación de la norma jurídica a nivel internacional y en otros casos, a nivel nacional haciendo de su aplicación una diferencia entre países, como se verá en los casos que se presentan¹¹⁶.

Debido a los derechos y obligaciones contenidos en la Convención es posible, para algunos autores, afirmar ser la primera de las convenciones propiamente donde el desarrollo sustentable tiene su afirmación debido a la incorporación asuntos medio ambientales como la conservación y el uso sustentable de la diversidad biológica y de los recursos genéticos, aspectos sociales, económicos y legales como el “Acceso a los Recursos Genéticos Naturales” y la “División Equitativa de Beneficios provenientes de

116 Las obligaciones internacionales son aquellos vínculos jurídicos que los “sujetos de derecho” internacionales, en este caso Estados, se encuentran sometidos a su cumplimiento (Stanford Encyclopedia of Philosophy 2003).

la utilización de los Recursos Genéticos Naturales”*. Esta materia no es por cierto un asunto objeto de esta tesis pero esta Convención internacional ha sido concebida principalmente en relación al problema de la diversidad biológica, un asunto ambiental, ante todo.

1.- La Comunidad internacional como sustrato de derechos y obligaciones internacionales y nacionales¹¹⁷

La “comunidad internacional” es la base de la relación entre Estados¹¹⁸. El término es pacífico entre los autores siendo aceptado comúnmente como punto de inicio para entender al Derecho Internacional Público o “Derecho de Gentes”. Es un hecho que la comunidad internacional existe, es decir, hay un grupo de sujetos de Derecho Internacional Público relacionados entre ellos debido a tener o estar en la situación de establecer vínculos jurídicos obligatorios para ejercer derechos cumplir con prestaciones de diferente naturaleza, de dar, de hacer o no hacer.

“Comunidad internacional” ha sido conceptualizada como “países del mundo considerados o actuando en conjunto como grupo”¹¹⁹.

Esta comunidad es internacional entendiendo la inclusión de dos o más Estados siendo los mismos “un sistema social continuo de interacción y transacción”¹²⁰. Complementando el concepto anterior es posible indicar con un autor destacado como Phillip SANDS que ha caracterizado al Derecho ambiental internacional sobre la base

* SANCHEZ, Vicente, *The Convention on Biological Diversity: Negotiation and contents* in Sanchez, V. and Juma, C., *Biodiplomacy*, ACTS Press, Nairobi, 1994.

117 KELSEN consideraba como sustrato y a la vez como fundamento del desarrollo de su teoría pura a la “comunidad internacional” base de la “norma fundamental”, KELSEN, Hans, op. cit., p. 96; KELSEN, HANS, *Das Problem der Souveränität und die theorie des Völkerrechts*, Tübingen, Verlag Mohr (Paul Siebeck), 1920, pp. 182 ss.

118 Comunidad internacional es un concepto especial debido que refleja la necesidad por parte de los sujetos de Derecho internacional de convivir, es decir, de relacionarse jurídicamente, sin que la misma constituya una asociación sino sólo una relación de necesidad debido al hecho natural de compartir un mismo espacio, la Tierra.

119 UNIVERSITY OF CAMBRIDGE, *Cambridge Dictionary Online*, (2004) <<http://www.cambridge.org>> (25.06.09).

120 FRANCK, Thomas, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 1997, pp. 10-11. Acerca de la “utopía realista global” de Franck acerca de la Justicia en las relaciones jurídicas internacionales y su argumentación cf. TASIOLAS, John, *International Law and the Limits of Fairness*, *European Journal of International Law*, 2002, Vol. 13 No. 4, pp. 993-1023 en particular p. 994. Esta tesis se enmarca en un realismo del tipo expresado por Franck pero bajo la influencia de la teoría del derecho “pura” expresada por Kelsen que mira de manera realista pero utópica la seguridad. Donde seguridad y Justicia, valores jurídicos, se encuentran en constante retroceso y esta tesis, puestos a exponer los valores que representan, tiene como objeto los mismos dado que ambos alcanzan la paz jurídica. Franck propone como fundamento la escasez moderada de recursos y un sentido emergente de comunidad global. Sin embargo, en este aspecto los que tienen claro dichos conceptos resultan muy pocos en consideración a la cantidad inmensa de personas en el mundo que se ven afectados por actos de otros y sin embargo no poseen defensa alguna contra los mismos, el caso clásico es el de las crisis financieras. Mantiene Frank que la Justicia es subjetiva y relativa pero debe determinada como un contexto social e histórico, cf. TASIOLAS, John., op. cit., p. 997. En este sentido sigue el mismo concepto de KELSEN que analizaremos respecto de la relatividad y subjetivismo de la Justicia.

de una “Comunidad internacional”, es decir, esta rama del Derecho tiene su fundamento en la existencia de una comunidad. A su vez, KENNEDY ha caracterizado a la “Comunidad internacional” a través de o utilizando términos como “globalización” o “gobierno de los mercados”. Este autor reconoce al fundamento del Derecho Internacional Público en la “formación de decisiones” y sobre la idea de “co-ordenación” enfatizando, sin embargo este autor otros aspectos relevantes de la “Comunidad internacional”¹²¹.

Co-operación y co-existencia son ideas significativas para auxiliar a la División de los beneficios respetando derechos y obligaciones de todos los Estados y tomando en consideración la “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” como un medio para alcanzar un resultado, una comunidad internacional respetuosa del Derecho¹²² es este apartado, dado que, sin ellas resulta difícil repartir y compartir los beneficios provenientes de la utilización de tales recursos para un objetivo jurídico y, quizás, para objetivos sociales o económicos. Tal cooperación y coexistencia se pueden enfrentar con competencia cuando son Estados, sujetos de Derecho Internacional Público, los que tienen que repartir los beneficios o cuando se han obtenido beneficios a través de algún procedimiento ilegal y deben protegerse los derechos de sujetos internacionales porque sus intereses (y derechos) pueden ser discordantes.

Algunos asuntos son de extrema importancia para los Estados porque están en la base de su existencia, la población vive en un territorio sin alimento ni agua, y, perece. Es por lo anterior que se hace necesario apoyar la vida sobre la Tierra¹²³. A fin de preservar la vida sobre la Tierra (la vida animal, vegetal y microscópica) la ya conocida “comunidad internacional” ha llegado a un acuerdo internacional o tratado internacional sobre la diversidad biológica, la ya presentada Convención sobre Diversidad Biológica.

121 KENNEDY, David, *Laws and Development in Amanda Perry and John Hatchard, Contemplating Complexity: Law and Development in the 21st Century*, Cavendish Publishing, 2003. ZAUM, Dominik, *The Sovereignty Paradox*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 29-35.

122 BROWNLEE, Ian, *Principles of International Law*, Oxford University Press, 5th Edition, Oxford, 1998, pp. 37, 52-53,

123 WILSON, Edward. O., *The Diversity of Life*, WW Norton and Company (Reissue edition), New York, 1999.

Esta Convención es la norma básica o fundante del orden jurídico internacional en materia de “Diversidad biológica” y “Recursos Genéticos Naturales”.

“Diversidad biológica es la “variabilidad entre organismos vivos de todas las especies”¹²⁴. Este concepto a llegado a considerarse uno de los más importantes desarrollados durante las décadas de 1970 y de 1980 por diferentes biólogos. Este concepto cubre una gran variedad de formas de vida, desde grandes animales hasta micro-organismos, en otras palabras, toda la variedad de la vida.

Entre todas esta diversidad biológica de plantas, animales y microorganismos es posible hallar “unidades funcionales de herencia” denominadas “material genético”, esto es, “material genético de valor actual o potencial”¹²⁵. Es posible concluir, entonces, lo siguiente, la “Comunidad internacional” ha protegido jurídicamente los Recursos Genéticos Naturales en un intento de salvaguardar componentes de utilidad para la vida en la Tierra materializando, la dicha protección, en la elaboración de un proyecto de Convención y luego en la aprobación y adopción de un tratado, la Convención sobre Diversidad Biológica, uno de los resultados de la aludida “Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medioambiente y Desarrollo” de 1992.

2.- Regulación internacional de la “comunidad internacional”

La “comunidad internacional” regula las relaciones internacionales entre sujetos internacionales y actores internacionales adscribiendo estos últimos jurídicamente a un Estado. Toda persona tiene una patria y si no la posee se le regula de manera de poder disminuir los riesgos de ser apátrida. Las fuentes de la regulación jurídica internacional son los tratados, la costumbre, los principios generales del Derecho así como los autores más reconocidos y finalmente la jurisprudencia de los tribunales, en el caso de la Corte

124 SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, op. cit., 2001, p. 5.

125 SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, op. cit., 2001, p. 5.

Internacional de Justicia es la jurisprudencia propia de dicho tribunal.

La “comunidad internacional” es, de acuerdo a Thomas FRANCK, el origen de la noción de Justicia y Equidad, cuestión relevante para esta tesis¹²⁶. El mismo autor define comunidad internacional como “un sistema social de continuas transacciones e interacciones”¹²⁷.

Es más, indica este autor que “[u]na comunidad está basada, primero, en un sistema común, consiente de reciprocidades entre sus constituyentes y un sistema de reciprocidad conduce a a un diálogo equitativo”¹²⁸. KELSEN, de otra parte, señala a la “comunidad” y “Orden que regula la conducta de aquellos que viven en comunidad” como sinónimos, es decir, uno es igual al otro desde el punto de vista jurídico, son dos aspectos diversos de la misma cosa (aunque considere inoportuno hablar de la Comunidad y del Orden jurídico como entes diferentes)¹²⁹.

Es decir, estamos frente a un grupo unido por la circunstancia de depender unos de otros y no actuar disparatadamente y si son disparatados en su actuar son sancionados de diversa manera, sea que actúen disparatadamente respecto de otros Estados o que internamente no obedezcan al Derecho Internacional Público o que actúen de manera abusiva en sectores del mundo carentes de normas jurídicas relacionadas con la Soberanía territorial aunque si sometidos a Derecho¹³⁰.

Las anteriores fuentes regulatorias de la Comunidad Internacional, provienen, como es conocido, del artículo 38 número uno del Estatuto de la Corte internacional de Justicia. En el número dos se incluye la Equidad pero en un sentido especial,

126 FRANCK, Thomas, op. cit., p. 15 y ss. En este sentido se ha hecho presente que los fundamentos históricos de la teoría de Franck son utilizados de manera propia o peculiar no proveyendo la naturaleza de la perspectiva histórica que usa, cfr. CULLEN, Holly, The role of history in Thomas Franck's Fairness in International Law and Institutions European Journal of International Law, Vol 13, No 4,2002, pp. 927-940, particularmente, p. 928. Esto no ocurre en el caso de Kelsen donde el estudio de las materias histórica se desarrolla en el devenir de la misma, cuestión a observar en KELSEN, Hans, Sociedad y Naturaleza, Losada, Buenos Aires, 1945, pp. 15-30 o en KELSEN, Hans, op. cit., 1993, pp.38-49 mirando a la sociedad aunque no propiamente sociológico.

127 FRANCK, Thomas, op. cit., p. 10.

128 FRANCK, Thomas, op. cit., p. 10.

129 KELSEN, HANS, Derecho y paz en las relaciones internacionales, Fondo de Cultura Económica, Segunda edición, México, 1943, p.99.

130 Se parece al actuar de las personas en su hogar, allí pueden ejecutar todas sus actividades si las mismas no violan las normas jurídicas o no atentan contra los derechos ajenos y si actúan en lugares eriazos o en lugares comunes a todos los habitantes de un país (pensemos en el caso de una calle) siempre están sujetos a las leyes de dicho país.

autorizando al juez a entregar una solución “et aequo et bono” y sólo para efectos de una mayor amplitud en las posibilidades del tribunal para solucionar el conflicto. Sin embargo, nos limitaremos a los tratados internacionales, en este estudio, porque la Convención sobre Diversidad Biológica, una norma del Derecho ambiental, es precisamente un tratado internacional¹³¹.

La “Comunidad Internacional” se ha organizado, en sus relaciones internacionales, en Estados y ha reconocido otros sujetos de Derecho Internacional Público. Las organizaciones internacionales, entre diferentes sujetos de Derecho Internacional Público de esta comunidad, deben ser fundadas o creadas sobre la base o teniendo como fundamento los conceptos de reciprocidad, tratando a un Estado de manera similar a otros Estados.

La actuación hacia cada Estado de manera recíproca o por medio de la reciprocidad puede crear la “conciencia de la Justicia” generada desde cualquier “norma jurídica”¹³². De acuerdo a Thomas FRANCK y otros autores, la reciprocidad se relaciona a los derechos y obligaciones jurídicas agregadas a las obligaciones y Derechos morales. Reciprocidad, sin embargo, sólo es posible cuando se crea una comunidad de miembros obligados por normas jurídicas.

Desde otra perspectiva, las normas jurídicas internacionales tienen diversas fuentes, como se ha expuesto anteriormente, establecen efectivamente derechos y obligaciones internacionales en el Derecho Internacional Público¹³³. Es posible, por tanto, afirmar derechos y obligaciones internacionales reguladores de la “comunidad internacional” y se expresan principalmente, aunque no exclusivamente, en el Derecho de los tratados.

El Derecho de los tratados tiene su desarrollo propio tanto en el siglo XX como

131 MALANCZUCK, Peter, op. cit., pp. 15 y ss., indica claramente las fuentes así como la calidad de este tratado o convención.

132 FRANCK, Thomas, op. cit., p. 10.

133 FRANCK, Thomas, op. cit., p. 10-12. Malanczuck, Peter, op. cit., p. 254.

en el siglo XXI en los cuales los principios básicos relacionados con la interpretación de convenciones internacionales son codificados.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969 es la norma internacional con la codificación de normas relacionadas a los tratados¹³⁴. Este tratado obliga a los Estados Miembros a cumplir con derechos y obligaciones internacionales¹³⁵.

La Convención sobre Diversidad Biológica es el tratado internacional regulador de los aspectos más relevantes de la diversidad biológica así como de la diversidad genética. El objeto de dicho tratado, desde el punto de vista ambiental, no mira sólo a la conservación sino tiene por objetos el uso sostenible y la utilización de la diversidad biológica y genética. Al respecto es necesario efectuar un alcance, tales objetivos se enmarcan en el objeto del Derecho ambiental, a saber los elementos de la naturaleza, incluyendo al Ser humano como ser vivo y su protección así como desarrollo buscando obtener algún tipo de beneficio económico para solventar dicha protección.

El Derecho ambiental, regulador jurídico del medio ambiente humano, tiene por objetivo todos los aspectos esenciales del Ser humano y su entorno y uno de dichos elementos, quizás el más relevante de todos, es el de la diversidad biológica y de la diversidad genética. Si los Estados Miembros de la Convención no desean incurrir en algún ilícito internacional deben cumplir con las obligaciones de la Convención¹³⁶.

Lo que no se entendió por quienes “negociaron”¹³⁷ o en términos jurídicos estrictos, quienes desarrollaron el proyecto de Convención es la diferencia entre los supuestos de cada norma jurídica, las consecuencias, del mismo modo son diferentes

134 AUST, Andrew, *Modern Treaty law and practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, la cita es al texto completo.

135 Por cierto, MAES, Franck., *Environmental Law Principles, their Nature and the Law of the Sea: A Challenge for Legislators* in Sheridan, M. and Lavrysen L. (eds.), *Environmental Law Principles in Practice*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 61 ha expresado que la costumbre internacional y los principios internacionales del derecho son fuentes importantes del Derecho Internacional Público.

136 Otro tema diferente, importante pero al cual no haremos estudio sino sólo esta referencia es el relativo a la importancia de las sanciones, los tipos de sanciones en que se puede incurrir y los posibles casos en que dichas sanciones se hubieren aplicado a consecuencia o en virtud de una referencia a la Convención sobre Diversidad Biológica.

137 MCONNEL, Fiona, *op. cit.*, p. 18 y ss.

porque en muchos casos los sujetos involucrados son distintos, así en un breve repaso podemos encontrarnos con¹³⁸:

1.- Un Estado poseedor de tecnología para el estudio y desarrollo de análisis de recursos genéticos de plantas, animales y microorganismos, desea ingresar al territorio de un Estado poseedor de los recursos genéticos antes mencionados para procesarlos y obtener beneficios.

2.- Un Estado no poseedor de tecnología le interesan los mismos recursos antes indicados.

3.- Una persona natural o jurídica (obviamente de Derecho privado) con tecnología para efectuar la actividad indicada en el número uno desea ingresar en el territorio de un Estado poseedor de los recursos indicados en el mismo número para procesarlos en dicho territorio.

4.- Una persona natural o jurídica en las calidades indicadas en el número tres y con el objeto indicado en el número tres prefiere llevarse los Recursos Genéticos Naturales brutos o elaborados al lugar considerado necesario a fin de poder procesarlo y obtener productos denominados “derivados”.

5.- Una persona natural o jurídica sin las condiciones o supuestos previamente indicados sencillamente ingresa al territorio y extrae los recursos biológicos o genéticos y se los lleva a su país o a otro país en el mundo.

138 En el sistema de interacción, si lo miramos desde las Ciencias Políticas, que establece la convención, los artículos 15 y 16 serían dos caras de una misma moneda, es decir, uno regularía los derechos y obligaciones de los estado con una gran diversidad biológica considerada recursos naturales renovables y el otro artículo regularía la tecnología y la propiedad industrial relacionada con la utilización de los recursos antes dichos.

6.- Una persona natural o jurídica sin las condiciones o supuestos previamente indicados en el territorio del país donde se le reconoce nacionalidad o se le ha reconocido su existencia jurídica extrae con permiso del Estado (accede) recursos biológicos o genéticos para analizarlos con tecnología propia a fin de explotarla o no comercialmente.

7.- Una persona natural o jurídica sin las condiciones o supuestos previamente indicados en el territorio del país donde se le reconoce nacionalidad o se le ha reconocido su existencia jurídica extrae con permiso del Estado (accede) recursos biológicos o genéticos para analizarlos con tecnología propia a fin de explotarla o no comercialmente en otro país.

8.- Una persona natural o jurídica sin las condiciones o supuestos previamente indicados en el territorio del país donde se le reconoce nacionalidad o se le ha reconocido su existencia jurídica extrae sin permiso del Estado (accede) recursos biológicos o genéticos para analizarlos con tecnología propia a fin de explotarla o no comercialmente en el mismo país.

9.- Una persona natural o jurídica sin las condiciones o supuestos previamente indicados en el territorio del país donde se le reconoce nacionalidad o se le ha reconocido su existencia jurídica extrae sin permiso del Estado (accede) recursos biológicos o genéticos para analizarlos con tecnología propia a fin de explotarla o no comercialmente en otro país.

Estos supuestos se analizarán en el transcurso de esta tesis pero sólo nos detendremos en algunos de ellos porque todos ellos pueden ser los antecedentes del artículo 15 pero no así del artículo 16 y por tanto no son antecedentes de esta moneda con doble cara, y en muchos casos creen, organismos de Naciones Unidas y Organizaciones no Gubernamentales o personas naturales o jurídicas, que se aplican automáticamente. Es necesario indicar la imposibilidad de un supuesto en que exista intercambio de tecnología, lo anterior sería, lo menos decir, poco probable, por los costos y en los casos ocurridos, generalmente, como veremos, los beneficios para los Estados en cuyo territorio se encuentran los recursos biológicos y genéticos son muy pequeños.

Regulación de los supuestos uno al nueve por la Convención sobre Diversidad Biológica

El artículo 15 regula los supuestos números uno al cinco y puede regular los supuestos seis al nueve si la Convención se encuentra vigente en el Estado en cuyo territorio se trata. Lo inmediatamente anterior se fundamenta en el análisis dogmático kelseniano del artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica donde derechos y obligaciones emanantes del artículo cumplen un rol fundamental.

Los derechos y las obligaciones entre las partes de la Convención juegan un rol fundamental, en otras palabras, el sistema jurídico ambiental donde se enmarca a la Convención sobre Diversidad Biológica se encuentra a derechos y obligaciones entre sujetos (internacionales y nacionales) donde tales derechos y obligaciones generan vínculos jurídicos imponiendo sanciones por el incumplimiento. Éste, en el Derecho Internacional Público, puede hacer surgir la responsabilidad estatal y en el Derecho

nacional puede ser alguna de las establecidas por la ley¹³⁹.

No obstante, se debe matizar esta afirmación porque, hoy día, la pirámide invertida de KELSEN acerca de la estructura normativa habría de ser reformulada para entender o comprender algunas realidades jurídicas por él rechazadas o no consideradas en un Estado. Existen normas no obligatorias por haber sido sancionadas por los Estados a nivel internacional, es el caso de las normas establecidas por grupos de particulares como las famosas “NORMAS ISO”¹⁴⁰ respecto de las cuales si se incorporan en un tratado como referencia adquirirían la calidad de jurídicas, de lo contrario, no son tales. Este tipo de normas (establecidas por grupos de particulares) probablemente existían en el tiempo de KELSEN, pero nuestro autor las desechó, no en cuanto estructura sino en cuanto no constituían Derecho. Así KELSEN considera al Derecho internacional público como “conjunto de normas que (...) reglan la conducta de los Estados en sus relaciones mutuas”¹⁴¹. Luego considera el autor en comentario la existencia de un único criterio diferenciador del Derecho respecto de otros fenómenos sociales similares y estaría representada por el posible “mal a recibir” a fin de que los sujetos ejecuten u omitan el acto indicado. El “mal a recibir” se expresa a través de las sanciones internacionales manifestadas en la “obligación de reparar”¹⁴² cuestión a desarrollarse más adelante pero situada por KELSEN como punto de partida al mismo caso al que haremos referencia en su oportunidad¹⁴³. La relación de causa-efecto no necesariamente debería darse y, por consiguiente, no podría concluirse una relación necesaria entre daño, sanción, reparación¹⁴⁴. Sin embargo, la anterior es una relación propiamente jurídica donde la sanción está constituida por la reparación debido a la

139 PAUWELYN, Joost, Conflict of norms in public international law: How WTO law relates to other rules of International Law, Cambridge University Press, p. 12, BROWNLIE, Ian, op. cit., p. 79; FITZMAURICE, Malgosia, The identification and character of treaties and treaty obligations between States in international law, British Yearbook of International Law Oxford University Press, Oxford., 2002, pp. 141-185.

140 INTERNATIONAL STANDARDS ORGANIZATION, ISO 9000 rules (on quality assurance), Geneva, 1994.

141 KELSEN, Hans, op. cit., 1965, p. 3.

142 KELSEN, Hans, op. cit., 1965, pp. 4, 17.

143 KELSEN, Hans, op. cit., 1965, p. 17, nota 4.

144 KELSEN, Hans, op. cit., 1965, p. 18.

imposibilidad de ejecutar una sanción personal.

3.- La obediencia del Estado al Derecho Internacional Público

El Estado debe obedecer el Derecho Internacional Público¹⁴⁵. Esta afirmación está sometida a la línea de razonamiento de los juristas a nivel internacional en el siglo XX, al respecto basta con revisar la obra de KELSEN¹⁴⁶. Así también es posible entender a otros juristas internacionales comprendiendo lo mismo durante el siglo XX y el Derecho ambiental en su faz internacional tiene o posee las mismas características de cualquier Orden jurídico así es posible deducirlo del profesor BROWNLIE¹⁴⁷.

Que el Estado deba obedecer al Derecho Internacional Público se encuentra en la línea de razonamiento y argumentación desarrollada por los internacionalistas durante la segunda mitad del siglo XX (por ejemplo, el profesor Ian BROWNLIE)¹⁴⁸.

La Soberanía estatal, un muy importante principio del Derecho Internacional Público y un estándar central al Derecho ambiental internacional¹⁴⁹, ha sido utilizada por un largo periodo de tiempo a fin de evitar la responsabilidad del Estado en la implementación¹⁵⁰ de las obligaciones internacionales. Se basa en, lo explicado por KELSEN como un concepto jurídico, la ausencia de otra norma de vigencia o validez para un Orden jurídico estatal determinado, un Orden jurídico estatal en suma¹⁵¹, pero llevado al plano político e inclusive mal interpretado nos lleva a rechazar la responsabilidad por actos u omisiones ilegales o arbitrarias cometidas dentro del Orden jurídico y político respecto de los actos de nacionales (personas o empresas) en el

145 Según algunos la naturaleza jurídica de las normas internacionales es la existencia de prohibiciones o normas prohibitivas, las mismas una vez violadas generan la responsabilidad internacional ver MALANCZUCK, Peter, op. cit., p. 12 y ss.

146 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, completa, aunque quisiera hacer presente la primera edición traducida al castellano que también tendremos a la vista así KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho (Introducción a la problemática científica del Derecho), (Traducción de Jorge Tejerina), Editorial Losada S. A., Buenos Aires, 1941.

147 e.g. BROWNLIE, Ian, op. cit. a estos efectos, toda la obra.

148 Cf. BROWNLIE, Ian, op. cit. a estos efectos, toda la obra.

149 Cf. Sands, Phillip, Principles of International Environmental Law, 2nd Edition, Cambridge University Press, 2003.

150 La expresión implementación es un concepto técnico jurídico hoy día, al menos en la Unión Europea, contenido en el artículo 291 párrafo 1 del TFEU, dr, SCHMIDT-ASSMAN, Eberhardt, La administración europea por las agencias europeas, Universidad de Huelva, 2009, Universidad de Cracovia, 2012.

151 KELSEN, Hans, op. cit., 2009, p.66.

exterior. Se ha argüido por los representantes de los Estados y por internacionalistas el impedimento de la intervención extranjera a los asuntos nacionales e internos de cada país en virtud de estos principios¹⁵².

Sin embargo, hoy día no es posible argüir la irresponsabilidad o ausencia de responsabilidad estatal de los Estados respecto de sus propios actos o de actos cometidos por sus representantes e inclusive actos cometidos por sus nacionales basados en la protección de la Soberanía contra la aplicación de las normas de Derecho Internacional Público. Hoy día la Soberanía se fundamenta en derechos y obligaciones del Estado *vis a vis* otros sujetos de Derecho Internacional Público, el Estado no es irresponsable internacionalmente (ni nacionalmente)¹⁵³.

Desde otra perspectiva, otros aspectos del concepto de Soberanía han evolucionado durante la última mitad de la centuria. Este es el caso de la “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” y sobre Recursos Genéticos Naturales que está relacionado con el derecho a controlar dichos recursos porque el Derecho Internacional Público ha reconocido los derechos de los Estados sobre esos recursos. Por lo tanto, los derechos internacionales y las obligaciones de los Estados son los puntos de vista propuesto por esta investigación*.

Es más, los “Artículos en borrador sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Internacionales Ilícitos”¹⁵⁴ ha desarrollado de manera concreta la noción de responsabilidad jurídica internacional por ilícitos cometidos por un Estado en contra de otro Estado. El sentido y alcance de estas normas es sancionar la violación de una

152 BROWNLIE, Ian, op. cit. pp. 68, 72

153 SCHRIVVER, Nicolas, Sovereignty over natural resources: balancing rights and duties in an interdependent world, Groningen : University Library Groningen [Host], 1995, <<http://www.ub.rug.nl/eldoc/dis/jur/n.j.schrijver/>>(23.04.04)., pp. 240-241; BROWNLIE, Ian, op. cit., pp. 289-291 Hago una breve referencia a la calidad de esta tesis doctoral. De manera más clara es posible indicar la extensa jurisprudencia que se ha dictado por la Corte Europea de Justicia o la Corte Europea de Derechos humanos donde se ha dejado claro que el Estado en su actuar en relación a otros Estados se enfrenta a límites jurídicos y, a la vez, internamente los límites a los poderes del Estado, en base a la existencia de normas y de tribunales constitucionales ha sido, sin duda, una forma concreta de limitar el poder normativo del Derecho.

*Existe una multiplicidad de aspectos a estudiar en la convención pero ninguno se relacionan al problema principal que se estudia aquí y que se encuentra en el punto central de discusión hoy día como veremos más adelante. Existen excelentes monografías que se incorporarán al final de este trabajo.

154 International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, in Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-third Session, UN GAOR, 56th Sess., Supp. No. 10, UN Doc.A/56/10 (2001), utilizaremos este texto aunque hay traducción al castellano cfr.,CASANOVAS, Oriol, RODRIGO, Ángel, Casos y textos de Derecho Internacional Público, 6a Edición, Tecnos, Madrid, 2010, pp.751-758.

obligación primaria que trae como consecuencia el nacimiento de una secundaria y tiene, según algunos, como fundamento, el caso “Trail Smelter” citado más arriba (y citado cuatro veces en los “Artículos en borrador sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Internacionales Ilícitos”) además, la violación continua de normas jurídicas, la no repetición de violaciones, compensaciones, obligaciones bilaterales y *erga omnes* (de carácter internacional) y contramedidas¹⁵⁵. Todo lo anterior nos deja ver el importante efecto del Derecho ambiental en su ámbito internacional sobre las normas jurídicas (si son parte de los principios del Derecho internacional) sobre el Estado como sujeto de Derecho Internacional Público.

4.- El Estado, sujeto principal del Derecho Internacional Público dentro de la comunidad internacional representante de la nación

El Estado, de acuerdo al profesor BROWNLIE, es un tipo de “persona legal reconocida por el Derecho internacional”. A fin de ser considerado como un Estado en el Derecho Internacional Público se debe cumplir una serie de requisitos, a saber, debe existir una comunidad de ciudadanos o nacionales (dependiendo del autor a consultar), es decir, población, en un determinado sector o ámbito territorial con un gobierno efectivo y con independencia de otros Estados¹⁵⁶. El concepto de Estado es diferente del concepto de país, es definido éste último como “la tierra ocupada por la nación”¹⁵⁷ y hablar de ciudadanos, como lo hace el profesor BROWNLIE resultaría una impropiedad, más bien debemos considerar a los nacionales, es decir, partícipes de una nación, siendo utilizado en este último sentido en esta investigación.

El Estado, el principal sujeto de Derecho Internacional Público tiene derechos y puede verse obligado por obligaciones internacionales, en otras palabras, tiene

155 DRUMBL, Mark A. op. cit., pp. 18-19.

156 BROWNLIE, Ian, op. cit., pp. 37-38.

157 HORNBY, A. S., GATENBY, E.V., WAKEFIELD, H., (1963) The Advanced Learner's Dictionary of Current English, Second Edition, Oxford University Press, 2nd Edition, London. 1962, p. 221.

personalidad jurídica internacional¹⁵⁸. Este estudio se concentrará en la situación de los Estados *vis a vis* los derechos y las obligaciones establecidas en el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica.

Es esencial tener un concepto sin ambigüedades respecto de los elementos del Estado porque el Derecho Internacional Público gobierna los derechos y las obligaciones de los sujetos internacionales con personalidad jurídica internacional¹⁵⁹. El Estado, de acuerdo a la Convención de Montevideo sobre los derechos y las obligaciones de los Estados estableció en 1933 los requisitos para ser un Estado, una población permanente, un territorio definido, un gobierno y la capacidad para ingresar en relaciones con otros Estados así como su propia jurisdicción¹⁶⁰.

El Estado debe proteger los recursos en su territorio y para ese fin ejerce su Soberanía al ser un sujeto de Derecho Internacional Público. Es por lo anterior que el territorio define los límites al establecer el acceso[#].

Los Estados en el mundo están interesados en proteger la diversidad biológica porque funda o sostiene la vida y puede proveer conocimiento así como beneficios económicos. Es por esto que los Estados han tomado en consideración elementos importantes para promocionar varios países y científicos a fin de dar solución a estos problemas.

En primer término, los Estado van a necesitar enfrentar el problema de la cantidad de recursos biológicos, es decir, contarlos, clasificarlos, detallar su origen cuando los mismos se encuentren dentro de su territorio. Sin claridad acerca del número de sus recursos biológicos los Estados no deberán aceptar ningún tipo de acuerdo acerca de la transferencia de recursos genéticos de manera bilateral o multilateral.

158 BROWNLIE Ian, op. cit., p. 57, pp. 436-439; MALANCZUK, Peter, op. cit., p. 75.

159 BROWNLIE, Ian, op. cit., p. 36.

160 " It is essential to have an unambiguous concept regarding the elements of the State, because International Law governs rights and obligations of this international subject with international legal personality (...). The State in accordance with the Montevideo Convention on Rights and Duties of the State (1933) '(...) has a permanent population, a defined territory, a government and the capacity to enter into relations with other States as well as own jurisdiction ' " BROWNLIE, Ian, op. cit., p. 36.

Este es un caso diferente al que ocurre en el Derecho del Mar pero no es este el lugar para discutir el asunto.

Por estas razones, los Estados han acordado conservar la diversidad biológica utilizando métodos diversos para proteger dicha diversidad y una serie de otros objetos como los recursos genéticos, el conocimiento tradicional de la obtención ilegal y de la destrucción de los mismos.

La Convención sobre Diversidad Biológica se enmarca dentro de este concepto de Estado territorial, es decir, es el Estado, en el actual Orden jurídico internacional, el encargado de proteger jurídicamente la diversidad propia, los recursos genéticos propios como los ajenos.

El primer objetivo de la Convención sobre Diversidad Biológica de 1992 es la conservación de la diversidad biológica y ha sido relacionado a la identificación así como al “monitoreo” (anglicismo, implica observación continua durante cierto lapso, de la diversidad biológica y de los recursos genéticos).

En segundo lugar el Estado necesita entender cómo gestionar dichos recursos, entendiendo por gestionar como un medio de organizar el uso y la utilización de los mismos, es decir su explotación sin su destrucción y con fines ambientales como proveer para la conservación de los mismos recursos. Esta gestión tiene por objeto el uso de los mismos recursos por las generaciones presentes y futuras. La Convención sobre Diversidad Biológica desarrolló el concepto de “uso sustentable” o “sostenible”. En este sentido, las discusiones en las Conferencias de las Partes para la Convención sobre Diversidad Biológica desarrolló como forma de entender este concepto, los conceptos contenidos en la Convención, cfr., “pueblos indígenas”, “comunidades locales”, “conocimiento tradicional”¹⁶¹ así como un concepto nuevo denominado “Aproximación Ecosistémica”¹⁶² y desarrolladas por la Secretaría de la Convención

161 Que han sido objeto de todo tipo de alteraciones por cientistas sociales olvidando que dichas alteraciones carecen de valor jurídico y de valor legal conforme a lo expresado por KELSEN, HART, BOBBIO, RAZ, por nombrar algunos.

162 Este concepto tampoco se contiene en el texto original de la Convención sobre Diversidad Biológica.

sobre Diversidad Biológica¹⁶³.

Lo anterior ha llevado a los Estados a acordar administrar su diversidad biológica en base a ciertos estándares, en un principio propuestos y luego, en una extraña dinámica, impuestos por la secretaría antes indicada.

La gestión de los recursos debe efectuarse integrando conservación y uso sostenible conjuntamente con el conocimiento de los indígenas y de las comunidades locales. Esta gestión cumple la Decisión No. seis de la Quinta Conferencia de las Partes sobre la Convención sobre Diversidad Biológica¹⁶⁴. Estas decisiones carecen de poder jurídicamente vinculante.

En tercer término, los Estados deben dividir las ganancias derivadas de la utilización de los Recursos Genéticos Naturales de manera de ser equitativos y se consideren equitativos de acuerdo a mandato de ley¹⁶⁵.

El artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica complementa el artículo 1 de la misma Convención, concuerda con el mismo, dividiendo o determinando los elementos que son considerados por la ley misma, el tratado es una ley de acuerdo al planteamiento de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969.

En este sentido existen normas jurídicas reguladoras de las relaciones lícitas entre Estados excluyendo las relaciones ilícitas y sancionándolas¹⁶⁶. Así esta norma jurídica contiene una serie de obligaciones y derechos como los derechos soberanos de los Estados y, siguiendo un reciente fallo de la Corte Internacional de Justicia, los tratados internacionales son normas jurídicas y dichas normas jurídicas y sus artículos contienen obligaciones las cuales, si se violan, traen la sanción de la responsabilidad

163 SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, op. cit. 2001, pp. 135, 254-255.

164 SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, op. cit., 2001, pp. 565-571.

165 Sobre este punto, La Equidad subjetiva y la Equidad objetiva, volveremos más adelante.

166 Esta distinción me fue sugerida por la exposición de María Teresa Infante acerca de la sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia intitulada "Pulp Mill Uruguay River" que será objeto de comentario por la importancia para los argumentos esgrimidos en esta tesis dado que ratifica muchos de ellos como el concepto de responsabilidad internacional, el de sanción, el de *pacta sunt servanda*.

internacional y los artículos de la misma son normas jurídicas conteniendo obligaciones internacionales a su vez pero, y más importante aún, estas normas jurídicas son “ley” y se rigen por la convención firmada en Viena ya referida en cuanto son una “ley” para las partes sólo pudiendo ser invalidadas por las partes o por causas legales contenidas en la convención firmada en Viena indicada antes o por la Convención sobre Diversidad Biológica.

Una cuestión diferente es la discusión sobre la necesidad de ley (*lege ferenda*) de la existencia de la misma (*lege data*) pero lo anterior fue puesto en duda por corrientes en el Derecho ambiental internacional que veía al *soft law* como Derecho lo que llevaba a la imposibilidad de entender la situación de la seguridad jurídica debido a la ausencia de validez de dichas normas¹⁶⁷. Más aun, el artículo efectúa distinciones claras entre los resultados de la investigación y del desarrollo de los recursos genéticos, una cuestión que en las discusiones sobre la elaboración de la norma se relacionaba a la investigación científica teórica. De otra parte “los beneficios derivados de la comercialización y otras utilidades” relacionado con investigación científica aplicada para, como se ha planteado por la Convención otros artículos, financiar a la conservación. Esta distinción resulta fundamental para entender la División de beneficios en una manera equitativa.

El Estado es el representante de la nación, es decir, es el sujeto de Derecho Internacional Público encargado de representar a los nacionales ante otros Estados. Dichos nacionales pueden ser individuos (por ej. chilenos), pueden ser pueblos originarios o no (por ej. diaguitas o españoles en Chile) u otras organizaciones, pero todos son representados por el Estado¹⁶⁸.

167 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Case concerning pulp mills on the river Uruguay (Argentina v Uruguay), the Hague, 20 of April, 2010.

168 PASTOR RIDRUEJO, Juan, Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales, Tecnos, Madrid, 15ª Edición, 2011, p. 293.

5.- Derechos y obligaciones como supuestos de las relaciones ambientales internacionales y comparadas

La Comunidad internacional de Estados ha establecido normas a fin de regular los diferentes aspectos de las relaciones inter-estatales y a nivel nacional, las relaciones *intra*-estatales se regulan del mismo modo. Así también otros sujetos de Derecho Internacional Público también se regulan por derechos y obligaciones convenidas (tratados), aceptadas (costumbre) o imperativamente establecidas (principios generales del Derecho y *ius cogens*).

Es necesario hacer un alto, y al menos fijarnos en una definición de Derecho Internacional Público y de Derecho ambiental a fin de ser nuestra guía en el transcurso de este trabajo. En este sentido, en el Derecho Internacional Público existen tres tipos de definiciones, “por destinatarios”¹⁶⁹ (“conjunto de normas que regulan las relaciones entre Estados”¹⁷⁰), “por sustancia” (“tendría en cuenta el carácter internacional de las relaciones reguladas”¹⁷¹), “por técnica de creación de las reglas”¹⁷² (“el procedimiento de su positivación”¹⁷³). PASTOR RIDRUEJO Y MIAJA DE LA MUELA suscriben el segundo y el tercer de los conceptos, es decir, un concepto donde el criterio materia (de contenido) y formal (por su fuente) serían distintivos del mismo. Es obvio, estos autores están en lo cierto al poner primero la materia y la fuente pero no podemos dejar de mirar los conceptos relativos a los sujetos. En la Convención sobre Diversidad Biológica los elementos apuntados por estos autores están presentes, contenido y forma de crear el contenido, pero, no cabe duda, los sujetos de Derecho Internacional Público ejercen un gran efecto en las consecuencias jurídicas de la Convención, los derechos y obligaciones nacidos de la misma y de las normas jurídicas contenidas en la misma. Es

169 PASTOR RIDRUEJO, Juan, op. cit., p. 47.

170 PASTOR RIDRUEJO, Juan, , op. cit., p. 47.

171 PASTOR RIDRUEJO, Juan,, op. cit., p. 47.

172 PASTOR RIDRUEJO, Juan, op. cit., p. 47.

173 PASTOR RIDRUEJO, Juan, op. cit., p. 47.

la definición de carácter formal, su fuente, la que permite entender a las normas de Derecho Internacional Público e indicarán la validez de la misma¹⁷⁴. Dentro de dicho carácter formal existen diversas posibilidades y mientras unas atienden a las fuentes formales otras atienden al acuerdo social generando las normas, la comunidad internacional.

Así definen Derecho Internacional Público, mirando a esta última característica, como “conjunto de normas positivadas por los poderes normativos peculiares de la comunidad internacional”¹⁷⁵. Es por lo anterior, hemos utilizados un concepto más abarcante sirviéndonos para entender la regulación objeto de estudio de la Ciencia jurídica debe, por tanto, en todo respecto, considerarse la definición correspondiente. Más aun la Corte Internacional de Justicia ha indicado que las normas del Derecho Internacional Público (marítimo en este caso): “(...) son el fruto de una acomodación recíproca, de una actitud razonable y de un espíritu de cooperación. Así sucedió en el pasado, y así sucede necesariamente hoy”¹⁷⁶.

Así se ha escogido la definición de Derecho Internacional Público como regulador de “todos los aspectos de las relaciones entre Estados y del mismo modo (...) entre Estados y personas, entre personas de diferentes Estados, entre Estados y corporaciones [o empresas] multinacionales y entre organizaciones internacionales y sus Estados miembros”¹⁷⁷. La ventaja de esta definición es su amplitud permitiendo entender el fenómeno internacional, como lo planteara KELSEN ya desde su obra “Teoría Pura del Derecho“, tiene aplicación a todos los ámbitos del quehacer interestatal.

Otra definición es la de ser el Derecho Internacional Público es un Orden jurídico regulador de las relaciones entre sujeto de Derecho Internacional Público cuyo

174 PASTOR RIDRUEJO, Juan, op. cit., p. 47 p. 48, nota de pié de página 8 en dicha página.

175 PASTOR RIDRUEJO, Juan, op. cit., pp. 48-49.

176 DIEZ DE VELASCO, Manuel, Instituciones de Derecho Internacional Público, Tomo I, Novena Edición, Tecnos, Madrid, p. 81.

177 FRANCK, Thomas, op. cit., p.5.

objeto es la regulación de las relaciones públicas internacionales y cuyas normas proceden de fuentes internacionales¹⁷⁸. Pues bien, estas dos definiciones dan cuenta de la situación del Derecho Internacional Público en cuanto objeto, relaciones entre Estados de carácter público con fuente internacional y pública pero con sujetos internacionales y actores internacionales.

Respecto de los sujetos internacionales podemos mencionar a los Estados, las Organizaciones internacionales intergubernamentales, personas naturales por excepción debido a tratados internacionales o resoluciones internacionales como una opinión internacional así lo indicó¹⁷⁹.

Es por esto que las personas naturales o jurídicas a nivel nacional jamás lo serán a nivel internacional salvo que así lo hubieren reconocido alguna de las fuentes del Derecho Internacional Público y por eso se les llama actores internacionales.

Cualquiera sea la denominación sólo poseen posibilidades de protección jurídica internacional o nacional pero no pueden ser sujetos, actuar ante tribunales internacionales, por ejemplo, aunque en los hechos muchos de ellos tengan más riqueza que muchos Estados¹⁸⁰. Es importante esta clarificación porque en las discusiones en torno a materias relacionadas con el Acceso y la División de beneficios producidos por los recursos genéticos se enfrentan innumerables malos entendidos, respecto de quienes tienen derecho a reclamar.

En el Derecho comparado, desde la metodología empleada en esta investigación, nos centramos en la norma jurídica y en el Orden jurídico como único. Por consiguiente, las obligaciones internacionales habrán de ser cumplidas en el Orden jurídico nacional generando nuevas normas jurídicas por un proceso lógico de incorporación y aplicación directa o por un proceso lógico de creación normativa

178 FERNANDEZ T., Antonio, SANCHEZ L., Ángel, ORTEGA T., Juan, Manual de Derecho Internacional Público, Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 57-60.

179 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion: ICJ, Reports 1949, p. 174 y ss, AW Sijthoffs, Publishing Companies, Leyden, 1949.

180 Es el caso de transnacionales como Microsoft o Unilever o bancos internacionales variados.

jurídica propia de la autonomía legislativa de todo Estado aunque podría aplicarse otras medidas, en el lenguaje de la Convención analizada.

El que siempre el Estado se encuentre en la situación jurídica de cumplir con sus obligaciones internacionales asumidas voluntariamente nos lleva no sólo a la descripción de las formas de cumplimiento, cuestión graficada hace un instante, sino a describir y analizar el procedimiento de ejecución de los Estados al interpretar este artículo.

Ciertamente permite aprender, una de las funciones del Derecho comparado¹⁸¹. En Latinoamérica es posible encontrar una raigambre bastante grande de aplicación de Derecho extranjero o Derecho comparado tras la Independencia¹⁸².

En una teoría como la kelseniana el Derecho comparado tiene sentido para la redacción de normas jurídicas. Así es posible evitar argumentos puramente de política públicas concentrándose en argumentos jurídicos y en problemas jurídicos¹⁸³. No entender la naturaleza de las obligaciones y derechos internacionales en su aplicación nacional lleva a una escalada de argumentos pero a no entender las normas jurídicas, y, hace inaplicable el Derecho internacional sugiriendo interés en discutir y no en comprender y analizar así también, en aplicar normas jurídicas.

Esto no tendría mayor importancia si la ausencia de conocimiento de dichos derechos y obligaciones internacionales no permite entender y al parecer no ha permitido comprender cómo debiera aplicarse en el Orden jurídico nacional este artículo de la Convención sobre Diversidad Biológica, objeto de nuestro estudio, con lo cual se incurriría en incumplimiento de dichas obligaciones internacionales así como el eventual incumplimiento de otras obligaciones en otros tratados internacionales.

181 CONTANTINESCO, Leontin-Jean, Tratado de Derecho comparado, Volumen I, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Tecnos Madrid, 1981, p. 207.

182 CONTANTINESCO, Leontin-Jean, op. cit., p. 211.

183 Un caso de este tipo en BODANSKY, Daniel, What is International Environmental Law, Research Paper Series, University of Georgia, School of Law, Paper No 09-012, 2009, pp. 1-2.

6.- El artículo 15 de la Convención, una norma jurídica

Hemos indicado que en el Derecho o en la Ciencia jurídica, en este metalenguaje acerca de las normas referido por MORESO¹⁸⁴, encontramos a las normas, jurídicas. Este tratamiento pretende explicar la vigencia de una norma jurídica, es decir, su naturaleza como norma, pero, para hacerlo, brevemente diremos algo respecto de las normas jurídicas, en general.

Las normas jurídicas son uno de los elementos, conceptos en la obra de KELSEN, básicos para entender el Derecho. Sin las normas jurídicas el Derecho como legislación no tendría validez, sería un conjunto de órdenes sin efecto alguno. KELSEN, por tanto, entregó un primer elemento de la norma jurídica, su estructura y luego las caracterizó *vis a vis* las normas morales, otra especie dentro del género norma¹⁸⁵.

Sin embargo, como cualquier historiador del Derecho sabe y como cualquier romanista reconoce, ya el Digesto contenía una serie de referencias a las funciones de las normas, es decir, el efecto producido sobre las personas, así mandan, prohíben o permiten. Estas funciones se contienen en el artículo primero del Código Civil chileno y permiten una primera aproximación, relevante como se verá luego, al efecto de analizar científicamente el artículo antes referido¹⁸⁶. KELSEN por su parte indicó que la estructura, refutada luego por HART y analizada nuevamente por RAZ, de una norma jurídica era posiblemente la siguiente: “Si es A debe ser B” donde A es el “antecedente” y B el “consecuente”. Ciertamente existen una serie de clasificaciones de normas como las que plantea VON WRIGHT, que por el momento obviaremos, para situarnos en el elemento esencial, las características de las mismas, el ser bilaterales, externas, coercibles, por cierto generales y abstractas. Es bilateral, en cuanto es impuesta desde el

184 MORESO, José, VILAJOSANA, Joseph, op. cit., pp.17 y 61 ss.

185 MOREOS Y VILAJOSANA establecen una estructura similar así distinguen entre normas y proposiciones normativas y en la “Teoría de la norma jurídica” hablan de “supuesto de hecho y consecuencias jurídica”. Esto términos son similares a los enunciados jurídicos y otros términos empleados por KELSEN, de ahí su influjo. MORESO, Jose, VILAJOSANA, Joseph, op. cit., pp. 70-73.

186 Cfr., GUZMAN BRITO, Alejandro, Derecho romano, Editorial Jurídica de Chile, 1996, 1ª Edición, p. 35 y ss, REPÚBLICA DE CHILE, Código civil, Editorial Andrés Bello, 2006, p.5.

exterior, externa en cuanto mira a los actos de los Estados, coercible en cuanto puede ser exigido por la fuerza y si no se puede exigir por imposibilidad se puede lograr se pague una indemnización, general en cuanto regula a una generalidad de actos y sujetos y abstracta en cuanto está descrita en términos tales dirigiéndose a regir todos los actos de un mismo tipo y no actos determinados de sujetos¹⁸⁷.

La voluntad del Estado, en este caso, se debe considerar como generadora de las normas imperativas estudiadas en esta investigación. ¿Son acaso normas de Orden público internacional y, por consiguiente, “parámetros de validez de las restantes normas del ordenamiento”¹⁸⁸? Es posible afirmar que los Recursos Genéticos Naturales tienen una importancia inmensa para los países y su pertenencia a aquellos objetos jurídicos denominados recursos naturales se ha convertido en elementos integrantes de la Soberanía estatal¹⁸⁹. Se señala a la misma como parte de una función “constitucional” en el sentido kelseniano como norma fundamental inclusive fuera del sistema jurídico¹⁹⁰.

Aun más se discute si tales normas imperativas serían un elemento de agravamiento de responsabilidad internacional por conductas de los Estados contrarias a estas normas y no la simple violación de una norma internacional cuya fuente se encontrare en un tratado¹⁹¹. Si bien la “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” y la Equidad en la División de beneficios son principios del Orden jurídico normativo internacional pensamos que no constituyen todavía parte de estas normas de *ius cogens* o Derecho imperativo respecto de las cuales todos los actos de los sujetos internacionales debieran atenerse. Pero si bien ello podemos afirmarlo con absoluta seguridad, precisamente por haber sido incluidas en un tratado ambas normas y

187 Kelsen, Hans, op. cit., 1993. Las características de la norma jurídica como “general” y “abstracta” en el Derecho romano al modificarse la solución de los conflictos jurídicos desde el prudente y su fallo a la ley por razones prácticas, no se gobernaba Roma sólo sino un imperio.

188 FERNÁNDEZ T., Antonio, SÁNCHEZ L., Ángel, ORTEGA T., Juan, op. cit., p. 65.

189 Sin lo cuales el Estado no puede alimentar a su población sea porque los mismos no producen algo o porque generan gastos en su conservación.

190 FERNÁNDEZ T., Antonio, SÁNCHEZ L., Ángel, ORTEGA T., Juan, op. cit., p. 66, p. 67.

191 FERNÁNDEZ T., Antonio, SÁNCHEZ L., Ángel, ORTEGA T., Juan, op. cit., p. 67.

habiendo sido reconocidas en otros con anterioridad, podemos afirmar ser los mismos principios, fuente de Derecho Internacional Público o sino, a lo menos, obligaciones no de normas fundamentales internacionales pero si de tratados internacionales que constituyen, el caso de la Convención sobre Diversidad Biológica.

Todas las anteriores características, vistas en extenso más adelante, son aplicables a la norma jurídica denominada artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica. Ciertamente es posible efectuar una breve traducción de la misma de la siguiente forma:

Si un recurso genético natural se encuentra en el territorio de un Estado signatario entonces le pertenece al mismo debido a ser parte de su Soberanía. O esta otra traducción: si hay utilización entonces hay División de beneficios.

Consecuencias de ambas “traducciones” es el incumplimiento de los Estados y las personas incurrir en responsabilidad¹⁹².

El artículo 15 es una norma jurídica internacional y de carácter ambiental por lo tanto, si miramos detenidamente habremos observado la necesidad de estudiar la norma jurídica en su carácter de norma jurídica internacional y del carácter antes indicado.

Sin embargo, no podemos obviar un hecho muy importante, la misma norma tiene un efecto importantísimo, debe ser a su vez aplicada en el Orden jurídico nacional, donde el proceso interpretativo es en cada Estado para luego ser incorporada, y en dicho proceso se entiende que se aplica dicha norma jurídica internacional. Lo que ocurra en el Orden jurídico nacional, después, de estar vigente legalmente (o a través de otro medio convertirse en obligatorio, constitucional o administrativamente) será una elección del país correspondiente. Sin embargo, es fundamental entender que la aplicación de normas jurídicas internacionales ambientales (como parte de las normas jurídicas internacionales) requiere cumplir con una obligación de incorporación dentro

192 Kelsen. Hans, op. cit., 1993, pp.18 y ss.

del Derecho nacional de cada Estado signatario.

Derechos y obligaciones

Derechos y obligaciones son conceptos usados de manera frecuente en este estudio. Es la manera de formar el consentimiento a través de la oferta y la aceptación y la configuración determinada de los derechos y obligaciones de los Estados y como estos deciden acordar; son la consecuencia de la formación de voluntad, con las excepciones indicadas en el Derecho Internacional Público. En el Orden jurídico estatal las normas son imperativas, permisivas y prohibitivas, amén otras clasificaciones y las mismas son las normas jurídicas obligatorias a los habitantes de un Estado¹⁹³. En el ámbito internacional el autor GIFTS ha definido Derecho subjetivo “(...) que es lo que una persona se encuentra intitulada para poseer, o para hacer, o para recibir de otros, dentro de los límites establecidos por el Derecho (...)” o “(...) un título para o un interés en algo que puede ser exigido por la ley” (...). En esto dos conceptos el sujeto o “persona” en las palabras de GIFTS, es principalmente el Estado¹⁹⁴.

Obligación en el caso de esta investigación, es el requisito para efectuar aquello impuesto por el Derecho Internacional Público. Desde el tiempo del Derecho romano, las obligaciones son definidas como una relación jurídica constriñendo aquellos obligados por esta relación jurídica (en este caso es el Estado) para hacer o no hacer alguna cosa. En el caso, obligación establecida en el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica recoge una distinción efectuada en el Derecho romano y será explicada en alguna página más adelante. En este caso la tal obligación será establecida por el Derecho Internacional Público y por el artículo 15.

Sin embargo en el mundo anglosajón la más importante fuente de obligaciones

193 Es importante considerar que existen normas no jurídicas pero impuestas por entidades privadas las cuales pueden tener tanta fuerza y sanción que indica que la posibilidad de una pluralidad de formas normativas es más que posible. Sin embargo sólo estudiará este texto aquellas que son básicas.

194 GIFT, Steven, Law Dictionary, Barron's Educational Series, New York, 1996, p. 446.

son los contratos entre partes privadas en cambio en el sistema jurídico continental la más importante fuente es la ley. Las obligaciones internacionales, siguiendo ambos mundos jurídicos tienen como fuente no solo los contratos sino a la ley internacional, principalmente representada por los tratados, la costumbre internacional, y los principios internacionales. Sin embargo, la naturaleza de las obligaciones es diferente. En un caso las obligaciones entre Estados se basan en el Derecho privado y en otros en el Derecho público. Las relaciones son o deberían ser entre iguales la diferencia entre ambos se encuentra en el régimen jurídico de Derecho público o privado porque no resulta fácil de determinar, las de Derecho público son obligatorias haciendo sólo lo permitido. Es importante tener presente esta distinción por cuanto algunos autores han interpretado el artículo 15 más desde la perspectiva del Derecho privado y todo estaría permitido.

Reconocimiento de derechos y obligaciones y clasificaciones

Derechos así como obligaciones pueden ser vistos de diferentes puntos de vista nuestra aproximación se habrá de fundamentar en KELSEN, y otros autores. “Derechos” en este caso significa que el sujeto tiene “derecho a algo” es decir, “la conducta en cuestión del individuo no se encuentra jurídicamente prohibida y, por tanto, en ese sentido negativo, le está permitida; es libre de realizar u omitir una determinada conducta; (...)”¹⁹⁵.

“Palabras” en el caso de derechos internacional el artículo 15 número 1 de la Convención menciona específicamente dos categorías diferentes incluidas en esta norma. Los Derechos soberanos para determinar el Acceso definen las formas o manera del mismo la primera categoría de respuestas sobre cómo acceder a los recursos genéticos naturales y la segunda categoría contesta a la pregunta de quién define el

195 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, p. 138.

Acceso.

Las obligaciones, en esta investigación, son las “conductas a que se está (...) inmediata o mediatamente” en la situación de “tener que cumplirse con respecto de otro individuo.”¹⁹⁶.

De acuerdo a PAUWELYN algunas palabras auxilian para reconocer la existencia de obligaciones internacionales. Este autor se concentra en las palabras “debe ser”, es decir, son comando u órdenes en una situación determinada, por ejemplo el Estado “A” debe hacer algo. El mismo autor agrega una visión diferente en materia de permisos para un Estado en una situación determinada usando la palabra, puede.

La sección del número 2 al número 7 del artículo 15 está compuesta de diversas obligaciones. El autor se refiere al número 4 del artículo 15, la expresión “deber ser” claramente establece una obligación para la conclusión de acuerdos mutuamente aceptados. Esta obligación, entre Estados puede alcanzarse bajo el acuerdo de ambos Estados y el Estado que otorga el Acceso así lo acepte. Sin embargo, el artículo 15 usa expresiones como, “debe alcanzarse” (número dos y seis), deber ser (número cuatro y cinco) y debe tomar (número siete) en donde las obligaciones internacionales han sido incorporadas, redactadas, a fin de hacer a los Estados cumplir con los términos de las obligaciones impuestas por estas normas internacionales. CARRILLO agrega, a su vez, una distinción posible de ser significativa para nuestro estudio. Habla de obligaciones de hacer y obligaciones de no hacer, en las primeras, nos encontraríamos con las obligaciones a implementar por el Estado o cumplir y esto a través del ejercicio de las actividades estatales nacionales así como de los actos internacionales necesarios¹⁹⁷.

196 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, p. 129.

197 CARRILLO SALCEDO, Juan, op. cit., p. 59.

Clasificación

Es dable indicar, es posible clasificar en materia de derechos y obligaciones, los mismos aplicando esta clasificación al artículo 15 de la Convención.

Derechos

En el caso de los derechos el artículo sobre el Acceso y la División de beneficios señala a lo menos los siguientes derechos soberanos:

Derecho soberano para definir Acceso

Este derecho soberano para definir “Acceso” se encuentra ínsito en el artículo 15 y además, expresamente lo indica el artículo 15 número uno cuando señala al Estado como poseedor de derechos soberanos sobre sus recursos naturales. El derecho, equivalente en el ámbito privado al que posee el dueño de una propiedad, permite el ingreso a la misma de terceros, se deduce del derecho soberano sobre los recursos naturales. Este derecho de Acceso se posee a fin de evitar explotaciones no autorizadas y evitar la destrucción del recurso así como definir el momento y la forma y el objeto de explotación porque los recursos naturales son bienes que el Estado utiliza para satisfacer necesidades ambientales o sociales.

Derecho soberano para utilizar o explotar recursos en concordancia con políticas nacionales. Este derecho relacionado con el artículo 3 o formulado por los países en desarrollo con el objeto de obtener beneficios y mantener el control estableciendo permisos para la explotación de los recursos se refiere, previamente, expresar las políticas nacionales a través de documentos oficiales e incluso, normas legales.

Derecho soberano para definir el Acceso a los recursos naturales de acuerdo a la

legislación nacional. En este caso, la definición del Acceso, o del procedimiento para acceder a los recursos naturales lo determina el Estado a través de la ley.

Es el Estado quien determina el procedimiento para los particulares a fin de acceder a los recursos naturales. Se diferencia de los otros derechos por cuanto le permite al Estado determinar unilateralmente el ingreso y Acceso, pudiendo negarlo de antemano, en cambio en el caso anterior el Estado debe, a lo menos, negarse al ingreso con un igual, otro Estado.

Derecho soberano a determinar, con otros Estados, a través de “Términos Mutuamente Aceptados”, la forma de acceder a los recursos naturales. En ese sentido es necesario comprender el derecho del Estado, como lo ha rectificado recientemente la Corte Internacional de Justicia, tiene el derecho a no continuar con las tratativas¹⁹⁸.

Derecho soberano a un Consentimiento Informado Previo, consistente en exigir tanto a otro Estado como a particulares la entrega de información sobre su interés en acceder a los recursos naturales. Esto puede expresarse en un mayor o menor número de requisitos establecidos de manera unilateral por el Estado donde se ubica o en cuyo territorio se encuentra el recurso.

Derecho soberano a exigir la División de los beneficios provenientes de los recursos genéticos de forma equitativa entre el Estado soberano y la persona pública o privada que lo utiliza.

Obligaciones

Estas y otras clasificaciones, a explicar brevemente, sirven para entender las obligaciones contenidas en el artículo 15 de la Convención. Las obligaciones jurídicas internacionales pueden ser clasificadas de acuerdo a criterios diferentes. Una clasificación aplicable al caso es aquella relativa a la posibilidad de ejecución inmediata

198 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Uruguay versus Argentina (Pulp Mill Case)*, the Hague, 2012, paragraph 150.

o diferida o en diversos periodos, de manera ordenada, de la prestación correspondiente, así hablamos de “obligaciones de medio” y de “obligaciones de resultado”.

También tenemos obligaciones jurídicas de carácter bilateral y de carácter unilateral. Estas obligaciones miran al número de partes obligadas pudiendo ser dos o más las partes obligadas. Finalmente, nos encontramos entre obligaciones instantáneas y continuas así como la categoría de obligaciones diferenciales.

Obligaciones de medio y de resultado. Las “obligaciones de medio” son aquellas ejecutables y aceptables por un periodo de tiempo considerando requisitos diferentes a los de Derecho (por ejemplo la capacidad económica de un Estado) y consisten en poner todas las prestaciones de hacer y dar a fin de permitir la ejecución de un acto. “Obligaciones de resultado” son aquellas cuyos efectos se producen inmediatamente a la celebración del acto jurídico que las motiva o a la vigencia del mismo. Después de la entrada en vigor de un tratado internacional entra en vigencia, se perfecciona, sin considerar ninguna otra opción salvo la norma jurídica producto de la obligación, y, por consiguiente, implican la satisfacción de la prestación por el acreedor.¹⁹⁹

“Obligaciones creadoras de vínculos jurídicos bilaterales” son aquellas competentes a las dos partes a relaciones estrictamente bilaterales o aquellas creadas en un fundamento multilateral siendo concebidas como una relación bilateral dominada por un principio de reciprocidad. “Obligaciones multilaterales” son aquellas creadoras de relaciones universales en su naturaleza y se deben a la comunidad internacional como un todo. Esta clasificación permite entender las obligaciones cuyo origen son los tratados multilaterales.²⁰⁰

“Obligaciones instantáneas” y “obligaciones continuas”. Obligaciones instantáneas son las que producen efectos inmediatos tras la entrada en vigor del acto

199 Estos conceptos provienen de KELSEN, Hans, Principios de Derecho internacional público, Ateneo, Buenos Aires, 1965, pp. 7, 15, KELSEN, Hans, El contrato y el Tratado, Ediciones Coyoacán, México, 2007, pp. 33, 43 y 44, ss, KOKOTT, Julian, DOEHRING, Karl, BUERGENTHAHL, Thomas, Grundzüge des Völkerrechts, 3 Auflage, CF Müller, 2003, p. 64. ss.

200 Estos conceptos provienen de KELSEN, Hans, op. cit., 1965, pp. 7, 15, KELSEN, Hans, op. cit., 2007, pp. 33, 43 y 44, ss, KOKOTT, Julian, DOEHRING, Karl, BUERGENTHAHL, Thomas, op. cit., p. 64. ss.

jurídico que es su fuente y “obligaciones continuas” son aquellas cuyo cumplimiento se extiende en el tiempo y su ejecución es sucesiva. Esta clasificación permite entender la postulación al Acceso y las obligaciones generadas porque las mismas son continuas.

“Obligaciones diferenciales”

Esta categoría de obligaciones se concentra en las prestaciones que deben ser cumplidas por los países desarrollados y los países subdesarrollados en el contexto de la Convención. Esta categoría de obligación tiene como punto de partida las normas universalmente aplicables del Derecho Internacional Público y requieren que los Estados ejecuten prestaciones diferentes de acuerdo a sus particulares circunstancias de carácter económico. Países en diferente estado de desarrollo deben cumplir sus obligaciones pero los países más desarrollados tienen que cumplir con mayor exigencia y con mayores prestaciones las mismas obligaciones. En otras palabras, son todos los países desarrollados los que deben cumplir mayormente con respetar los derechos de los países subdesarrollados y cumplir con las normas jurídicas conteniendo las obligaciones para con estos países²⁰¹.

Fundamentos de los derechos y las obligaciones

Los derechos y las obligaciones deben basarse en la distinción entre *ius naturalismo* y *ius positivismo*. Estas dos líneas de pensamiento son extremadamente importantes para el desarrollo del Derecho, y del Derecho Internacional Público, en el siglo XX y en el siglo XXI. Como se indicara posteriormente los conceptos aquí referidos se estudiarán a la luz de las concepciones filosófico-jurídicas indicadas más arriba.

201 Estos conceptos provienen de KELSEN, Hans, op. cit., 1965, pp. 7, 15, KELSEN, Hans, op. cit., 2007, pp. 33, 43 y 44, ss, KOKOTT, Julian, DOEHRING, Karl, BUERGENTHAHL, Thomas, op. cit., p. 64. ss.

Recursos Genéticos Naturales

El término Recursos Genéticos Naturales es la combinación de los adjetivos “naturales” y “genéticos” a unirse al sustantivo “recursos”.

Primero, se genera este término para distinguir el concepto de “material genético de seres vivos”. Sin embargo, existe una regulación especial, diferente de los organismos dependiendo del grado de abstracción y profundización en el estudio ejecutado.

A fin de entender la naturaleza de los recursos genéticos, su concepto, es necesario entender un concepto básico: “recurso natural”. Este concepto es importante debido a la inclusión como supuesto de hecho por diferentes artículos de la Convención que regulan a los recursos genéticos, y los recursos naturales, y pareciera o que son diferentes, o que son contrarios, cuando en realidad se complementan: los recursos genéticos son recursos naturales, y, a efectos de entender su naturaleza jurídica, acentuando el adjetivo “jurídica”, son los mismos “objetos del derecho” y particularmente, bienes²⁰².

Segundo, la expresión recursos genéticos tiene una inherente ausencia de claridad cuando enfrentamos discusiones sobre la Convención de Diversidad Biológica. En diversas oportunidades se han producido errores porque la Convención regularía, según algunos, los genes de Seres humanos. Sin embargo, la Convención sólo regula los recursos genéticos de plantas, animales, microorganismos y bacterias, en principio situados en el territorio de un Estado parte.

Así, también, se produce una confusión respecto de “organismos vivos modificados” u “organismos genéticamente modificado” (OGM, en adelante) por cuanto éstos contienen o pueden contener elementos genéticos de seres vivos y, por

202 PEÑA NEIRA, Sergio, La justicia y equidad en la división de beneficios derivados de los recursos genéticos naturales (no humanos), Jornadas binacionales de Derecho natural, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2011.

tanto, se tiende a confundir la aplicación de la regulación del Acceso y División de beneficios, el artículo 15 de la Convención, sin ser correcta tal aplicación dado que el objeto de regulación es diferente, se trata de recursos genéticos de origen natural y porque la misma Convención regula OGM en otros artículos de la misma.

También existen problemas respecto de la expresión “recurso natural” empleada de manera indistinta por la Convención al no distinguir entre recursos naturales no renovables y renovables, (dentro de éste último grupo se encuentran los recursos genéticos).

Tercero, para entender el termino Recurso Genético Natural es necesario estudiar otros términos. Por ejemplo, “recurso genético” salvaje, empleado en algunos textos en la materia. Desgraciadamente tal concepto lleva a pensar en los recursos genéticos se encuentran de manera libre y por tanto, fuera de la protección y ordenación de la Convención y del Derecho Internacional Público²⁰³. A su vez, es necesario entender la pertenencia de estos recursos al Estado en cuyo territorio se sitúan y la pertenencia a los pueblos indígenas del conocimiento acerca de los efectos que producen los genes o recursos genéticos de los recursos biológicos en los seres vivos, por lo tanto, los recursos genéticos tienen un titular detentador de derechos.

Aun más, Darell A. POSEY, un etnobotanista, ha indicado la relación de la expresión “salvaje” conteniendo, coloquialmente hablando, el concepto de *res nullius*, es decir, pueblos indígenas y personas no ligadas al ámbito jurídico serían llevadas a un error conceptual al considerar la obtención de estos recursos genéticos sin contar con los permisos y autorizaciones necesarias²⁰⁴. Ciertamente lo anterior resulta poco importante desde la perspectiva jurídica pero explicaría la reticencia de grupos ambientalistas a este término. Así también conllevaría un error terminológico porque los recursos genéticos

203 KINGSBURY, Benedict, Reconciling five competing conceptual structures of indigenous people's claims in international and comparative law, *Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, Number 1, 2002, pp. 101-104.

204 DARREL, Posey, Intellectual Property Rights and just compensation for indigenous knowledge, *Anthropology Today*, Volume 6, No. 4, August, pp. 13-16.

podrían provenir de plantas, animales o de microorganismos estudiados o domesticados y no necesariamente estuvieren en un Estado “salvaje” con lo cual si bien son de origen natural no se encuentran libres de dueño o de domesticamiento, aunque es necesario indicar que este último concepto, el domesticamiento, puede ser importante para el Derecho civil pero no el ambiental en donde basta con que el recurso genético provenga de un ser vivo y que no sea un Ser humano para poder encontrarnos con que la regulación del Acceso y la División Equitativa de Beneficios le sea aplicable. Ciertamente y por aplicación metodológica nos centramos en Recursos Genéticos Naturales pero las normas jurídicas analizadas dogmáticamente, históricamente, tópicamente interpretándolas y aplicándolas son aplicables a otros recursos genéticos no humanos, fitogenéticos o de otra índole, cuando no existe una regulación jurídica específica. En el caso chileno, más adelante, hay un ejemplo.

A fin de entender el objeto de esta tesis doctoral, el problema, se ha “construido un concepto” y hemos incluido en éste cuatro elementos relevantes o supuestos de importancia (que definen los contornos del concepto) a fin de poder integrar el concepto de Recursos Genéticos Naturales, un primer concepto, presente durante el estudio de todas estas materias. Primero, se excluyen los recursos genéticos de animales domesticados. Segundo se excluye los recursos genéticos provenientes de seres humanos, tercero se excluyen los términos con una connotación equivocada jurídicamente hablando (y buscando evitar connotaciones equívocas extrajurídicamente hablando) por lo que en este trabajo se ha optado por el concepto de “Recursos Genéticos Naturales”²⁰⁵.

Siempre es necesario recordar que la voz “Recursos Genéticos Naturales” se refiere a los recursos genéticos, a secas.

205 Hay que indicar, además, que desde el punto de vista de los recursos naturales, en una concepción económica de los mismos, éstos se dividen en recursos naturales de carácter renovables y no renovables según si es posible o no que pudieren ser utilizados nuevamente a través de su explotación o no de los mismos dado que los segundos carecen de dicha característica o mejor aun son de aquellos de carácter no fungible y consumible dado que se destruyen al primer uso, en este caso, material, no jurídico.

La naturaleza jurídica de los Recursos Genéticos Naturales y su regulación para el Derecho

La pregunta acerca de la “naturaleza jurídica” de un Objeto del Derecho en cualquier relación jurídica²⁰⁶ dice relación (hoy día la doctrina acepta de manera pacífica) con la idea de poder aplicarle a dicho objeto un estatuto jurídico, es decir, un conjunto de normas jurídicas reguladoras de tal objeto y, a la vez, regular los conflictos posibles sobre dicho objeto. Objeto en este sentido es una materia social, relaciones sociales, sobre el que recae la regulación y puede, dicha materia, tener varias regulaciones según nos encontremos en la esfera del Derecho privado o del Derecho público.

En el Derecho chileno, por cierto, siguiendo una concepción romanista de carácter post clásica, la primera regulación de los Recursos Genéticos ha sido de orden privado, en principio. Sin embargo, a poco andar, la regulación de los Recursos Genéticos Naturales ha pasado a ser una regulación de carácter pública a nivel internacional y ambiental en razón de lo que los penalistas denominan, no sin discusiones, el “bien jurídico protegido”.

La naturaleza jurídica de los Recursos Genéticos Naturales en el Orden jurídico chileno

En este sentido revisaremos primeramente el texto del profesor Andrés BELLO, civilista, internacionalista, especialista en Derecho de la prensa, quien escribió el Código Civil chileno.

En el Derecho civil chileno, particularmente en el Código Civil chileno, Andrés BELLO incluye una regulación completa de una serie de objetos jurídicos denominados

206 Objeto del Derecho, cfr. VERNENGO, Roberto, Teoría General del Derecho, Depalma, Buenos Aires, 1988, pp. 117 ss.

“bienes”. BELLO no sólo era profesor de Derecho romano postclásico e historiador sino había cultivado el Derecho Internacional, en ambas vertientes. Es por lo anterior, la inclusión en la normativa del Código Civil chileno, no sólo por inspiración de otros cuerpos normativos sino debido a su alto conocimiento de la Ciencia jurídica, normas jurídicas sobre estos recursos, aunque sin mencionar a los mismos por que como hemos indicado en otra parte, BELLO no podía imaginarlos debido al avance de la ciencia de su tiempo²⁰⁷. Los recursos naturales, extraídos de su origen, son bienes muebles. Estos recursos naturales, siendo muebles, se hayan sujetos a una determinada forma de transacción, de adquisición de propiedad, de posesión y otros importantes efectos desde una perspectiva privada. Pero, como se verá, por ser “recursos” naturales, prima un estatuto de carácter público más que privado que adquieren el estatus jurídico de Objetos del Derecho económico y del Derecho ambiental y, por consiguiente, público. Sin embargo, el Código Civil avanza a su tiempo y alcanza a regular estas materias debido a su supletoriedad conforme al artículo 4 del mismo cuerpo legal.

En un breve análisis a las normas jurídicas constitucionales en estas materias, el artículo 19 N° 23 de la Constitución Política de la República de Chile (en adelante, la Constitución) (derecho a la propiedad") nos permite indicar que serían:

- 1.- “[C]omunes a todos los hombres”
- 2.- [A]propiables (privados)
- 3.- [P]úblicos.

Los primeros consisten desde el punto de vista jurídico en la ausencia de su regulación. Los segundos constituyen el régimen general de los bienes de las personas naturales o jurídicas privadas, y de las distintas personas jurídicas de Derecho público (entre ellos el Estado/Fisco), sometidas a la legislación "común". Los bienes públicos o

207 Ver mi tesis de Diploma de Estudios Avanzados en esta misma universidad Peña Neira, Sergio, Rectificación, Respuesta, Réplica en el "Decreto de 14 de junio de 1830": proyección y relaciones histórico-jurídicas en el derecho chileno y comparado (o la crítica con responsabilidad), Universidad Internacional de Andalucía, 2010, pp. 79 a 82. Puede revisarse la bibliografía que se acompaña a la misma.

nacionales de uso público o que deban pertenecer a la nación toda (artículo 19 N° 23 de la Constitución) no poseen como titular al Estado. El Estado tiene un dominio público que sólo lo faculta para administrar dicha clase de bienes. Son los particulares quienes explotan tales recursos y así el Estado se encarga de lograr el cumplimiento de su finalidad pública, por lo tanto, los recursos genéticos, salvo las modificaciones que pudieran derivarse del texto internacional, seguirían esta clasificación y se les aplica dicho tratamiento jurídico²⁰⁸. Esta incorporación de normas jurídicas provoca una modificación, entonces, en la estructura jurídica de objetos de Derecho en Orden jurídico nacional, incluyendo a objetos cuya regulación jurídica se efectúa sobre la base del Derecho privado o del Derecho público.

Naturaleza jurídica de los Recursos Genéticos Naturales en el Derecho Internacional Público

En el Derecho Internacional Público los recursos naturales son sólo recursos naturales, es decir, bienes cuyo objeto es satisfacer necesidades humanas, constituyen riqueza y pertenecen a los pueblos y naciones del mundo pero protegidos por el Estado dado que este últimos constituyen la nación jurídicamente organizada.

Lo ya expuesto nos hace mirar al fin de desarrollar la economía de los países menos desarrollados; así, podemos citar las resoluciones números 1515 (XV) de 15 de diciembre de 1960 de la Organización de Naciones Unidas, 1803 (XVII) de 14 de diciembre de 1962 de la misma organización ambas de su Asamblea General. Así la segunda resolución no sólo declara el Derecho soberano de los Estados sobre sus recursos naturales (insistimos, los Estados son los representantes de las naciones y los pueblos) sino en su número uno se incluye el desarrollo nacional y el bienestar del

208 Al respecto ver PEÑA NEIRA, Sergio, Los recursos genéticos desde el Derecho civil en VVAA., Jornadas Nacionales de Derecho civil Olmué 2008, Editorial Librotecnia, 2009.

pueblo como objetivos.

Lo anterior nos lleva, inevitablemente, a una regulación imperativa con ciertos fines para los Estados: indirectamente los detentadores de tales objetos de relaciones jurídicas (objetos físicos o materiales y no sólo vínculos jurídicos recaídos en los mismos) puedan exigir de éstos su protección, uso y explotación siempre bajo la obligación de compartir los beneficios con la nación o los pueblos en el territorio del Estado.

Naturaleza jurídica de los Recursos Genéticos Naturales en el Derecho ambiental

El Derecho ambiental no se ha propuesto estudiar esta materia porque en principio los recursos naturales son regulados por el Derecho público, por tanto, siendo esta rama del Derecho parte del mismo, le es aplicable la regulación pública y, excepcionalmente, la regulación privada. Así también le son aplicables normas imperativas de carácter público se contienen en textos jurídicos privados, como el Código Civil chileno²⁰⁹. Los recursos naturales, por consiguiente, se rigen por el estatuto jurídico que cada país adopte sea incorporación de la normativa jurídica internacional, sea que regule la vigencia de normativa jurídica cuya fuente sea el Orden jurídico nacional.

Los Recursos Genéticos Naturales son regulados por un Orden jurídico a nivel internacional y, a su vez, cada Estado se encuentra, de manera imperativa, ordenando la normativa interna de estos recursos. Tales Estados tienen un fuerte contenido ambiental en el sentido amplio de la palabra, es decir, vienen a satisfacer necesidades de corte económico ambiental. A su vez, los recursos genéticos son un referente para las discusiones entre el medio ambiente y el comercio o el Derecho ambiental y el comercial, pero más debe primar, en la óptica estatal, el carácter ambiental de los

209 TEXEIRO VALLADAO, Haroldo, Derecho internacional privado, Trillas, 1993.

mismos, dado el estudio sistemático de las potencialidades ambientales de tales recursos y cómo los mismos pueden generar beneficios, auxilien tales beneficios a los conservadores de tales recursos.

Una parte importante de tales recursos se han protegido en reservas naturales, parques nacionales y otros recintos públicos en el sentido de regirse por normativa pública. La naturaleza jurídica pública de los recursos genéticos hace necesaria la aplicación de la normativa ambiental de manera expresa, no cabe aplicar aquí normativa sino expresamente establecida para el objeto jurídico y si no ha sido establecida normativa sobre el asunto cabe no hacer nada. ¿Por qué es pública la normativa aplicable?

La respuesta se encuentra en la “naturaleza” de los recursos naturales, son bienes pertenecientes al Estado pero, esto a veces resulta difícil de entender: los recursos biológicos son propios de las personas cuyo dominio recae sobre los mismos. El contenido es diferente al contenido y tienen Estatutos jurídicos diferentes en su regulación de una parte, continente, regulado por el Derecho privado, y, de otra, contenido, de Derecho público.

Esta distinción no es baladí y se grafica del siguiente modo, una madre queda embarazada, el hijo es producto de la concepción una parte integrante de ella o es, en cambio un nuevo ser vivo merecedor a lo menos la protección jurídica. El Derecho ha tomado una opción, al menos lo considera sino un sujeto, un objeto de protección. Es decir, son regulados por normas jurídicas diferentes que en su totalidad implican regulaciones de fuente distinta y de diferente Poder.

Ciertamente existe una discusión jurídica, por ejemplo en Chile, cerrado por el constituyente a través de normas protectoras de la vida del que está por nacer, entendido como seres con su vida propia, la discusión misma. Este ejemplo, por cierto, resulta

extremo pero permite graficar al Derecho, como regulación y como ciencia, con diferentes objetos de regulación, uno la vida de la madre, otro la vida del feto.

En el caso de los recursos biológicos y genéticos, los segundos no sobreviven sin los primeros pero los primeros contienen a los segundos y pueden ser objeto de diferentes regulaciones, en ambos casos, públicos, y de diferentes protecciones por sus diferentes calidades²¹⁰.

Explicación de los términos del concepto “Recursos Genéticos Naturales”

La expresión “Recursos Genéticos Naturales” se entiende configurada por las palabras “recursos”, “genéticos” y “naturales”. Estos términos serán analizados ahora.

Recursos, ya lo hemos dicho, tiene una connotación económica en cuanto es un objeto al servicio del Ser humano para satisfacer las necesidades económicas. En este estudio comprende también su dimensión material o física en cuanto existe un desarrollo de los elementos básicos de este Objeto jurídico. Los recursos, en este caso, tienen una configuración o estructura química. Esta estructura química se encuentra, a su vez, en otra estructura denominada recurso biológico, plantas, animales y microorganismos a quienes la Convención los agrupa bajo dicha denominación. Estos recursos sirven de base para entender la organización jurídica o el sistema jurídico de los recursos genéticos en la Convención.

Recursos genéticos tiene su origen en la palabra “genes”. Éstas son unidades de herencia compuestas por ADN o Acido Desoxirribonucleico. Este es un conjunto de estructuras químicas conteniendo la composición hereditaria de cada ser vivo y una serie de Compuestos Activos unidos generan en cada ser vivo sus características, por ejemplo una planta chilena, llamada “Murtilla”, puede auxiliar en el mantenimiento juvenil y lozano de la piel aunque también puede servir como alimento y del mismo

210 WOLF, Joachim, op. cit., nota 62, pp. 3-15.

modo sirve de auxilio para solucionar enfermedades.

La expresión “natural” tiene por objeto considerar el origen de los genes es la naturaleza o encontrados en la misma, no siendo o habiendo sido “hechas” o “construidas” por seres humanos. Este adjetivo tiene connotación de un ámbito propio de la vida salvaje donde las especies se relacionan unas con otras a fin de sobrevivir alimentándose y transfiriendo, por tanto, los genes entre las especies así como reproduciéndose, y, por tanto, transfiriendo y transmitiendo los genes en las especies. En la transferencia o transmisión nuevas relaciones entre compuestos químicos permiten responder a los cambios en el medio natural generado las modificaciones naturales o modificaciones humanas del Medio Ambiente.

En resumidas cuentas la Convención regula relaciones sociales que convierte en jurídicas relacionadas con productos a ser utilizados a nivel nacional para la generación de beneficios para la nación o el pueblo por el Estado.

El artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica, características particulares

Este artículo tiene como característica establecer las obligaciones y los derechos relacionados con el Acceso a los recursos genéticos encontrados de manera natural o en la naturaleza del territorio de un Estado. En este sentido este artículo indica respecto de otros sujetos internacionales las condiciones y requisitos procedimentales para poder obtener los genes de recursos biológicos. A su vez se regula el derecho y la obligación de reparto entre sujetos internacionales así como de implementación a nivel nacional de los beneficios a obtener de la utilización de tales recursos. Estas características se obtienen de una debida lectura del artículo en estudio.

El Acceso en el Orden jurídico nacional no está establecido como obligación en

la Convención entendiéndose el mismo determinado, si el Estado así lo establece, por el mismo Estado a quien se le reconoce Soberanía. Es decir, no se pueden establecer prohibiciones generales de ingreso pero se pueden establecer requisitos de ingreso o Acceso.

Podemos apuntar las siguientes características del artículo en comento sin perjuicio de un análisis más pormenorizado de esta norma jurídica.

A.- Generalidad

Normas jurídicas son generales en el sentido de ser o estar establecidas en consideración a múltiples casos o un sinnúmero de casos²¹¹. Como se apunta por MORESO y VILAJOSANA la norma jurídica guarda una íntima relación con el lenguaje. Se expresa la norma jurídica a través del lenguaje. El lenguaje posee diversos “usos”, las expresiones lingüísticas expresan su sentido a través de los constituyentes de dicha expresión asociadas a la misma con un Estado de cosas determinado por las normas jurídicas reguladoras de una generalidad de cosas u objetos o de sujetos determinados analizando y ordenando un número importante de hechos humanos con efectos jurídicos²¹². El artículo 15 de la Convención ha sido calificado de ambiguo. Las normas jurídicas son generales o ambiguas porque regulan totalidades o generalidades y no un acto específico o puntual, además de requerir por el lector conocimiento del Derecho, como cualquier ciencia, tiene su propio lenguaje, un lenguaje cuidado. Es por eso la necesidad de interpretación de toda norma jurídica debido a su ambigüedad.

B.- Abstracción

La abstracción de las normas jurídicas se refiere a términos empleados en la

211 Este es un concepto básico en el Derecho, cfr. VODANOVIC, Antonio (et. al.), Derecho civil, Tomo Primero, Editorial Conosur, Santiago de Chile, 1993, p. 5.

212 MORESO, José, VILAJOSANA, Joseph, op. cit., p. 43.

expresión lingüística sin tener, como objeto jurídico, un hecho determinado, sino hecho indeterminado porque se refiere a casos y sanciones “tipo”, debido al carácter hipotético de las mismas²¹³. Las palabras del artículo 15 son o se refieren a derechos, obligaciones, abstracciones. Se omiten, conforme a NINO, muchas circunstancias, obteniendo descripciones equivalentes a la realidad pero depuradas²¹⁴. Es decir, adquiere un carácter intelectual o solo aprehensible por medio del intelecto y, a la vez, inmaterial, es decir, carente de percepción por los sentidos y sólo percible por el intelecto siendo abstractas, o propias de las ideas o conceptos²¹⁵.

Esta noción de abstracción es propia o nace del Derecho romano, con las leyes, porque se requiere, durante el Imperio, reglas abstractas, y, por tanto, regular una categoría de actos o una clase de los mismos o un conjunto de sujetos.

C.- Carácter incorporeal

El artículo se refiere a derechos y obligaciones sea del Estado (Soberanía, Distribución de los Beneficios, Equidad, Justicia) de carácter incorporeal. Tal calidad no sólo es debida la naturaleza de las normas jurídicas, conceptos, sino en el Derecho ha habido, desde las “Institutas” del jurista romano Gayo, a considerar derechos y obligaciones como una cosa incorporeal en la división de las cosas hechas por Gayo, en corporales e incorporeales. Esta distinción sitúa las fuentes de tales derechos y obligaciones, tratado, ley o contrato (en el caso de interpretación en el Orden jurídico nacional esta norma jurídica como la generación de contratos de Acceso, interpretación errada, digámoslo desde ya) como cosas incorporeales. Esta distinción tiene su origen, como se ha insinuado ya, en la filosofía y la retórica, y consagración en el Orden

213 VODANOVIC, Antonio, op. cit., p. 5.

214 NINO, Carlos Santiago, Introducción al Análisis del Derecho, Abeledo Perrot, 2ª Edición, Buenos Aires, p. 294.

215 Adaptado de OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 1 Edición Electrónica, Guatemala, s.f., p. 15

jurídico nacional en diversos países²¹⁶.

D.- Marco de trabajo o fundamento para el Acceso y la División Equitativa de Beneficios

El artículo 15 tiene la característica de establecer los contornos básicos del Acceso a los recursos genéticos así como la División Equitativa de Beneficios. Posteriormente otros instrumentos ejecutaran o aplicaran de manera pormenorizada el artículo a nivel nacional conforme a los criterios de Estado sobre esta materia.

Interpretación en el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica

El termino “interpretación” alude a una actividad o al resultado de la misma. Así, cuando se refieren a los procedimientos para interpretar una norma jurídica se habla de una actividad. En cambio cuando se habla de una determinada interpretación como correcta se hace referencia al producto de dicha actividad. En el caso de la interpretación de un artículo como el número 15 ejecutamos un procedimiento o actividad interpretativa de carácter exegética.

Además, incluimos como parte del procedimiento la interpretación de modo dogmático y tópico. A su vez la interpretación debe considerar los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derechos de los tratados de 1969. Adicionalmente, la interpretación implica la aplicación del artículo referido considerando las normas jurídicas de cada país sean legales o constitucionales porque lo que en el Orden jurídico nacional es aplicación en el internacional es interpretación.

La Convención de Viena recién citada es la relación entre la interpretación y aplicación de los tratados internacionales en el Derecho ambiental internacional y

216 GUZMÁN, Alejandro, op. cit. 1995, pp. 19-22, 29-30 (sobre las servidumbres en Pablo o la posesión de cosas corporales en el Digesto), 30-43 (donde se cita el texto de Gayo en que señala que las cosas son corporales “las que pueden ser tocadas” e incorpales “las que no pueden ser tocadas” teniendo su fundamento en el derecho, creaciones intangibles del derecho y se enumeran taxativamente).

Derecho ambiental nacional. Esta relación jurídica entre normas será utilizada en el presente estudio para entender la aplicación de derechos y obligaciones ambientales internacionales y nacionales. Lo anterior relacionándolo al Acceso y la División Equitativa de Beneficios provenientes de la utilización de los recursos genéticos a nivel nacional. Aplicando los artículos 31 y 32 citados la interpretación se iniciara en el tenor literal de las palabras luego se analizaran los elementos históricos para finalizar con los aspectos relacionados a la discusión internacional respecto de los diferentes elementos o enunciados del artículo.

Exegética

Al artículo 15 lo hemos dividido a lo menos en cinco partes. Dos de ellas, la número 1 y la número siete son las estudiadas de manera principal porque contienen la norma jurídica. Las mismas serán divididas en sus términos algunos de los cuales han sido presentados ya. Otros habrán de ser presentados y analizados en los capítulos correspondientes. Los ya presentados dicen relación con conceptos empleados en toda la investigación, básicos o fundamentales a la misma porque nos permiten entender los problemas o preguntas planteados así como la hipótesis y los supuestos ambientales, internacionales y comparados en una Teoría del Derecho fundamentada en el análisis kelseniano.

Interpretación conforme a los términos de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados y la misma Convención

La Convención sobre Diversidad Biológica es un tratado internacional (parece redundante pero preferimos incluir el adjetivo en cuestión). Un tratado es “(...) todo acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de Derecho internacional destinado a

producir efectos jurídicos regulados por el Derecho internacional”²¹⁷, así también se la ha caracterizado conforme a constar por escrito. Este elemento se ha elevado en el Derecho Internacional Público al carácter de esencial por la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados²¹⁸ y, como veremos luego, puede tener influencia en su incorporación al Derecho nacional, en la relación Derecho Internacional Público y Derecho nacional.

El artículo 2 número uno letra “a” ha definido al tratado como el “acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional Público, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera sea su denominación particular”²¹⁹. Siguiendo a CARRILLO SALCEDO el tratado es un acuerdo, entre sujetos de Derecho Internacional Público (se excluye a las personas naturales, jurídicas nacionales sean empresas internacionales o no), productores de efectos jurídicos entre las partes, regidos por el Derecho Internacional Público. Pues bien, la Convención sobre Diversidad Biológica contiene todas las características apuntadas con lo cual nos encontramos con una convención o tratado internacional firmada y en vigor gracias a la ratificación de sujetos de Derecho Internacional Público, produciendo efectos jurídicos entre las partes, los sujetos antes indicados, y regida por el Derecho Internacional Público, particularmente, en su interpretación, por la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados.

De acuerdo al profesor CARRILLO, seguidor de una tendencia propia del Derecho Internacional Público contemporánea, los tratados fungen como “actos y como fuentes del Derecho Internacional Público, como formadores de derechos y obligaciones

217 CARRILLO SALCEDO, Juan, Curso de Derecho Internacional Público, Tecnos, Madrid, 1991, p. 103.

218 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980.Viena, 23 de mayo de 1969, artículo 31, interpretación, artículo 32, medios de interpretación complementarios, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980.Viena, 23 de mayo de 1969, artículo 31 y 32.

219 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980.Viena, 23 de mayo de 1969, artículo 31, interpretación, artículo 32, medios de interpretación complementarios, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980.Viena, 23 de mayo de 1969, artículo 2, a.

y como procedimientos de positivización de normas jurídicas internacionales”²²⁰.

Esta segunda es la función de la Convención sobre Diversidad Biológica. La Convención pretende determinar, limitando o modificando las competencias concedidas por el Derecho Internacional Público y reconoce, respecto de la utilización de la diversidad biológica y genética (amen de las demás contenidas en la misma, por ejemplo, la conservación, el uso sustentable o la tecnología y su uso), a través de la descripción de tales recursos o bienes, así como, regula las relaciones en torno a este tema respetando la Soberanía a través de los derechos y las correlativas obligaciones emanadas de ella así como por medio de la Equidad en el proceso de División de beneficios a nivel nacional en países industrializados donde se desarrollan los productos de los Recursos Genéticos Naturales y, por cierto, en los países subdesarrollados²²¹.

Es un tratado multilateral porque es un hecho conocido su firma y se ratificación por más de dos partes, por tanto, tiene por función aunar voluntades de diversos Estados y de otro es un “tratado ley”, o en la terminología del profesor CARRILLO SALCEDO es un “tratado normativo” por el nivel de generalidad y abstracción del mismo al regular toda la más importante fenomenología del tema de los recursos biológicos y genéticos.

La consecuencia primera de este tratado en vigor es su obligatoriedad a las partes del mismo. El mismo genera obligaciones (y los correlativos derechos) y su cumplimiento, es decir, el periodo de ejecución de las obligaciones o materialización a nivel internacional y nacional se debe efectuar, ejecutar, aplicar, de buena fe y su violación acarreará una sanción como en cualquier posible Orden jurídico.

Las otras características hechas presente el profesor CARRILLO SALCEDO es el no afectar a terceros por un tratado y las obligaciones nacen sólo por el consentimiento. Consentido un tratado, ratificado por el país, entra en vigor para el

220 CARRILLO SALCEDO, Juan, op. cit., p. 105.

221 Adaptado de CARRILLO SALCEDO, Juan, op. cit., p. 105.

mismo, debe cumplirlo de buena fe, y es el caso de la Convención en estudio.

La interpretación del artículo 15, obvio parece decirlo, debe completarse con las normas de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados.

Acceso a los Recursos Genéticos Naturales

El Acceso a los Recursos Genéticos Naturales en sentido amplio pueden ser definidos como un proceso para obtener y usar los Recursos Genéticos Naturales, de fuentes *ex situ* o *in situ*, productos derivados como por ejemplo químicos o donde sea aplicándolos componentes intangibles de la investigación, la bioprospección, conservación, aplicación industrial o uso comercial

División Equitativa de Beneficios obtenidos de estos recursos, tanto científicos como comerciales en el sentido amplio, es el modo o sentido del concepto en este estudio.

Es necesario considerar el término Equidad. Este término puede tener los siguientes sentidos en los tratados internacionales. Así puede ser:

1.-Equidad como base para individualizar el concepto de Justicia desde un plano abstracto a uno concreto atemperando el rigor de leyes, normas, muy estrictas.

2.- Equidad como consideración de rectitud, razonabilidad y buena fe.

3.- Equidad como base de ciertos principios específicos del razonamiento jurídico asociado a rectitud y razonabilidad: Estoppel, Enriquecimiento injusto, Abuso del Derecho²²².

222 Los principios, en este caso, se describen como una formulación cuyo significado debe establecerse en consideración en relación a las razones que constituyen su justificación subyacente. Agregan los autores que en esta parte seguimos que "los ilícitos por analogía surgen en los supuestos de analogía legis-cuando una cierta regla prohibitiva es infraincluyente en relación con las exigencias de los principios que constituyen su justificación subyacente; la ilicitud de una conducta descrita como tal en una regla se extiende también a otra conducta que no resulta de entrada o *prima facie*, subsumible en la regla, pero respecto de la cual son asimismo aplicables las razones para la prohibición que justifican dicha regla; en los supuestos de analogía iuris de lo que se trata es simplemente de que el balance entre los principios relevantes exige el surgimiento de una nueva regla prohibitiva, aun no existiendo una regla previa que consideremos como infraincluyente.", ATIENZA, Manuel, MANERO, Juan Ruiz, op. cit., p. 28. Siguen estos autores caracterizando los ilícitos al indicar que el segundo tipo de ilícitos son los que contienen "supuestos de una regla permisiva que es supraincluyente en relación con las exigencias de los principios que constituyen su justificación subyacente o con la exigencia de otros principios del sistema.", ATIENZA, Manuel, MANERO, Juan Ruiz, op. cit., p. 28. Esto se explica porque la restricción al alcance o ámbito o área de aplicación de una regla permisiva es producto de acciones subsumibles *prima facie* en una regla permisiva. Con lo anterior no resulta "aplicable la justificación subyacente de dicha regla permisiva" o se desplaza la misma por algún otro principio con mayor fuerza sobre el caso en cuestión, ATIENZA, Manuel, MANERO, Juan Ruiz, op. cit., pp. 28-29. Es por lo anterior que cuando existe el derecho a garantizar los inventos alcanzados con base a Recursos Genéticos Naturales todo estado tiene el deber de prohibir tal protección si los recursos en cuestión han sido obtenidos ilícitamente porque la ilicitud desplaza el derecho que

4.- Equidad como estándar equitativo para la colocación y reparto de recursos y beneficios.

5.- Equidad como un sinónimo amplio para Justicia distributiva usada para justificar demanda por acuerdos económicos y sociales y la redistribución de la riqueza.

6.- Equidad como sinónimo de criterio de evaluación de ganancias o beneficios derivados de la explotación de Recursos Genéticos Naturales.

Los conceptos numerados tres, cinco y seis se emplearán en este trabajo. Debo indicar, sin embargo, que la aplicación de este concepto en el Derecho chileno tiene el concepto una aplicación en el Código Civil chileno como integrador o para colmar las lagunas legales y de similar forma en el caso del Derecho procesal²²³.

A su vez en ciertos documentos de la Organización de las Naciones Unidas la palabra equitativo no se ha incluido para definir División de beneficios y sólo este último concepto ha sido definido. División de beneficios ha sido definida como:

“Toda forma de compensación por la utilización de recursos genéticos tanto monetarios como no monetarios e incluye en particular, la participación en la investigación científica y el desarrollo de recursos genéticos y el hacer asequible los resultados de esa investigación científica y desarrollo y de la transferencia de tecnología.”²²⁴.

Es posible encontrar una discrepancia entre la Convención de Diversidad Biológica y el Acuerdo de Derechos de la Propiedad Intelectual para el Comercio (el Acuerdo), ambos tratados internacionales relativos al comercio (en un caso de recursos naturales, al menos, en la parte que nos ocupa, y en otros, en materia de derecho reales y

se posee a la protección. El principio de la protección jurídica a actos lícitos y el rechazo o sanción jurídica a actos ilícitos lo situamos en KELSEN aunque tiene, en la historia jurídica una larga tradición. Más fuerza aun posee esta noción de exclusión del Abuso del Derecho cuando tal protección jurídica se enfrenta no sólo a principios sino a normas jurídicas que expresamente indican el que el Estado se encuentra sometido al Derecho y éste reconoce derechos soberanos de un Estado sobre tales recursos provocando de inmediato la posibilidad del incumplimiento de las obligaciones internacionales y la sanción correspondiente al Estado que ha protegido un acto en que se abusa del derecho que dice ampararse porque se viola en dicha protección el derecho reconocido de otro Estado.

223 GUZMÁN BRITO, Alejandro, El significado histórico de las expresiones equidad natural y principios de equidad en el Derecho chileno, Revista de Ciencias Sociales, 18 (1991), pp. 111-143.

224 GOBIERNO DE SUIZA, Proyecto de Directrices sobre el acceso y la distribución de beneficios en relación con la utilización de los recursos genéticos, OMPI/GR/TKF/IC/1/9, p. 8, Artículo 2.1.(Kopse, Alwin, Girsberger, Martin, Pythoud, Francois), en ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, Comité intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos y foldore, Ginebra 30 de abril al 1 de mayo de 2001, Ginebra, 2001.

personales), contienen obligaciones y derechos del artículo 15 de la Convención al parecer enfrentados con los derechos y obligaciones del artículo 27 número tres letra “b” del Acuerdo. Este problema será abordado en esta investigación; la ausencia de su tratamiento ha llevado a suponer la posibilidad de encontrarnos o con un vacío legal, o con la ausencia de protección de los Estados en cuyo territorio se encuentran dichos recursos, o con la protección jurídica a adquirentes (personas naturales o jurídicas) de los recursos de manera contraria a las leyes de un país sin efectuar una División de los beneficios con lo cual violan normas jurídicas internacionales y se generan discusiones carentes de sentido sin darse solución jurídica aparentando un problema cuya solución es relativamente simple.

La Equidad a la cual se ha hecho referencia ya, en el contexto de la Filosofía y del Derecho será clarificada, tanto en sus elementos constitutivos, como en sus usos y su aplicación en el contexto de las obligaciones internacionales y de los derechos establecidos en el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica.

Así también dichas consideraciones se analizarán a propósito de las normas jurídicas nacionales en diversos países al aplicar la norma jurídica internacional y cumplen así con sus obligaciones internacionales en el Orden jurídico nacional. Equidad definida para este estudio es o significa actuar “conforme a derecho natural o Justicias natural; marcado de manera muy profunda en consideración a lo justo o recto, lo que es sin cambio o imparcial”²²⁵.

Se clarificará a través de una distinción básica sobre el tema de la Equidad (conmutativa, retributiva, procedimental) donde resulta fundamental buscar soluciones al problema de la División de beneficios logrando la satisfacción de los intereses de las partes y, más aun, los derechos sean respetados y las obligaciones cumplidas.

Es necesario hacer presente en esta introducción, el término “Equidad”, a

225 GIFT, Steven, op. cit., p. 171.

diferencia de lo ocurrido en algunos sino muchos textos con comentarios acerca de este artículo, no puede ser obviado y esto porque se establece imperativamente.

Más aun, un tribunal tan importante como la Corte Internacional de Justicia ha hecho referencia en diversas oportunidades aunque en circunstancias diferentes a las contenidas en el artículo 15 número 7 a la Equidad²²⁶. Y estamos en condiciones de afirmar, este número representa la regla general en la materia o al menos una norma de “cierre”, es decir, una norma subsidiaria cuyo objeto es lograr, en caso de divergencia entre Estados y la divergencia llegue como caso a la Corte Internacional de Justicia, la resolución de conflictos recurriendo obligatoriamente a este concepto. Es una norma jurídica de cierre en la medida que falte norma jurídica que regule la solución de un problema o conflicto.

Brevemente, porque será luego desarrollada, la Equidad de carácter conmutativa es el intercambio entre partes transferentes de Recursos Genéticos Naturales, de una parte, y una compensación mirada como equivalente por los mismos, de la otra. Este tipo de Equidad se da entre iguales donde todas las condiciones se mantienen de manera permanente, es decir, son iguales entre sí.

Además, existe la Equidad distributiva, el acto de entrega de porciones por un tercero de los beneficios provenientes de un objeto. Finalmente, existe la Equidad procedimental, el proceso, a través de una serie de actos, todos concatenados, dando la oportunidad a los titulares de un derecho para expresar y exigir una parte de los beneficios producidos por la utilización de los recursos genéticos. Por ejemplo, los países tienen entidades y parques nacionales administrando recursos biológicos y genéticos, uno de esos actos de administración es el de conservar los recursos y por ello se destina una cantidad de dinero para dicha actividad.

226 Desde el punto de vista de la responsabilidad internacional la violación de normas jurídicas, artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica es posible encontrar su fundamento en INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Corfu Channel case, Judgement, April 9th, 1949:ICJ Reports 1949, p. 4 y ss. En particular p.36, 34. En el caso de aplicación de la Convención y su rechazo por no ser ley aplicable INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, op. cit., 2010, p. 83.

¿Debería corresponderle a dicha entidad, en el reparto de los beneficios posibles de generarse cuya fuente son los recursos genéticos, una parte sustantiva para poder proseguir con la conservación?

Aplicación nacional del artículo 15

La aplicación del artículo 15 tiene como fundamento la obligación de todo Estado de cumplir incorporando a nivel nacional, en su legislación los tratados internacionales habiéndolos firmado y ratificado. Se ha empleado por algunos especialistas en Derecho Internacional Público la expresión o término “implementación”, donde se refiere a un concepto más amplio *vis a vis* “aplicación”. La implementación considera no solo la aplicación jurídica sino la generación de políticas públicas relacionadas con un tópico determinado, en este caso el Acceso y la División Equitativa de Beneficios. Incluye, la implementación, la generación de instituciones administrativas estatales encargadas de revisar, controlar y determinar los elementos esenciales a cumplir para satisfacer las obligaciones y respetar los derechos del Estado en cuyo territorio se encuentra el recurso genético.

En ciertos países estas instituciones se denominan la “autoridad competente” o el “consejo de administración del patrimonio genético”.

La aplicación de la norma jurídica internacional en Orden jurídico nacional es fundamental y conlleva o puede conllevar la interpretación de la norma jurídica a través de un proceso denominado incorporación. En el proceso de incorporación se efectúan a lo menos una de dos actividades, la aplicación a través de la dictación de una norma nacional cuyo contenido sea una norma de Derecho Internacional Público y el proceso de interpretación posible o de no ocurrir lo anterior, considerar la posibilidad de ampliar la norma jurídica internacional en el Orden jurídico nacional por la legislatura o

parlamento.

Además, no podría restringirse siguiendo con el comentario o la norma jurídica la aplicación del artículo 15 en la legislación nacional, salvo en lo no aplicable, por ejemplo, “Termino Mutuamente Aceptado” o “Consentimiento Informado Previo” porque el Estado detenta, en el Orden jurídico (nacional e internacional), “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” y no puede ser restringida salvo en casos de contaminación.

Generalmente, se interpreta incorrectamente el concepto de “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales”, creyendo posible limitar la Soberanía en la regulación de los recursos naturales, cuestión, no admitida por el Derecho Internacional Público, antes bien, el Derecho Internacional Público reconoce la “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales”, en este caso Recursos Genéticos Naturales, y, por tanto, el Estado puede decidir independiente y autónomamente los requisitos de Acceso a los recursos cuando no se trate de otro Estado sino de personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras.

En el caso de la División de beneficios de manera equitativa, es fundamental tener presente la existencia de una obligación de aplicar la respectiva norma jurídica internacional en el Orden jurídico nacional, y, por tanto, debe determinarse la manera o forma de entrega de los beneficios.

La Equidad

La Equidad tiene diferentes funciones en el Derecho, así puede servir para morigerar la aplicación de la norma jurídica, auxiliar en su interpretación, cubrir algún hecho o situación de hecho habiendo desarrollado una “laguna” por ausencia de regulación o regulación carente de sentido, pese a encontrarnos en un Orden jurídico.

No debemos olvidar, nada perfecto ha salido de la mano del hombre.

Sin embargo, Equidad aquí es usada en otro aspecto, como evaluadora de la Justicia en la División de beneficios derivados del uso de un recurso natural, los recursos genéticos provenientes de animales, plantas y microorganismos. Esto, supuesta la licitud de tal División por un acto lícito como antecedente y supuesto un patrón de Justicia existente a lo menos correspondiendo una parte importante a quienes jurídicamente reconoce la Convención citada como soberanos en sus derechos sobre tales recursos.

A nivel internacional en el tema de la Equidad se hace referencia de manera constante a la misma a propósito del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia debido, como es lógico, al problema planteado en el número dos de dicho artículo, de la no aplicación de ninguna de las fuentes del número uno, y, por tanto, la imposibilidad de aplicar todas las fuentes para solucionar conflictos.

El concepto de Equidad que se planteará en esta tesis dice relación con una orden, un comando, en palabras de AUSTIN o de KELSEN, en donde se debe aplicar la Equidad a nivel nacional en la relación entre las normas jurídicas expresadas en textos legales o las medidas de políticas públicas y las actividades de Estados o personas en suelo nacional, sobre el asunto.

En la aplicación de este concepto el Instituto de Derecho internacional, en 1937, indicó la obligación de aplicar este concepto por los jueces nacionales e internacionales “en la medida compatible con el respecto del Derecho”²²⁷.

Agrega luego que:

“(…) el juez internacional no puede inspirarse en la Equidad para dictar sentencia, sin estar ligado por el Derecho en vigor, más que si todas las partes le otorgan una

227 PASTOR RIDRUEJO, José A., Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales, Tecnos, 6a edición, 1996, p. 184.

autorización expresa y clara a este fin”²²⁸.

Claramente se indica la primera opción, la ley o la norma jurídica y luego la Equidad, sin embargo, qué sucede si la Equidad se encuentra incluida en la norma jurídica. Los supuestos de esta resolución y, como se expresará en otra parte, existe Equidad conforme a Derecho, *secundum legem*, es decir, como recurso interpretativo por el juez internacional para resolver el conflicto²²⁹ aunque no se encuentre expresamente contemplado en el texto de un tratado.

Como también lo haremos presente la Corte internacional de Justicia ha desarrollado el tema de la Equidad a propósito de la delimitación de fronteras territoriales. Así, lo ha relacionado a la equidistancia. Dicha equidistancia se ha hecho presente en el caso de la Plataforma continental del Mar del Norte de 1969 en su sentencia de 20 de febrero del mismo en donde se trata de aplicar “una regla de derecho que prescribe el recurso a principios equitativos”²³⁰.

Allí hace presente el tribunal la aplicación de la Equidad *secundum legem* donde debe efectuarse, se dice:

“(…) cuando se habla del juez que dicta Justicia o dice el Derecho, se trata de justificación objetiva de sus decisiones no más allá de las reglas, sino dentro de las reglas (*within the rules*), y en este campo es precisamente una regla de Derecho que exige la aplicación de principios equitativos”²³¹.

Dicha Equidad ha sido aludida en el caso de la controversia fronteriza entre Burkina Faso y a la República de Mali cuya sentencia se dictó el 22 de diciembre de 1986 y del mismo modo en el caso Barcelona Traction cuya sentencia es de 5 de febrero de 1970 donde aplica la Equidad en ausencia de norma jurídica²³². La Equidad posee importancia en materia internacional y es pertinente hacerla presente por tratarse de una

228 PASTOR RIDRUEJO, José A., op. cit., p. 184.

229 PASTOR RIDRUEJO, José A., op. cit., p. 184.

230 PASTOR RIDRUEJO, José A., op. cit., p.186.

231 PASTOR RIDRUEJO, José A., op. cit., p. 186 citando el aludido fallo.

232 PASTOR RIDRUEJO, José A., op. cit., pp. 186-187 citando el aludido fallo.

norma internacional y, a la vez, ambiental, analizada pero en caso alguno es clara la situación jurídica de la misma. Sólo podemos afirmar lo obvio, si se incluye en una norma jurídica internacional se aplica a los Estados, sujetos obligados por tales normas jurídicas. El cómo se aplica lo determina la misma norma jurídica, en todo caso, aplicarse en el Orden jurídico internacional.

Explicación de cada capítulo

En el capítulo número uno nosotros estudiaremos los derechos y las obligaciones del artículo 15. Incluiremos en el capítulo número dos, un análisis relacionado a la historia y a la discusión de las características principales de este artículo presentándolo a todos los especialistas en la materia. En una segunda parte el capítulo tres se centrará en los acuerdos, contratos, y otros convenios públicos y privados, medios para alcanzar solución al Acceso y la División de ganancias. En el capítulo cuatro tratará el tema del Acceso y la División de beneficios en relación a la propiedad intelectual y la forma que afecta a la primera. Finalmente en una tercera parte se estudiarán ciertos casos de aplicación de la norma a nivel nacional y la lógica de la Corte Internacional de Justicia en la aplicación de las normas jurídicas en esta materia. Una última parte, cuarta tratará las conclusiones.

Agradecimientos

Quiero agradecer a mucha gente, a quienes me ayudaron en sus respectivos países con los materiales acerca de los casos, así también con las normas jurídicas (cuestión que no ocurrió en mi país) aplicables al asunto, a los profesores del programa de Ciencia jurídica en que desarrolle mi actividad así como a mi director de tesis el Catedrático Dr. Manuel TEROL BECERRA, al Catedrático Dr. Carlos PETIT CALVO,

director de dicho programa de calidad, y, sin duda, a mi familia, a mi padre muerto pero que supo de mi trabajo, a mi madre quien se alegra con cada nueva conclusión que alcanzo, y a mi hermano quien me apoya y me dijo, alguna vez, que España era estar “como en casa”, a amigos que han comprado libros para mí o me han enviado fotocopias desde España, Estados Unidos, Canadá, Argentina, Japón, India, Costa Rica, Brasil, Alemania. No quiero olvidar a la Universidad Internacional de Andalucía que me ha acogido y a la oportunidad que he tenido de conocer profesores de gran nivel en el desarrollo de mis estudios, de mi DEA y de esta tesis doctoral, a las bibliotecas y universidades que me han acogido, así la biblioteca de Derecho internacional de la Universidad de Goettingen, Biblioteca del Centro de Estudios de la Universidad de Heidelberg en Santiago de Chile, Biblioteca de la Universidad Andrés Bello, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Biblioteca Nacional de España, Biblioteca de la Universidad de Sevilla (Hispalense), Biblioteca de la Universidad de Huelva, a los amigos que trabajan en Derecho ambiental, en Derecho internacional y en Teoría del Derecho, es el caso de Cristina SÁNCHEZ que en su viaje de Santiago a Buenos Aires me trajo la nueva traducción de la Teoría Pura de Hans KELSEN, al Dr. Mathias JESTAEDT, Catedrático de las Universidad Erlangen-Nürnberg y Friburgo en Brisgovia por el texto de 2010 editado por el Instituto Hans Kelsen y Editorial Mohr, copia del texto de 1934, a los amigos mexicanos quienes han puesto en el Internet en un formato posible de ser utilizado, los textos que edita la Universidad Nacional Autónoma de México en el área jurídica y así podría seguir con nombres y actos desinteresados y de buena voluntad. Ahora, pálidamente, devuelvo la mano, agradeciéndoles. Finalmente, mención especial a mi familia, nuevamente, no sólo por su apoyo sino por su paciencia frente a la extraordinaria cantidad de libros que he comprado y que son de o se refieren a KELSEN y a los recursos genéticos, a la Soberanía y a la Equidad. A los

miembros de los Seminarios sobre Argumentación sin frontera y Derecho penal y Criminología (el segundo dirigido por el Profesor Dr. José Luis Guzmán D.) A mis profesores por su aprecio y las amables conversaciones que me permitieron entender más aun del tema que me ocupo o de otros temas no menos relevantes en el conocimiento jurídico.

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I

PRIMERA PARTE

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CONVENCIÓN SOBRE DIVERSIDAD BIOLÓGICA Y EN PARTICULAR EL ARTÍCULO 15 DE LA MISMA

Primera parte

Capítulo I

Primera Parte

Análisis jurídico de la Convención sobre Diversidad Biológica y en particular el artículo 15 de la misma

Introducción

La Convención sobre Diversidad Biológica tuvo su origen en la creciente necesidad de contar con un texto jurídico internacional que desarrolle la regulación sistemática sobre la diversidad biológica incluyendo los recursos genéticos, la conservación y el uso sostenible o sustentable así como la utilización de los recursos genéticos y también lo relativo a el conocimiento que se genera sobre los recursos biológicos y genéticos y otros objetos jurídicos que pueden ser supuestos de la norma jurídica porque pueden afectar a la diversidad biológica y genética (por ejemplo, la tecnología para generar “organismos genéticamente modificados”). Esto último producto de la observación de los recursos biológicos y cómo producen efectos sobre el cuerpo humano los componentes químicos de dichos recursos. Así también se regularon otras materias de gran importancia para el desarrollo de la ciencia y la etnología así como de la empresa.

La Convención se enmarca dentro del desarrollo sustentable recogido recientemente como concepto por la Corte Internacional de Justicia en el caso “Pulp Mills” o “Argentina versus Uruguay” que será objeto de análisis en otra parte de esta investigación.

El contexto que se acaba de presentar complementa lo dicho en la introducción. Obviamente, tratados internacionales existieron sobre aspectos de la diversidad biológica, por ejemplo, la disminución de la extinción de especies con anterioridad a la

Convención, sin embargo no existía un tratado que regulara el tema de manera integral y esto se suplió por las normas sobre conservación, uso sustentable o sostenible y Acceso así como División de beneficios contenidas en la Convención.

La Convención sobre Diversidad Biológica en 1992, sus orígenes, desarrollo

Las preguntas que motivan en este capítulo son:

1.- ¿Cuáles son las interpretaciones históricas más relevantes del artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica?

2.- ¿Cuáles son las interpretaciones, distinciones, explicaciones relacionadas con los derechos y obligaciones de carácter internacional y que obligan a los Estados a aplicar, sancionando normas jurídicas nacionales cuando se refieren al artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica?

3.- ¿Cuáles son los problemas y las soluciones interpretativas del artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica a nivel internacional?

Estas preguntas son una expresión de una pregunta más general a saber cuáles son las o la interpretación (es) del artículo 15 de la Convención.

La Convención de Diversidad Biológica nace en 1992. No obstante, sus orígenes jurídicos se remontan a 1989 donde se discute en Nairobi, Kenia, los principales temas relacionados con la diversidad biológica. Existe una multiplicidad de tópicos que se discuten en dos comisiones. La primera comisión se encargó del preámbulo y los primeros 15 artículos y la segunda comisión se encargó de los siguientes artículos. Hubo

tres rondas de negociaciones donde según algunos se discutieron y enfrentaron opiniones e intereses representados por países desarrollados y subdesarrollados. En estas discusiones representantes europeos, asiáticos y latinoamericanos tuvieron una gran participación. Finalmente, en 1992, Río de Janeiro, Brasil este tratado fue firmado por los jefes de Estado y de gobierno presentes en la “Cumbre de la Tierra” o “Conferencia de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Desarrollo”. El artículo 15 de la Convención regula el “Acceso y la División Equitativa de Beneficios” (pondremos énfasis en esto porque no hay otro artículo ni combinación de los mismos que jurídicamente regule los supuestos de hecho allí indicados)²³³. En el proceso de regular esta materia dicho artículo establece ciertas órdenes a las Partes Contratantes de la Convención. Además, el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados indica que conforme al concepto de que todo tratado vigente obliga jurídicamente y legalmente a las partes (*pacta sunt servanda*) es que el artículo 15, norma de un tratado vigente, se encuentra plenamente válido y en vigor entre las partes y, por tanto, produce plenos efectos sobre las materias u objetos y los sujetos de las relaciones jurídicas que se regulan donde, como es lógico, nacen derechos y obligaciones del mismo artículo y de otros artículos²³⁴.

Es importante tener presente que desde la entrada en vigor de la Convención las percepciones y consideraciones de la regulación jurídica ambiental a nivel internacional y nacional de los recursos genéticos se ha modificado. La entrada en vigor de esta

233 Sanchez, Vicente, Juma Calestous, Op. cit., toda la obra es un reflejo de los temas discutidos en Kenia, REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., 1995, artículo 15. Cfr. HOFBAUER, Jane E., The principle of Permanent Sovereignty over Natural Resources and Its Modern Implications, Faculty of Law, University of Iceland, 2009 donde se establece que este es un principio sin indicar en qué sentido se comprende tal término porque la noción sobre el mismo. Sin embargo, como compilación de todas las normas que se refieren al objeto jurídico de la soberanía sobre recursos naturales, la composición de la norma jurídica sobre la materia y el Orden Jurídico internacional y comparado sobre el asunto que se basa en la teoría del derecho como un conjunto de derechos derivados de dicha soberanía pero con expresa exclusión de la Convención sobre Diversidad Biológica y, por tanto, carente de la capacidad de formular tal norma jurídica debido a que los enunciados jurídicos sobre la materia no son completos aunque sea un ambicioso intento de determinar tal norma jurídica.. Otro texto del mismo tenor, quizás fuente del primero citado en el mismo es SCHRIDVER, Nicolaas, Sovereignty over Natural Resources: Balancing rights and obligations in an interdependent world, University of Groningen, 1995, expresamente no trata el tema, cfr, SCHRIDVER, Nico, op. cit., pp. 223- 235, particularmente pp. 229-230. Esto o establece que no existió acuciosidad o no quisieron revisar la Convención sobre Diversidad Biológica completamente.

234 El artículo 26 indica lo siguiente:

“Artículo 26. Informes.

Cada Parte Contratante, con la periodicidad que determine la Conferencia de las Partes informes sobre las medidas que haya adoptado para la aplicación de las disposiciones del presente Convenio y sobre la eficacia de esas medidas para el logro de los objetivos del Convenio.” REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., 1995, artículo 26..

Convención se produce en 1994. Hoy día el fundamento de los derechos y obligaciones internacionales relacionadas con los Recursos Genéticos Naturales, particularmente el Acceso y la División de los Beneficios de dichos recursos se encuentra en el artículo 15 de la Convención donde la noción de protección de los derechos de otros Estados en el propio territorio, una de las hipótesis, uno de los argumentos de esta investigación se encuentra incorporada dentro de los derechos y de las obligaciones internacionales derivadas de la Soberanía territorial. En el caso de “Islas Las Palmas” se indica:

“La soberanía territorial envuelve el *derecho exclusivo de desplegar las actividades del Estado*. Ese derecho tiene como corolario un deber: la obligación de proteger dentro del territorio los Derechos de otros Estados, en particular su Derecho a la integridad y a la inviolabilidad en la paz y en la guerra, conjuntamente con los derechos que cada Estado puede reclamar por sus nacionales en territorio extranjero.” (cursivas nuestras)²³⁵.

En el caso de la concepción kelseniana del Derecho la Soberanía es un producto del “sincretismo del método”²³⁶. Según lo indica el mismo LEGAZ y LACAMBRA la Soberanía conceptualmente ha mudado, considerando el concepto primigenio, propio del pensamiento de BODINO, situándolo él en una cuestión normo lógica. Al concebirse la Soberanía como propia del Estado y al Estado como un sistema de normas y al ser este soberano, implica que el Estado es independiente de todo otro Orden jurídico, eso es lo que entiende KELSEN como Soberanía. Esto es posible leerlo así:

“Concebido el Estado como idéntico con el orden jurídico, el Estado soberano es el orden jurídico que no deriva de ningún otro.”²³⁷.

No sólo existe la obligación de proteger los derechos de otros Estados sino “de no permitir, conscientemente, el uso del territorio propio para actos contrarios contra los

235 Caso Islas Las Palmas, 2 RIAA (1949), pp. 829-890.

236 LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, op. cit., p.65.

237 LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, op. cit., p.66 citando a KELSEN, Hans, Das Problem de Souveranität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reine Rechtslehre, 2d Aalen. Esto ha sido puesto de relieve luego, cfr.von BERNSTOFF Jochen, The Public International Law Theory of Hans Kelsen, Believing in universal Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 79 ss.

derechos de otros Estados”²³⁸, en el caso planteado en el capítulo uno, la adquisición ilícita de Recursos Genético Naturales para luego ser solicitada y concedida la protección jurídica a la propiedad intelectual de tales Recursos Genéticos Naturales (Compuestos Originales o Compuestos Derivados explicados en el devenir de esta investigación) o de la propiedad en términos tradicionales.

En la Convención de Diversidad Biológica el derecho a controlar los Recursos Genéticos Naturales, parte de los derechos soberano de los Estados sobre dichos recursos se encuentra en balance con la obligación de mantener requisitos alcanzables para los peticionarios de Acceso.

Conceptos como “Acceso libre”, “Recursos Genéticos Naturales como patrimonio común de la humanidad” y otros han sido abandonados gracias a la Convención. Estos derechos y obligaciones son claves en las discusiones que en los últimos años se han seguido en materia de interpretación y aplicación de la Convención.

Es por eso que el análisis se ha enriquecido a través de la incorporación e inclusión de nuevos derechos y obligaciones. La Convención sobre Diversidad Biológica es de particular importancia para el Derecho ambiental en cuanto permite entender la conservación, usos sustentables o sostenibles y utilización de los Recursos Genéticos Naturales. Además, la Convención ha cambiado la interpretación de derechos y obligaciones ambientales ampliando el contexto desde la contaminación a la protección y financiamiento de la conservación de la naturaleza así como del pago a quienes han estudiado la misma a través de los beneficios que estos recursos puedan generar. Además, es posible afirmar lo siguiente:

Primero, la Convención incluye un nuevo estatus o situación jurídica para los recursos genéticos y la diversidad biológica. Se hablaba de ser los recursos genéticos parte del “patrimonio común de la humanidad”, es decir, perteneciente a todos los seres

238 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *op. cit.*, 1949, p. 22.

de la humanidad pero este concepto se modificó jurídicamente como lo hiciera ver Argentina en el caso “Argentina v. Uruguay”²³⁹. La Convención ha colocado estos recursos como “preocupación común de la humanidad” y bajo los derechos soberanos de los Estados²⁴⁰. Debido a lo anterior, el Acceso a los Recursos Genéticos Naturales solo es posible con el permiso del Estado en cuyo territorio se encuentran situados. Existen espacios marítimos y terrestres en donde la Soberanía se encuentra ausente y aun así se debe compartir los beneficios y solicitar, en algunos casos el permiso para acceder y en otros puede encontrarse con paso franco pero debe seguir respetando y cumpliendo las obligaciones relativas a la conservación y usos sustentables así como otras que no estudiaremos aquí.

Segundo, la Convención establece el procedimiento para las relaciones jurídicas entre los sujetos de Derecho tanto en el Derecho Internacional Público como en el Derecho nacional; se incluye el que la Convención comprende los derechos y las obligaciones derivadas de la División Equitativa de Beneficios.

Tercero, el reconocimiento de la Soberanía jurídica estatal sobre los Recursos Genéticos Naturales es, sin duda otra consecuencia de la Convención. Es dable indicar que este reconocimiento se produce en el seno de las Naciones Unidas, inclusive, por la Corte Internacional de Justicia donde se reconoce la “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” desde la década del cincuenta del siglo pasado²⁴¹ y podría considerarse como reconocida en fallos arbitrales internacionales, entre Estados, anteriores a esta época, así como fallos de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Pero es en la Asamblea General de Naciones Unidas donde, por medio de resoluciones (que no son obligatorias para sus miembros pero pueden constituir Principios de

239 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Argentina v. Uruguay*, Sentencia de 20 de abril de 2010, pp. 13, particularmente pp. 27, 56, 59, 74-75 (párrafos 260 a 262).

240 Véase la Convención sobre Diversidad Biológica en el Preámbulo, cfr. REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., 1993 o UNITED NATION ORGANIZATION, op. cit., 1993.

241 ALVAREZ JOFRÉ, Alejandro, *Opinion Disidente de M Alvarez en INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, International Status of South West Africa, Advisory Opinion: ICJ Reports 1950*, p. 128 y ss. En particular pp. 180, 182, 185.

Derecho) se reconoció este derecho²⁴². La primera vez que hubo un reconocimiento en esta materia en un tratado internacional fue en 1966 en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales. Durante las negociaciones de la Convención sobre Diversidad Biológica, México fue extremadamente severo en la defensa del control estatal sobre los Recursos Genéticos Naturales.

Sin embargo, cambio de parecer durante la última parte del proceso de negociación aunque el reconocimiento de los Derechos soberanos sobre los Recursos Genéticos Naturales han hecho de la Convención el primer tratado internacional en reconocer los derechos de los Estados sobre los Recursos Genéticos Naturales.

Esta declaración se incluyó en la Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en la Convención sobre el Derecho del mar y en el mencionado Pacto Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales pero esta declaración de este derecho no se incluyó en caso alguno respecto de un nuevo Objeto de derecho, los recursos genéticos cuando provienen de la naturaleza (animales, plantas y microorganismos).

Cuarto, la Convención se concentra en Recursos Genéticos Naturales, en cuanto a sus derechos y obligaciones pero en muchos casos sino en todos los tratados internacionales anteriores a la Convención se concentraron en animales de diferentes tamaños o diferentes especies y en plantas que son recursos biológicos.

Es la primera vez que un tratado se dedica principalmente al tema de los microorganismos regulando un objeto jurídico denominado Recursos Genéticos Naturales con lo cual se incluyen microorganismos. Hoy en día existen cerca de quinientos acuerdos internacionales relativos al Medio Ambiente regulando principalmente animales y plantas, ninguno de manera integral, pero, la Convención

242 Para probar esta afirmación basta con revisar, United Nations General Assembly, Resolution 523 (VI), New York, 1952, United Nations General Assembly, Resolution 626 (VII), New York, 1952, United Nations General Assembly, Resolution 1823 (XVIII), New York, 1962. Todas estas resoluciones son base o fundamento del Derecho Permanente de los Estados sobre sus recursos naturales de cualquier tipo sin que necesariamente se encuentren en su territorio pero que principalmente sea publicado en su territorio.

regula hoy de manera integral todos los elementos fundamentales, constitutivos, de los Seres vivos con excepción de los Seres humanos, así se define diversidad biológica como “variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluido 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.”²⁴³ .

Claramente los Seres humanos, no podrían sino clasificarse en otro ámbito en cuanto al valor de sus genes por no ser los mismos objetos de relaciones jurídicas sino como parte de los mismos humanos, son una extensión del carácter de sujeto y respecto del cual se prohíbe cualquier tipo de transacción.

Quinto, la Convención ha modificado la percepción, acerca de la regulación de la diversidad biológica. Hay investigadores que han puesto de relieve conceptos como “nuevo marco jurídico internacional” o “nuevo régimen internacional” que gobierna el Acceso a los recursos genéticos y la División de beneficios que se generan de su uso²⁴⁴ . Estos conceptos expresan algunas posibilidades de revertir iniquidades históricas que se han presentado entre los Estados y dentro de los Estados en materia de recursos naturales²⁴⁵ . Así también en lo que se refiere a los recursos genéticos estudiados aquí.

Otros consideran que este nuevo tratado solo contiene obligaciones morales y no derechos y obligaciones²⁴⁶ aunque luego podemos encontrar autores que afirman lo contrario²⁴⁷ .

Finalmente hay autores que incluyen nuevas dimensiones relacionadas con diversos aspectos que tienen su origen en la Convención, por ejemplo, la conservación

243 REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., Preámbulo, artículos 1 y 2, particularmente “diversidad biológica”.

244 MUGABE, John and BARBER Charles, Introduction in MUGABE, J. et al. (eds.), (1997) Access to Genetic Resources, ACTS Press, Nairobi, 1997, pp. 1, 7. Acerca del régimen en estudio o proyectado puede verse el trabajo de BORRAS PENTINAT, Susana, Los regímenes internacionales de protección al medio ambiente, Tirant lo Blanch, Valencia 2011, pp. 164-190.

245, KOTHARI, Ashish and ANURADHA, Rabrindanath.V., (1999) Biodiversity and Intellectual Property Rights: Can the Two Co-Exist? Journal of International Wildlife Law and Biodiversity Vol. 2., 1997, 204-217.

246 BIRNIE, Patricia and BOYLE, Allan, International Law of the Environment, Oxford University Press, 2002, Oxford, pp. 45, 267, 357, 414, 567, 569, 572, 615, 632, 633.

247 SANCHEZ, Vicente, The Convention on Biological Diversity: Negotiation and contents in SANCHEZ, Vicente and JUMA, C., Biodiplomacy, ACTS Press, Nairobi, 1994, p.10; BIRNIE, Patricia and BOYLE, Allan, op. cit., 2002.

de la naturaleza, ecosistema y biodiversidad, principios y problemas o la estructura del Derecho ambiental internacional y los derechos y obligaciones de los Estados²⁴⁸ o las relaciones entre Recursos Genéticos Naturales y propiedad intelectual²⁴⁹.

Sexto, la Convención es un nuevo paradigma para la prensa. La diversidad biológica y los Recursos Genéticos Naturales son problemas globales con soluciones nacionales. La prensa internacional no ha estado interesada en los Recursos Genéticos Naturales hasta que el doctor Annan, Secretario General de las Naciones Unidas se refirió a la biodiversidad durante el “Encuentro Mundial sobre Desarrollo Sustentable” efectuado en Johannesburgo en 2002. Explicó que la diversidad biológica es uno de los “Objetivos de Desarrollo del Milenio”²⁵⁰ y, además, hoy en día un “Régimen Internacional sobre Acceso y División Equitativa de Beneficios”²⁵¹ se discute en el seno de la Convención modificando el foco de atención de la prensa de problemas sobre cambio climático a materias relacionadas con la diversidad biológica.

Así también se produce una modificación en la percepción de los especialistas acerca de los Recursos Genéticos Naturales²⁵². En sus primeros tiempos la concentración de los mismos estuvo en la conservación de los recursos sea biológicos o genéticos sin considerar otros elementos necesarios para el financiamiento de dichos recursos²⁵³. Esta disposición a incluir y ampliar la temática de los recursos biológicos y de los recursos genéticos se contrapone a la pura conservación de dichos recursos, en un primer momento con los proyectos presentados por los Estados Unidos y por el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente²⁵⁴. Hoy en día, con la configuración de un borrador y futuro protocolo sobre Acceso y División Equitativa de

248 BIRNIE, Patricia and BOYLE, Allan, op. cit. 2002, pp. 536-750.

249 SCHOENBAUM, Thomas, International trade and environmental protection in BIRNIE, Patricia and BOYLE, Allan, The International Law of the Environment, Oxford, 2002, pp. 698-699.

250 ANNAN, Kofi, A UN for the new millennium (Secretary-General identifies key opportunities and goal), New York, 2002 <<http://www.un.org/ecosocdev/geninfo/afrec/subjindx/142mille.htm>>(22.02.03)

251 SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, International Regime on Access and Benefit Sharing, UNEP/CBD/MYPPOW/6, 7- 20 of March, 2003.

252 KOESTER, Veit, The Biodiversity Convention, Neogitation Process and Some Comments on the Outcome in BASSE, Ellen Margrethe Environmental Law (From International to National Law), Gad Jura, Copenhagen, 1997, pp. 205-258.

253 SANCHEZ, Vicente, op. cit., p. 10 y SANCHEZ, Vicente, Entrevista, Santiago de Chile, September 23, 2002.

254 BURHENNE, Francois, Foreword in SANCHEZ, Vicente and JUMA, Calestous., op. cit, y McCONNEL, Fiona, op. cit., p. 5.

Beneficios sobre la utilización de Recursos Genéticos cambia también la perspectiva convirtiéndose en temas complementarios.

Aspectos relevantes del artículo 15 en relación a los derechos y a las obligaciones

En el lenguaje de los juristas existen una serie de afirmaciones como “x tiene el derecho a hacer tal cosa”, “y tiene el deber de hacer tal otra” este tipo de afirmaciones surgen con una terminología muy variada parecería entonces que existen algunos términos que percibirían una serie de expresiones que guardarían alguna relación entre sí²⁵⁵. Alguno de estos conceptos son los siguientes: derecho, obligación, libertad potestad sujeción inmunidad, incompetencia²⁵⁶.

Entre las diversas clases de conceptos tomaremos dos que son “derecho” y “obligaciones”. Al derecho, en el sentido subjetivo o sea la capacidad de hacer u omitir alguna conducta se le contrapone la noción de obligación o el vínculo jurídico entre personas determinadas por el cual una de tales personas se encuentra en la necesidad o situación de cumplir una prestación que puede ser un dar un hacer un no hacer.

En la introducción a estas investigaciones fue posible hacer presente que un tratado internacional como la Convención sobre Diversidad Biológica contiene derechos y obligaciones internacionales este no ha sido un tópico pacífico en lo que se refiere a la Convención citada. MALANCZUCK ha señalado que la misma no contiene ni derechos ni obligaciones internacionales²⁵⁷. Otros autores consideran que la Convención contiene por excepción obligaciones, en artículos determinados, pero que la mayoría de los artículos no contienen ni derechos ni obligaciones²⁵⁸.

255 HOHFELD, Heseley W., Los conceptos jurídicos fundamentales, Distribuciones Fontamara S. A., 1993, KELSEN, Hans, op. cit., 1993, pp.123-200.

256 Como lo hemos expresado antes, derechos y obligaciones pertenecen a la noción de cosas incorporales, así lo ha indicado la doctrina, así también la legislación de uno de los casos que veremos más adelante, vid. GUZMÁN Alejandro, op. cit, 1995. JANA, Andrés, MARÍN, Juan Carlos, Recurso de Protección y Contratos, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996, pp. 19-22.

257 MALANCZUK, Peter, op. cit., p. 249.

258 BARBER, Charles, et. al., B., User measures, Institute of Advanced Studies of the United Nations University, Tokyo, 2003. <http://www.ias.unu.edu/binaries/UNUIAS_UserMeasures_2ndEd.pdf>(04.05.04),

Sin embargo, en el libro de MALANCZUCK los tratados ambientales se han opuestos al “Soft Law”, que no tiene poder obligatorio desde el punto de vista jurídico²⁵⁹. Al distinguir estas dos categorías de normas jurídicas (Soft Law, Hard Law constituido por los tratados internacionales y otras fuentes) este autor implica la existencia de derechos internacionales y obligaciones internacionales de los tratados internacionales. Más aun en su libro se estudian explícitamente las obligaciones jurídicas internacionales cuando la responsabilidad estatal internacional es analizada²⁶⁰. Por lo tanto, es posible afirmar que la Convención, pese a lo indicado por algunos autores, en una suerte de mito, y siguiendo la doctrina aceptada, así como la jurisprudencia internacional se constituye en una Convención que contiene derechos y obligaciones. Una cuestión diferente es el tipo, carácter o naturaleza de los derechos y las obligaciones.

¿Cómo identificar derechos y obligaciones internacionales (de carácter subjetivo)?

Algunos autores como MAES, HENNE y otros como Hans KELSEN proponen que la identificación de obligaciones internacionales puede ser alcanzada a través de las palabras que se emplean para dar solución a un tema y que se incluyen o escriben en tratados internacionales²⁶¹. Palabras como verbos que indican imperatividad, incluidos en tratados internacionales, por ejemplo, debe o debería, establecen obligaciones a los sujetos internacionales. Más aun convenciones ambientales internacionales contienen derechos y obligaciones reconocibles con sus palabras y se encuentran incluidos en clasificaciones. Precisamente estos verbos, palabras, términos, son los que emplea el artículo 15 para indicar la existencia de una obligación jurídica internacional. Por ejemplo, mírese el artículo 15 número siete donde se deja constancia de la obligación de

259 MALANCZUK, Peter, op. cit., p. 54.

260 MALANCZUK, Peter, op. cit., pp. 254-272.

261 FRANCK, Thomas, op. cit., pp. 23 ss.

dividir equitativamente las ganancias provenientes de los recursos genéticos.

Tipo, carácter o naturaleza de los derechos y las obligaciones

Los derechos y obligaciones o deberes tienen estructuras de carácter permisivo e imperativo y prohibitivo. Los derechos permiten, autorizan y establecen posibilidades de acción suponiendo libertad a fin de seguir o no el curso acción indicado por la norma. Esto implica que el Estado le es posible establecer restricciones o indicar la manera o forma en que puede ejercerse el derecho correspondiente en el plano nacional. En el plano internacional se deben considerar, a fin de ejercer los derechos, las normas internacionales que los confieren, en este caso, un tratado internacional. Las obligaciones, a su vez, tienen carácter imperativo y en ambos casos siguen la elaboración de KELSEN sobre la norma jurídica, “Si es A entonces B” y “Si no B entonces C” en cuanto al derecho, si es el antecedente “A” entonces se sigue “B” y si no es respetado “B” se sigue “C” que es la sanción. En el caso de la obligación el esquema es igualmente aplicable, si es “A” el vínculo jurídico y su supuesto, entonces “B”, su consecuencia “B” cumple con una prestación que puede ser un dar, hacer o no hacer. Si se incumple la prestación “B” entonces viene la sanción “C”.

La estructura de los diversos números del artículo 15 de la Convención sigue este patrón.

El artículo 15 y sus diversos números

A fin de comprender tanto las distinciones como otros aspectos relevantes la primera aproximación a estas categorías se efectuaran utilizando el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica. Es por esto que los derechos y obligaciones se van a basar en las palabras o los términos empleados en el artículo 15 de la Convención

indicada. Es por eso que distinciones y explicaciones de diferentes derechos y obligaciones de cada uno de los números serán explicados ahora.

El artículo 15 de la Convención en su número uno establece lo siguiente:

“El derecho soberano de los Estados sobre los recursos genéticos”.

El artículo 15 de la Convención utiliza el término “reconocer” en referencia a los derechos soberanos sobre los recursos naturales.

Si bien unido al término Soberanía la historia de este concepto, que se verá más adelante, muestra un lento reconocimiento y una serie de confusiones. Este lento reconocimiento y confusa comprensión del término se ve enfrentado a la connotación reprobadora que ha alcanzado el término Soberanía tanto en materia internacional como comparada. Sin embargo este concepto posee un significado relevante a propósito de la protección de los recursos naturales y de su utilización ambientalmente necesaria.

Diferente es el caso en que producto de la contaminación en un país o en el territorio de un Estado tal contaminación pueda llegar o alcanzar el territorio de otro Estado o la contaminación de una empresa pueda alcanzar el territorio de un Estado en cuyo caso es posible que nos encontremos con una disminución o relajamiento del concepto y de la aplicación de la Soberanía territorial.

Por lo tanto, es diferente la Soberanía territorial, la contaminación cualquiera sea su fuente y los recursos naturales y su Soberanía sobre los mismos.

Una segunda opción de interés es a ser estudiada es la concepción ius filosófica que se encuentra en la base o fundamenta este artículo. Proponemos una concepción de carácter positivista con antecedentes ius naturalistas. En este sentido el artículo representa el reconocimiento de ciertos derechos de carácter inherente a la existencia de un Estado. Una vez reconocidos, se procede a interpretar los mismos y a desarrollar la

aplicación a nivel internacional a través de su interpretación nacional.

El artículo 15 número uno

La Convención ha reconocido derechos soberanos sobre Recursos Genéticos Naturales por primera vez²⁶². Estos derechos establecen la posibilidad de usar y disponer estos bienes cuando dicha disposición y dicho uso no sea contrario a la Convención al Derecho Internacional Público y al Derecho ambiental. Es una suerte de derecho absoluto similar al que tiene el dueño o poseedor de una cosa. Este derecho soberano sobre una cosa material también tiene un cierto carácter intangible como es propio de todo derecho. Los derechos no son observables a través de los sentidos sino que son relaciones jurídicas que se materializan o pueden materializarse sobre una cosa²⁶³.

Derechos soberanos reconocidos en el artículo 15 número uno

El artículo 15 contiene una serie de derechos reconocidos en esta norma y que vienen a ser consecuencia del reconocimiento de la declaración contenida en el número primero sobre derechos soberanos del Estado sobre sus recursos naturales. En primer lugar es posible atender que estamos en presencia de un derecho soberano a determinar el Acceso a los recursos naturales.

Esta es una consecuencia lógica y resulta de la declaración de “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales”²⁶⁴. Un segundo derecho soberano es el definir Acceso en conformidad a las normas nacionales y ello por cuanto en el primer caso se ha decidido si se va a entregar Acceso o no y en el segundo la manera o forma

262 En general tal reconocimiento sólo se ejecutaba sobre los Recursos Naturales tal como aparece de las diferentes resoluciones citadas en el texto como la UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, Resolution 1863 (XVIII) of 14 december 1962, "Permanent sovereignty over Natural Resources", New York, 1962.

263 GUZMÁN, Alejandro, op. cit., 1995, p. 24, 30 y ss.

264 Esta norma que adquiere el carácter de norma jurídica nace en 1958 como concepto, la Soberanía ejercida sobre los recursos naturales. Cuestión que no es más que la consecuencia lógica de los derechos que el Estado posee sobre bienes situados dentro de su territorio. Lo que ha sucedido es que con ello se reafirma nada más un asunto que resultaría obvio si no fuera desconocido y violentado o incumplido como obligación jurídica respecto de otros Estados. Finalmente aparece en el artículo 15 citado.

en que dicho Acceso tendrá lugar.

Se deduce lo anterior de la palabra “derechos” empleada en el artículo 15 número uno en referencia a varios derechos todos ligados al tema del Acceso. Se complementa lo anterior con el que los Estados pueden decidir reconocer otros derechos soberanos producto del reconocimiento efectuado en el número uno del artículo 15 y el principio “*pacta sunt servanda*”.

En otras palabras, de acuerdo al principio de que lo acordado obliga, los Estados pueden por medio de tratados internacionales bilaterales, regionales, generar acuerdos que especifiquen o detallen más aun el contenido de la declaración (que es una orden) de derechos soberanos de los Estados sobre los Recursos Genéticos Naturales contenida en el artículo 15 número uno de la Convención. Dicho detalle se efectúa considerando esta declaración de derechos y no debe ser contraria a la misma porque nos encontraríamos con una segunda declaración que sería contradictoria con esta primera y en principio, aunque sujeto a discusión, quedaría derogada la segunda de las normas por la importancia, trascendencia y ubicación jurídica del convenio, un tratado internacional multilateral regulador de casi todas la materia relacionada con los recursos genéticos.

Aun más, complementando lo anterior el artículo tercero de la Convención reconoce el derecho soberano de explotar sus propios recursos a cada Estado. En otras palabras, existen al menos dos declaraciones complementarias que tienen como sujeto a los derechos soberanos de los Estados donde se entrega de manera específica en el artículo tercero el derecho soberano de explotación y en el artículo 15 el derecho soberano sobre los recursos naturales de manera genérica. Se concluye, entonces, que respecto del artículo 15 se pretende lograr la existencia una declaración general reconociendo los derechos que se confieren en razón de dicho reconocimiento a los Estados.

Por lo tanto, la declaración del artículo 15 posee un efecto general y, además, podría ser detallada en otros tratados internacionales.

Limite al derecho

Este derecho de “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” tiene limitaciones importantes. Primero, está sujeto a cada una de las políticas ambientales nacionales de cada uno de los países que son parte del tratado.

El pronombre posesivo “sus” en el número uno del artículo 15 de la Convención implica que los Estados con derecho soberano sobre estos recursos deben establecer una política ambiental que limite y restrinja la explotación irracional de estos recursos fomentando su desarrollo y protección ya que los Recursos Genéticos Naturales son la base del desarrollo de los ecosistemas y su pérdida implica imposibilidad de desarrollo para un país.

Derecho soberano para determinar el Acceso a los Recursos Genéticos Naturales

Los Estados tienen la posibilidad de decidir si se ingresará o no a obtener Recursos Genéticos Naturales situados en su propio territorio. La Soberanía de los Estados permite a cada uno de ellos decidir si admite o no dentro de su territorio a investigadores que efectúen análisis de plantas, animales y microorganismos a fin de obtener recursos genéticos de dichos seres vivos. Este permiso (o negación del mismo) de manera genérica o específica no requiere mayores fundamentos debido al Derecho del Estado expresado de manera exclusivo y excluyente en su expresión pudiendo alcanzar tanto a las personas naturales o jurídicas nacionales como extranjeras y, del mismo modo, respecto de otros Estados que, a través de organismos estatales científicos o no, soliciten el ingreso.

Hace algún tiempo en “Campos de Hielo Sur”, Chile, investigadores franceses y chilenos analizaron a un animalito que vive dentro de las cavidades de los hielos porque posee la capacidad de licuar su sangre a voluntad y, además, de sobrevivir varios grados bajo cero²⁶⁵. Si estas características se aplicaran a otros seres vivos, por ejemplo vacas se las podría criar en lugares con invierno crudísimo en Finlandia o Canadá. Incluso podría servir para las personas a fin de licuar los coágulos sanguíneos. Es el Estado de Chile el que entrega y le concede el Acceso a los investigadores franceses.

Este derecho implica además, respetar las obligaciones que pudieran existir para ingresar al país cuyo origen pudiere ser otro tratado internacional.

Este derecho, además, tiene un corolario práctico, el Estado debe definir los requisitos materiales para el ingreso, es decir, podrá determinar lugares dentro de su territorio donde se pueda desarrollar investigación científica y, además, los elementos o materiales, número de personas, equipamiento que se debe considerar para el ingreso. Inclusive, como se verá más adelante, podrá establecer la metodología de investigación a fin de evitar la destrucción de los recursos genéticos por los investigadores. En el parque nacional “Fray Jorge”, Chile, se prohibió el ingreso de especialistas extranjeros debido a que al extraer las semillas de una cactácea destruyeron una cantidad inmensa de plantas de todo tipo.

Este derecho permite que los Estados en una perspectiva nacional, material, téngan el permiso de determinar o imponer los requisitos de ingreso al país.

Derecho soberano a determinar el Acceso a los Recursos Genéticos Naturales sujeto a la legislación nacional

El derecho a definir los requisitos para el Acceso debe ser establecido en la

265 GILLES, Santanio, Dragon de la Patagonia, < <http://documentales.adnstream.tv/2009/08/04/el-dragon-de-la-patagonia/>> (21.12.2011), GARCÍA, Henri, Dragon de la Patagonia, < www.youtube.com/watch?v=h9oq8uC3BAo> (21.12.2011), CARLETTI, Eduardo J., Insectos descubiertos en la Patagonia podrían aportar a la Medicina < <http://axxon.com.ar/not/156/c-1560240.htm>> (21.12.2010).

legislación nacional. Así, también se debe efectuar un análisis de la legislación nacional a fin de poder determinar si existen leyes u otras normas jurídicas que pudieren establecer requisitos para el Acceso a los Recursos Genéticos Naturales y fueren suficientes al efecto. En el caso de existir las mismas serían suficientes para desarrollar el Convenio y de no ser así debería efectuarse la complementación de las normas jurídicas. El principio de legalidad establece que debe cumplirse con la obligación de establecer una regulación jurídica en esta materia. Esta regulación puede ser:

A.- Generación de una regulación nueva sobre el ingreso o Acceso a los recursos genéticos.

B.- Aplicación nacional de la Convención sobre Diversidad Biológica.

C.- Aplicación de regulación jurídica anterior a la ratificación de la Convención o a la incorporación de la Convención al derecho nacional.

En el caso de la letra “A” la generación de una legislación nacional permite adecuar la misma a la realidad jurídica nacional, por ejemplo, desarrollar una debida consideración a la familia jurídica a la cual se pertenece, permitir una discusión legislativa sobre el tratamiento a los recursos genéticos, inclusive una discusión constitucional, además, se puede adecuar otras normas legales o reglamentarias como formas de complementar la nueva legislación, evitando los vacíos, las derogaciones tacitas y las incompatibilidades normativas , así como, las leyes o normas que regulan a determinados colectivos, como los pueblos originarios o comunidades autónomas con una historia común pero diferente a la de la nación toda.

En el caso “B” nos encontramos con la aplicación directa de la Convención a nivel nacional; si bien se cumple con incorporar la norma internacional a nivel nacional se genera el problema de determinar a quiénes afecta y obliga así como a quiénes confiere derechos la Convención. La misma fue desarrollada para regular relaciones

entre Estados y no entre el Estado nacional y sus habitantes. Es lo mismo que un contrato de compraventa internacional se aplique como contrato de compraventa a nivel nacional, es un contrato de compraventa y debería ser aplicable, pero para que sea aplicable debe comprenderse los mismos sujetos y los mismos objetos. Entonces procede la conversión intelectual.

En el caso “C” deberían confirmarse las normas jurídicas que se aplicaran como normas de Acceso pero siempre aparecerían problemas como los planteados para la letra “A”.

Las razones debidas a las cuales se hace necesario incorporar en la legislación nacional la norma internacional son las siguientes:

En primer lugar, es aceptado como Principio de Derecho Internacional Público y de Derecho público que las normas internacionales requieren ser aplicadas a nivel nacional. Es un principio del Derecho Internacional Público que el Estado que asume una obligación debe aplicarla a nivel nacional del mismo modo que una persona debe aplicar respecto de su patrimonio las obligaciones nacidas de un vínculo jurídico familiar o patrimonial.

En segundo lugar, la obligación de aplicación es erga omnes y tiene consagración en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados al prohibir excepciones basadas en la oposición de normas jurídicas del Orden jurídico nacional con las normas jurídicas internacionales.

En tercer lugar, porque los alegatos contrarios no pueden explicar la contravención del acto propio dado que es el Estado en su conjunto el que asume la obligación contenida en un tratado internacional y el Estado es Orden jurídico se deduce que debe incorporarse la norma jurídica internacional al Orden jurídico nacional a fin de no atacar ni el acto propio ni menos la obligación asumida por el Estado convirtiéndolo

en un incumplidor.

En los sistemas legales la “seguridad jurídica” es fundamental. Para alcanzarla se requiere que derechos y obligaciones se contengan claramente en normas jurídicas nacionales de carácter obligatorio. A fin de alcanzar este principio resulta fundamental que en el Orden jurídico nacional se incorporen requisitos contenidos, si el Estado así lo determina, para aplicar las obligaciones y derechos del artículo 15, de no ser así, no se sabría en principio el procedimiento para obtener ingreso, Acceso, con lo cual se incumpliría la obligación internacional, de una parte al deducirse que no hay tal procedimiento.

Obligaciones internacionales derivadas del artículo 15

La Convención sobre Diversidad Biológica ha establecido una serie de obligaciones que pasaremos a revisar. Cada una de estas obligaciones regula el Acceso y la División Equitativa de Beneficios respecto de los recursos genéticos. Estas obligaciones son:

1.- Obligación de crear condiciones que faciliten el Acceso para razones o motivos ambientales

Esta obligación se contiene en el número 2 del artículo 15, primera parte, y sus características son:

La creación de las condiciones para facilitar el Acceso es una “obligación de medio”, es decir, establecer todos y cada uno de los elementos necesarios para efectuar, ejecutar, debidamente la prestación limitado por los recursos disponibles y no asegura alcanzar la prestación.

A su vez, es una obligación de carácter continua en cuanto estas condiciones o

requisitos para facilitar el Acceso si y sólo si la Convención se mantien vigente. Esta obligación debe propender a establecer condiciones permisivas en el Acceso.

En ciertos casos, algunos Estados no tendrán la posibilidad de dictar normas legales en razón de problemas constitucionales, políticos o económicos. Puede ocurrir que la Constitución impida la aplicación de normas internacionales a nivel nacional, sea de manera absoluta, rechazándola, o sea de manera relativa estableciendo requisitos más o menos impeditivos de tal aplicación.

Más aun, el Estado puede enfrentar dificultades en la “implementación” de dicho Acceso. Es por eso la redacción de esta norma, la imperatividad no servirá para obtener el resultado porque podría bien suceder que pese a toda lavoluntad del Estado en cumplir no tenga medios jurídicos y económicos para alcanzar el objeto de la obligación internacional.

El objetivo de esta obligación es de carácter ambiental, en otras palabras se pretende que el Acceso tenga por objeto uso de carácter ambiental por ejemplo salvar una especie en peligro de extinción o establecer un área protegida frente a un desastre natural como un maremoto.

Además, esta es una obligación multilateral es decir, se debe respecto de toda la comunidad internacional.

2.- La obligación de establecer requisitos haciendo posible o alcanzable

El número dos del artículo 15 incluye requisitos racionales y justos para obtener Acceso a los recursos genéticos al aplicar las normas sobre Acceso los Estados pueden definir requisitos como “Términos Mutuamente Acordados”, “Consentimiento Informado Previo”. Estos requisitos pueden establecer formas restrictivas haciendo difícil el Acceso a los Recursos Genéticos Naturales. Es por eso, que la Convención

incorpora una obligación para los Estados en la cual deben definir los requisitos en su legislación que puedan ser alcanzables para quienes postulen a obtener Acceso a los Recursos Genéticos Naturales.

Esta obligación es de extrema importancia a fin de lograr conservar los Recursos Genéticos Naturales. Las restricciones pueden hacer el intercambio de estos recursos extremadamente difícil y, generalmente se restringe o prohíbe el Acceso cuando se han sacado recursos sin permiso, la única restricción a esta obligación está relacionada al objeto de la aplicación. Dicho objeto es en razón de usos medio ambientales. Henne señala que esta restricción implica respetar la diversidad biológica y con ello la diversidad genética sin su destrucción. Esta obligación es obvia pero necesaria de expresarse.

En el caso en que el Estado que accesa esté interesado en ejecutar acciones que puedan dañar la diversidad biológica (y consiguientemente la diversidad genética), sea importando especies ajenas a la diversidad biológica, existente en el lugar o teniendo una efecto adverso de manera significativa sobre la diversidad biológica podría establecerse condiciones o requisitos para el Acceso más exigentes. Estas expresiones se contienen en el artículo 8 letra “g” y en el artículo 14 de la Convención. Otra posibilidad es provocar en los Recursos Genéticos Naturales el que los mismos sean destruidos o extraídos llegando a provocar su destrucción completa.

Es por ello que las prácticas ambientales deberían considerar estas posibilidades a fin de obtener Acceso y no producir el que los Recursos Genéticos Naturales queden exhaustos o desaparezcan.

3.- Obligación de no imponer condiciones que corran o sean contrarias a los objetivos de la Convención

Esta obligación incluida en el artículo 15 número dos segunda parte de la Convención posee las siguientes características:

La Convención establece efecto inmediato en el número dos del artículo 15, es decir es una “obligación de resultado”. Del verbo utilizado “imponer”, se deduce que es una “obligación de ejecución inmediata” que puede ser implementada o aplicada de manera directa y, además, no siguiendo al verbo y mirando la estructura de la obligación, esta es de carácter “negativa”. El carácter de “negativa”, nos permite afirmar que esta es una obligación de “no hacer”. Esto significa que traducir esta obligación significaría leer lo siguiente: “obligación de abstenerse de establecer condiciones que sean demasiado exigentes”.

Esta obligación crea relaciones de naturaleza universal porque es da vida a la comunidad internacional debido a que las condiciones para todos los postulantes al Acceso deben estar de acuerdo con los objetivos de la Convención. Tales objetivos son de carácter general, así, la conservación, el uso sustentable, el Acceso y la Equidad en la División de beneficios.

Esta es una obligación instantánea porque ocurre justo luego de la entrada en vigor de la Convención.

Esta obligación es vinculante para todos los Estados independientes de cualquier otra característica.

El Estado que garantiza el Acceso debe abstenerse o rechazar requisitos legales, constitucionales o reglamentarios imposibles de cumplirse o medidas que hagan imposible obtener Acceso para efectuar actos de conservación desarrollo sustentable o utilización.

Las condiciones para el Acceso o para cumplir la “obligación de Acceso” no están sólo relacionadas, por tanto, a la utilización de dichos recursos como es el caso del número siete del artículo 15. En otras palabras, las normas sobre Acceso no sólo se relacionan con la utilización de los recursos sino también con cualquiera de los otros dos objetivos a saber, la conservación y el uso sostenible o sustentable de los Recursos Genéticos Naturales. Puede bien ocurrir que un Estado u otro sujeto de Derecho Internacional Público, como, por ejemplo, una organización internacional, postule al Acceso para la protección de ciertos animales, plantas o microorganismos. Un caso planteado por Wilson discute que cierto tipo de plantas desaparecieron sin una explicación científica y fue imposible para los científicos estudiar y catalogar estas variedades de plantas que se encontraban perdidas. Este es un ejemplo de cómo la conservación de especies que contienen Recursos Genéticos Naturales es de extrema importancia para la investigación científica y puede ser la razón para postular al Acceso a fin de conservar los Recursos Genéticos Naturales contenidos en plantas, animales y microorganismos. La conservación de los Recursos Genéticos Naturales debe implicar condiciones alcanzables para los postulantes. En el caso en que se requiera conservación en razón de recursos genéticos *in situ* o *ex situ* siempre habrá necesidad de conocer el ecosistema que alberga tal recurso genético, pero la posibilidad de albergar tales recursos deberá contar con la anuencia, consenso, del Estado en cuyo territorio se encuentren los recursos. Lo dicho sobre la conservación es aplicable al uso sostenible y la utilización de Recursos Genéticos Naturales.

4.- Obligación de llegar a “Términos Mutuamente Aceptados” cuando el Acceso esté garantizado

La obligación incluida en el artículo 15 número cuatro tiene las siguientes

características:

Es una “obligación de medio” o “resultado” según se mire en el tiempo. Es una “obligación de medio” por cuanto las partes pueden o no alcanzar acuerdo entre ellas de los términos consensuados, pero eso no implica violación de la norma, si el acuerdo no es alcanzado, sino que uno de los Estados o sujetos de Derecho Internacional Público no ha dado su voluntad para formar el consentimiento. Es una obligación de resultado en el sentido que debe ejecutarse supuesta la postulación de un sujeto de Derecho Internacional Público y podrá probarse, si fuere necesario mediante la comunicaciones que existan entre sujetos de Derecho Internacional Público.

Es una obligación bilateral o bilateralizable porque obliga a las partes a relaciones estrictamente bilaterales o que son tomadas en un ámbito multilateral pueden ser concebidas como una relación bilateral entre sujetos dominada por el “Principio de reciprocidad”.

Es una obligación instantánea porque ocurre inmediatamente después que el tratado ha entrado en vigor.

Es una obligación continua que ocurre por un periodo de tiempo y debe ser cumplida de manera regular.

Esta obligación contenida en el número cuatro del artículo 15 de la Convención establece otra obligación de efecto instantáneo. Cualquier Estado que busque Acceso a los Recursos Genéticos Naturales va a necesitar tener el permiso del Estado en cuyo territorio el recurso genético natural esté situado. Lo anteriormente expuesto puede ser el origen de obligaciones bilaterales o multilaterales. Un Estado que pretende Acceso tiene que obedecer estas obligaciones internacionales tan pronto como la Convención entró en vigencia o ha entrado en vigencia a nivel internacional. Aunque la expresión “Términos Mutuamente Acordados” no se encuentra definida en la Convención es

posible obtener un concepto de las expresiones empleadas en el artículo 15 de la Convención. Considerando el sentido ordinario de la expresión “Mutuamente Acordado” es posible entender que los términos que se obtengan deben ser el producto de un proceso de negociación²⁶⁶.

MUGABE y BARBER han expresado que la expresión “Términos Mutuamente Acordados” implica que aquellos que se encuentran postulando al Acceso a Recursos Genéticos Naturales deben ir a través de negociaciones y tratar de establecer un acuerdo con el Estado que detenta la Soberanía de acuerdo al artículo 15 de la Convención²⁶⁷.

Desde otra perspectiva, HENNE²⁶⁸ efectúa un análisis de la expresión “Términos Mutuamente Acordados” siguiendo al Derecho Internacional Público. Claramente este autor acierta cuando señala que las partes de la obligación recién nombrada son los Estados. En el caso de los Estados, ellos deben acordar las condiciones para el Acceso a los Recursos Genéticos Naturales, aunque, el Estado en cuyo territorio se encuentra el Recurso Genético Natural o los Recursos Genéticos Naturales pueda negarse al Acceso. En el caso en que una obligación multilateral sobre “Términos Mutuamente Acordados” pueda derivar y derive en una obligación bilateral nos encontraremos con que dos Estados negocian estipulaciones sobre este asunto. Tal tratado puede incluir materias que especifiquen aun más el procedimiento de Acceso a los Recursos Genéticos Naturales, por ejemplo el tiempo y otras condiciones relacionadas al Acceso.

Los Estados han adoptado la expresión “Términos Mutuamente Acordados” de diversas maneras en su legislación nacional. En algunos casos esta expresión ha entregado más o menos libertad a los Estados que buscan Acceso a los Recursos naturales de carácter genético de acuerdo al Derecho Internacional Público. Los Estados pueden acceder a los Recursos Genéticos Naturales basados en términos acordados

266 HENNE, Gudrun, op. cit., p. 78.

267 MUGABE, John y BARBER Charles, Introduction in MUGABE, John et al. (eds.), Access to Genetic Resources, ACTS Press, Nairobi, 1997, 8-9.; MUGABE, John et al., op. cit., 7-8.

268 HENNE, Gudrun, op. cit., p 71.

entre ellos, que se contengan en un tratado internacional, y, por cierto, en un contrato internacional entre Estados. Por supuesto, la opción de la primera o segunda posibilidad dependerá del Estado en cuyo territorio se encuentren los recursos.

5.- Obligación de obtener Consentimiento Previo Informado del Estado proveedor del recurso en cuyo territorio el recurso tiene su origen

El número 5 del artículo 15 de la Convención establece una obligación internacional de Consentimiento Informado Previo. Tiene las siguientes características: esta es una obligación de resultado, porque produce efecto inmediato después de la entrada en vigor de un tratado internacional, sin consideración de otros aspectos que no sean los estrictamente jurídicos.

Es, al mismo tiempo, una obligación que obliga a dos partes a “relaciones bilaterales estrictas” o a aquellas “tomadas en un esquema multilateral pueden ser concebidas como una relación bilateral dominada por el principio de reciprocidad²⁶⁹. Antes de acceder a los Recursos Genéticos Naturales los postulantes deben informar al Estado al cual acceden su intención de acceder, oferta y, con posterioridad, dicho Estado les otorgara permiso, la información es anterior al Acceso.

Es una obligación continua porque ocurre por un periodo de tiempo y debe ser cumplida regularmente cada vez que un Estado postula para Acceso.

No es una obligación diferencial porque las obligaciones no son diferentes de acuerdo a sus circunstancias particulares.

Todo Estado que solicite Acceso a los Recursos Genéticos Naturales debe tener la concesión, el consentimiento, del Estado de origen de los Recursos Genéticos Naturales y en donde los mismos se encuentran situados. Este consentimiento debe ser

269 SICILIANOS, Luigi-Armand, The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility in European Journal of International Law, Volume 13, Issue 5, December 2002: pp. 1127-1145.

completamente informado, en otras palabras, antes que el consentimiento fuere dado o manifestado es necesario tener la información relevante respecto al Acceso y el futuro uso de los Recursos Genéticos Naturales.

De acuerdo a algunos autores, el Consentimiento Informado Previo es la obligación principal del artículo 15²⁷⁰. Los autores yerran en este punto porque es una de las varias obligaciones que se refieren a los Estados y fundar el nacimiento en la voluntad cuando existe una obligación de no causar daño al Orden jurídico y a las normas jurídicas internacionales y de otro Estado es incorrecto. Los Estados parte de la Convención redactaron y aprobaron el artículo 15 basado en la idea de intercambio de los recursos genéticos entre Estados.

Los Estados nombrados eran y son soberanos²⁷¹ de un determinado territorio en donde se desarrolla el Recurso Genético Natural. Este recurso tendría que ser extraído de una planta, animal o microorganismo endémico o propio del territorio y ecosistema de dicho país. A fin de que opere la posibilidad de acceder a esta planta, animal o microorganismo, se requiere que el que ingresa, un sujeto de Derecho Internacional Público, obtenga el consentimiento, el permiso, del Estado en donde se encuentra el recurso.

Se ilustra esta idea si pensamos que si alguien desea ingresar a mi hogar no puede hacerlo sin mi permiso y si yo no consiento no puede ingresar. Ahora bien, el Estado soberano sobre los Recursos Genéticos Naturales tiene el derecho de establecer los requisitos que estime convenientes y determinar si se han cumplido los requisitos. Uno de esos requisitos es contar con toda la información que requiera del Estado que accede (si doy autorización a alguien para ingresar a mi hogar tengo el derecho a exigir lo que a mí me parezca conveniente desde el punto de vista jurídico) por ejemplo la

270 HENDRICKS, Frederick, KOESTER, Veit. PJP, Henrick, Access to Genetic Resources: A legal analysis in Sanchez, V. and Juma, C, Biodiplomacy, ACTS Press, Kenya, 1994, pp. 139-152.

271 "Soberano" tiene en este sentido el siguiente significado, indica independencia de la regulación jurídica de otros sujeto de Derecho internacional. No significa que sea independiente o autárquico de la regulación jurídica internacional. La soberanía del Estado, "significa que cada Estado tiene jurisdicción legislativa, judicial y ejecutiva exclusiva sobre las actividades en su territorio" cfr. KISS, Alexander, SHELSTON, Dinah, op. cit., p. 11.

información completa de lo que serán los usos de los Recursos Genéticos Naturales o, en otras palabras, para que habrán de ser utilizados, como requisito previo para aceptar el ingreso, salvo que hubiere un acuerdo previo entre Estados en cuyo caso sería un supuesto de hecho diferente. Este es un asunto que requiere una ilustración. Si alguien quiere ingresar a mi hogar para retirar una radio debe pedirme permiso o pedir permiso a algún miembro de mi familia que pueda autorizarlo. Y otra forma, ni puede entrar a mi hogar ni menos retirar alguna cosa del mismo ilustrando un principio del derecho, el que a nuestra propiedad o territorio solo ingresan quienes tienen permiso por nosotros para efectuar una actividad previamente determinada o una actividad genérica, pero con nuestra anuencia y sin que exista obligación de aceptar. Si no existe anuencia, sencillamente se entiende que hay una negativa.

Otros autores definen esta obligación estableciendo requisitos para el Estado en su pregunta de Acceso a los Recursos Genéticos Naturales²⁷². Ellos hablan de “proveedores” de recursos genéticos cuyo consentimiento está basado en la información provista por el potencial usuario de recursos genéticos.

Ese consentimiento debe ser otorgado antes de garantizar el Acceso.

Desgraciadamente ellos confunden los sujetos de Derecho Internacional Público ampliando, con la palabra “proveedor”, el ámbito o sentido de aplicación de la norma y confundiendo al lector por cuanto la Convención no se pondría en el supuesto de Estados que pudieren contar en su territorio con bancos genéticos que incorporan recursos de otros Estados ni tampoco de personas públicas o privadas estatales o personas naturales.

El “Consentimiento Informado Previo” fue incorporado en la “Convención para el Control de Movimientos Transfronterizos de Desechos Químicos y su Disposición”

272 GLOWKA et al., Lyle, A Guide to the Convention on Biological Diversity, Environmental Policy and Law Paper, No 30, World Conservation Union, Gland, 1994, pp. 80-81.

así como otros acuerdos internacionales²⁷³.

Sin embargo, es necesario apuntar que este término o concepto ha sido utilizado desde hace mucho tiempo en medicina, implica el mismo, que antes de tomar cualquier acción médica, el paciente tiene el derecho a pedir información total de la naturaleza de la intervención médica así como todas las particularidades relacionadas con el asunto y por supuesto, la enfermedad. Si consideramos estos requisitos tanto en las actividades medicas como en las normas jurídicas es posible concluir que un Estado necesita conocer todos los detalles relacionados con el Acceso en su territorio que es como lo hemos ilustrado o tiene la misma significación que el acto de ingresar al hogar, así también podrá requerir el Estado otros antecedentes que considere oportuno como ya lo hemos indicado.

En otras palabras, por tanto, el Estado postulante al Acceso requiere incluir todos los detalles relacionados con los Recursos Genéticos Naturales que van a ser analizados, además, del objetivo a alcanzar con dicho análisis.

Consentimiento Informado Previo y su ausencia en el derecho nacional

La ausencia de Consentimiento Informado Previo como obligación jurídica contenida en normas jurídicas del Orden jurídico nacional ha sido un problema para lograr la efectiva aplicación de esta obligación jurídica internacional. HENNE teme que la ausencia de un procedimiento para conseguir el Consentimiento Informado Previo en el Orden jurídico nacional lleve a la destrucción de las colecciones de Recursos Genéticos Naturales o la obtención, sin ningún tipo de restricción, de tales recursos²⁷⁴.

273 REPÚBLICA DE CHILE, Promulga el "Convenio de Basilea sobre control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, Decreto 685, Diario Oficial de 13 de Octubre de 1992.

274 HENNE, Gudrun, op. cit., p. 71.

Declaración unilateral de Consentimiento Informado Previo

El Estado tiene la facultad de colocar una excepción (acto unilateral del Estado) al Estado postulante de los requisitos establecidos para el Acceso. Esta opción del Estado y la autorización de la Convención tiene su origen jurídico del Derecho Internacional Público y la facultad del soberano para conceder a su igual o iguales el permiso a fin de ingresar a su territorio y así acceder a los recursos genéticos de que se trata. Esta facultad ha sido considerada una debilidad y así también un error de los redactores, como ha dicho HENNE quizás este autor ha pretendido significar que lo anterior nos llevaría a serias dificultades en cuanto el Estado podría dejar sin efecto obligaciones y facultades que establecieren o se reconocieren en un tratado, es decir, pasar a un régimen jurídico de permisividad jurídica (todos tienen permiso para acceder)²⁷⁵. Respecto de las obligaciones, como lo indicáramos anteriormente la modificación unilateral de las obligaciones internacionales no es posible, implicaría desconocer unilateralmente una obligación a la cual el Estado se ha suscrito o vinculado. Podemos ilustrar este punto indicando que nadie puede poner término a un matrimonio de manera unilateral. Y si bien podemos discutir el fundamento de los vínculos jurídicos internacionales lo que no se puede discutir es la existencia del vínculo. Tampoco se trata de un error de los redactores sino de una consecuencia lógica propia del fundamento del vínculo jurídico que nace de un tratado y que si no se requiere cumplir con dicho vínculo sino en una parte de sus prestaciones entonces puede cumplimentarse una menor cantidad de requisitos y así cumplir con la obligación.

Consentimiento Informado Previo y postulante privados

Los postulantes privados, personas jurídicas regidas por el Orden jurídico de un Estado o personas naturales, que solicitan Acceso a los Recursos Genéticos Naturales,

275 HENNE, Gudrun, op. cit., p 71

no tienen personalidad jurídica en el Derecho Internacional Público y, por tanto, no se les aplica ni pueden exigir que se les aplique el Consentimiento Informado Previo contenido en la Convención. Sin embargo, en el Orden jurídico nacional estas entidades tienen que cumplir con los requisitos que establezca el Estado en cuyo territorio se encuentran los recursos naturales y por tanto, se les impondrá como obligación la información al referido Estado de los actos que se efectúen o pudieren efectuarse en el futuro en el territorio a fin de obtener el consentimiento del Estado soberano sobre dichos recursos.

6.- Obligación de desarrollar y llevar adelante la investigación científica²⁷⁶

En esta obligación participa la Parte que provee los recursos, es decir, la Parte que tiene en su territorio recursos genéticos que son propios o que tiene su origen en ese mismo territorio. Incluso esta obligación puede significar llevar adelante el estudio en el territorio de otra de las Partes contratantes.

Esta es una “obligación de resultado” que debe ejecutarse y aplicarse por un periodo de tiempo tomando en consideración otros requisitos diferentes de la norma jurídica (*e.g.* capacidad del Estado para financiar la investigación científica con científicos de otros Estados).

Esta es una obligación que crea obligaciones bilaterales o bilateralizables conforme a lo indicado anteriormente más arriba.

Es una obligación instantánea por cuanto sus efectos se producen inmediatamente después que el tratado entra en vigor.

Este es un caso de aplicación de la distinción acerca de obligaciones diferenciales debido que el Derecho Internacional Público exige a los países ejecutar

276 Artículo 15 número 6 primera parte de la descripción o tipificación del tratado:

“6. Cada Parte Contratante procurará promover y realizar investigaciones científicas basadas en los recursos genéticos proporcionados por otras Partes Contratantes con la plena participación de esas Partes Contratantes, y de ser posible en ellas.”. REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., 1995, artículo 15, número 6.

actos diferentes de acuerdo a sus circunstancias particulares para cumplir con las obligaciones porque la obligación genérica debe especificarse, obligación común cumplimiento diferenciado. De acuerdo a lo expresado, significaría que los países desarrollados, de acuerdo a la obligación que se indica aquí, se encuentran obligados a incluir a los países en desarrollo en las investigaciones que se efectúan acerca de los Recursos Genéticos Naturales cuando dichos países son los que en cuyo territorio ejercen Soberanía sobre dichos recursos²⁷⁷.

En este caso, además, tendríamos que considerar esta obligación como asimétrica por cuanto contiene prestaciones más onerosas para los países desarrollados que para los países en desarrollo o para países que son el origen de los Recursos Genéticos Naturales que aquellos que son los encargados de explotarlos.

Entonces, podemos resumir, como lo hemos efectuado anteriormente, que la Convención sobre Diversidad Biológica en el número 6 del artículo 15 incluye una obligación de conducta cuyas prestaciones son de progresiva realización o ejecución con la participación total de las Partes. Toma en consideración las limitaciones debidas a la escasez de los recursos económicos que se encuentran disponibles para cumplir con el desarrollo de investigaciones conjuntas en la materia. El número 6 usa las palabras “debe alcanzar” entregando el sentido: una obligación internacional debe cumplirse por las Partes de la Convención. Sin embargo, el verdadero sentido de las palabras significa que las Partes “deben tratar de hacer algo”²⁷⁸. Ese “algo” es aplicar las normas de la obligación y ejecutar proyectos conjuntos de investigación y desarrollo que han sido previamente aprobados por ambas Partes²⁷⁹.

277 En muchos casos es posible encontrar la expresión “proveedores” que incluye al país de origen del recurso y a los países que sin ser origen del mismo sin embargo o lo han desarrollado y lo tienen guardado en reservorios. Esto se ejemplifica de la siguiente manera, en Malasia existen una serie de plantas que fueron traídas de la India a fin de poder ser utilizadas en la medicina India pero en Malasia. Si esas plantas, cuyo origen y desarrollo ha sido la India son vendidos sus recursos genéticos por Malasia, el país proveedor sería este último y en nuestra opinión significaría una violación de las normas del tratado dado que éste se basa en la soberanía y en la ubicación original de los Recursos Genéticos Naturales sin haberse adquirido conforme a Derecho, es decir, conforme a la Convención sobre Diversidad Biológica..

278 Cambridge Advanced Learner’s Dictionary, 2004.

279 La capacidad científica y los proyectos de investigación conjuntos toma tiempo y puede implicar una gran cantidad de dinero. Es por lo anterior que lo mismo puede tener un impacto tremendo en la creación y desarrollo de laboratorios, et cetera. El país que es soberano sobre los recursos genéticos es el llamado a tomar parte en proyectos reinvestigación conjuntos. Por

7.- Obligación de compartir en forma “justa y equitativa”

Esta obligación se encuentra contenida en el artículo 15 número siete de la Convención²⁸⁰. Esta es una norma que contiene una obligación sujeta a ciertas modalidades con diversos objetos o prestaciones. Las obligaciones se dividen en:

1.- Medidas para compartir en forma “justa y equitativa” los resultados de las actividades de investigación y desarrollo.

2.- Medidas para compartir en forma “justa y equitativa” los beneficios derivados de la utilización comercial de los recursos genéticos.

3.- Medidas para compartir en forma “justa y equitativa” los beneficios derivados de la utilización de otra índole.

4.- Medidas para compartir los beneficios derivados de la explotación comercial entre países debe ser alcanzada sobre Términos Mutuamente Acordados.

Se refiere a una obligación internacional que corresponde a toda Parte contratante donde Parte contratante debe entenderse como Parte a la Convención sobre Diversidad Biológica debido a que sólo cabe respecto de los Estados dicha posibilidad son ellos quienes tienen esta obligación y donde es posible encontrar que los números uno a tres deben ejecutarse en las leyes nacionales de una país y el cuarto en las relaciones entre Estados. Se plantean dos problemas, la norma habla de tomar medidas a nivel nacional (y, ello lleva directamente a una obligación de medio) ¿Pero además tenemos el problema de la obligación a nivel internacional o acaso los Estados no

supuesto, el espectro de investigaciones científicas conjuntas puede ser muy amplia, por ejemplo, la simple clasificación de especies o su conservación. Esta investigación se puede desarrollar entre países desarrollados con diversidad biológica, entre países desarrollados y subdesarrollados (los segundos generalmente proveedores de la materia prima) y entre países subdesarrollados. En materia de conservación, a su vez, se hace imprescindible que se tome en consideración la protección de los recursos a través de presentar estudios investigativos en la materia y, desde otra perspectiva, efectuar estudios de identificación de tales recursos y de los organismos que los contienen. En este sentido la cooperación entre países desarrollados y en vías de desarrollo resulta fundamental. En este sentido los científicos se pueden emplear en partes de la investigación y no en su globalidad. Una de las posibilidades es obtener la tecnología de países desarrollados que la entreguen por un precio determinado, otras posibilidad son proyectos de investigación conjuntos lo anterior de la manera o forma como se ha desarrollado el instituto privado denominado Inbio en Costa Rica con un contrato intitulado Merck-Inbio.

280 Citamos el párrafo 7 del Artículo 15 de la Convención: “Cada Parte Contratante tomará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, de conformidad con los artículos 16 y 19 y, cuando sea necesario, por conducto del mecanismo financiero previsto en los artículos 20 y 21, para compartir en forma justa y equitativa los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos con la Parte Contratante que aporta esos recursos. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas”. REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., 1995, artículo 15, número 7.

deberán cumplir con esta obligación en las relaciones que se susciten entre ellos? La solución al segundo problema se encuentra en la última parte del artículo y es por ello que podemos hablar de obligación de resultado o inmediata. ¿Qué es “la sujeción a de conformidad con los artículos 16 y 19 y, cuando sea necesario, por conducto del mecanismo financiero previsto en los artículos 20 y 21”? Existen otras preguntas relacionadas a las condiciones o modalidades como la que se ha planteado y que resolveremos en su oportunidad. En un análisis dogmático primero diferenciamos en la norma jurídica para conjuntamente con las preguntas efectuar un análisis exegético y luego uno tópico. El análisis histórico jurídico lo efectuaremos más adelante.

Características de esta obligación son las siguientes. La obligación u obligaciones deben ejecutarse a nivel nacional por las Partes involucradas en tres grandes actos, sea la investigación y desarrollo, la utilización comercial y utilización de otra índole. El objeto jurídico es el mismo, la prestación de División “justa y equitativa” de las prestaciones de hacer, a saber, actividades de investigación y desarrollo, utilización comercial y otras utilidades de los recursos genéticos. Esta obligación es de medios debido a que requiere tomar en consideración las restricciones económicas y financieras de los Estados para hacer posible la aplicación de una División equitativa de los beneficios y resultados. Es, al mismo tiempo, una obligación continua porque las medidas que deben tomarse se deben cumplir durante la vigencia de la Convención.

Mantenemos en esta materia a dos sujetos, es decir, esta obligación contiene una pluralidad de sujetos, a saber, los “Estados contratantes” y los “Estados proveedores”, los primeros son el origen de los recursos genéticos y los segundos son aquellos que tienen inmediata relación con el recurso debido a que los han guardado en su territorio. Es el caso de la goma obtenida de árboles en Brasil y llevados dichos árboles a lo que

hoy es Malasia. Brasil es el Estado contratante y Malasia el Estado proveedor²⁸¹. Este artículo tiene por cierto, interesantes novedades debido a las características apuntadas pero debemos observar otra característica más. Es una obligación recíproca, no diferencial, porque cada Estado debe tomar medidas como las descritas sin importar la situación económica particular en lo que se refiere a la toma de medidas. Otro asunto es la manera o forma, lo que en inglés se denomina “degree” y en nuestra vernácula lengua, el grado, de aplicación de la norma. En principio no cabe discusión, se debe aplicar la norma pero una vez que se han tomado dichas medidas por escrito en textos jurídicos determinados habrá de estarse a la realidad factual, no jurídica, del Estado en cuyo territorio y población se aplica la norma.

La obligación de una División equitativa de los beneficios tiene que ser aplicable no sólo a nivel internacional, entre Estados. Esta por cierto se manifiesta de acuerdo a Términos Mutuamente Acordados entre los Estados pero sujetos a Equidad como lo expondré en un momento. Pero la aplicación nacional debe efectuarse porque hemos indicado que tanto la jurisprudencia internacional como la doctrina así lo han señalado, de otra forma no tendría sentido el Derecho Internacional Público ni el Derecho ambiental internacional²⁸².

La Equidad puede tener tres formas, una de distribución, otra de retribución y otra de carácter procedimental.

La retribución implica que las obligaciones de las Partes cuando son acordadas deben mirarse como equivalentes. Implica lo anterior que ninguna de las Parte puede

281 Esto lleva al problema de la propiedad industrial, las patentes, porque si nos encontramos con patentes, por ejemplo, sobre los recursos genéticos derivados de la goma, el genoma de la goma, sobre la base de un árbol de goma situado en Malasia cuál de los dos países podría reclamar contra esta apropiación sin permiso y sin compartir beneficios, Malasia o Brasil. Más compleja sería la situación si, por ejemplo, el árbol de goma estuviera en el país en que se encuentra la empresa que solicita la patente sobre el genoma y más complejo aun si la empresa tiene una nacionalidad diferente a la del país donde solicita la patente. En nuestra opinión Brasil siempre tendrá derecho a exigir que se compartan los beneficios.

282 Es posible anotar ciertos casos que han expresado la existencia de “principios” este principio de derecho en que debe ser aplicado a nivel nacional y la soberanía completa e imposible de parar en cuanto no está limitado por los tratados indicados y las obligaciones fuera del tratado no se pueden generar obligaciones, así como la idea de Abuso del Derecho que debe ser probado y que, además, dicha aplicación debe probarse dado que son “meramente hechos la voluntad de los Estados y constituyen su actividad, en forma similar a las decisiones legales o las medidas administrativas”, como el caso de la PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, Case of the free zones of Upper Savoy and the district of Gex, (Zona Libre de la Alta Saboya y el distrito de Gex), que corresponde al fallo Suiza con Francia y más recientemente el caso de la Aplicabilidad de la obligación de arbitrar bajo la sección 21 del Convenio sobre el Cuartel General de la Organización de Naciones Unidas fr 26 de junio de 1947 en su Opinión Consultiva de 26 de abril de 1988 cfr. PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, Case of the free zones of Upper Savoy and the district of Gex, (Zona Libre de la Alta Saboya y el distrito de Gex) , 19 de octubre de 1929, pp. 16, 20, 21, 22, PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, Case of the free zones of Upper Savoy and the district of Gex, (Zona Libre de la Alta Saboya y el distrito de Gex) Segunda fase, 6 de diciembre de 1930, pp. 12-19.

contar con deberes mayores que la otra dentro de cierto rango, en materia de onerosidad, que no puede ser más onerosa que otra y, en otras materias, el beneficio debe ser similar aunque no igual porque la igualdad implica o conlleva reflejo de aquello que es el origen de dicha igualdad.

Por tanto, la obligación de establecer Equidad a través de Términos Mutuamente Acordados debe efectuarse sobre la base de la retribución.

Con posterioridad este principio de aplicación nacional de las normas internacional fue incluido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 que indica que “una parte no puede invocar las normas de su Derecho interno como una justificación de su imposibilidad para cumplir un tratado”²⁸³. Por lo anterior es posible concluir que las obligaciones deben ser aplicadas en la legislación nacional sea que directamente lo anterior sea dicho o sea que indirectamente, por efecto del Derecho Internacional Público, deba efectuarse tal actividad.

Esta es la situación de la obligación antes descrita, debe aplicarse en el Derecho Internacional Público Ambiental y Derecho ambiental internacional, coincidencia en la materia, como en el Derecho nacional de cada país a través de, en el primer caso, Términos Mutuamente Acordados entre Estados y en el segundo, aplicación directa de dicha normativa.

Las Partes involucradas o los sujetos

“Cada Parte contratante” es otra de las secciones de la obligación internacional relevante porque se refiere a todos y cada uno de los Estados Partes de la Convención.

A su vez, es aplicable a la segunda sección de este texto jurídico en cuanto en ambos casos se debe cumplir con el mínimo que todos los Estados que son Parte deben

283 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969, artículo 31, interpretación, artículo 32, medios de interpretación complementarios, artículo 27, REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., 1969, artículo 27.

implementar las medidas correspondientes en la legislación nacional o a través de declaraciones que expliciten la División equitativa de los recursos genéticos sea desde un punto de vista teórico y indicando la forma o manera de alcanzar la Equidad. El término “Parte” se ha definido en la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados ya referida. Allí en el artículo letra “g” se ha definido lo que es una Parte, a saber, “un Estado que ha consentido con obligarse por un tratado, tratado que se encuentra en vigor” (traducción nuestra). La Convención usa la palabra “Parte” usando la expresión, adjetivo, “contratante”, es decir, que se encuentra en una obligación nacida de la voluntad de las Partes quienes libremente han decidido obligarse a las prestaciones que se incluyen en el tratado. Todo Estado que es Parte contratante está en la situación de cumplir el vínculo jurídico al cual me he sometido libremente conociendo las consecuencias de dicho vínculo jurídico.

Equidad y Justicia en general y en la Convención sobre Diversidad Biológica

Uno de los grandes problemas en la Convención sobre Diversidad Biológica es la vaguedad y ambigüedad que, según algunos, existen en las palabras que utiliza el tratado para establecer los derechos y obligaciones que se contienen. Un ejemplo es el de las expresiones o palabras “Equidad” y “Justicia” dado que ambas suponen determinar lo que serían los parámetros para dividir las ganancias de la utilización de los Recursos Genéticos Naturales. Es necesario, para entender este concepto, obedecer las normas internacionales del artículo 15 en la aplicación a nivel nacional y las justificaciones a nivel internacional de la división de tales beneficios. Para esta investigación el punto principal es el balance entre derechos y obligaciones.

En la Convención sobre Diversidad Biológica la indeterminación de las palabras “Justicia” y “Equidad” ha traído reacciones de los comentaristas del número 7 del

artículo 15. Dos de las comentaristas de este texto han expresado que estándares como “Justicia” y “Equidad” deberían estar relacionados a “algo”, es decir, deben contar con un parámetro que permita determinar su sentido y alcance. Obviamente no estamos de acuerdo con lo expresado por las autoras TEN KATE y LAIRD²⁸⁴.

El fundamento de nuestra discrepancia se encuentra en que el que no exista un parámetro definido, un porcentaje determinado de beneficios que sobre el mismo se considere justo y equitativa la División, es algo natural y obvio en cualquier norma jurídica porque deberá ser determinado por las Partes o por el juez o por el legislador, esta es una cuestión conocida hace mucho en el Derecho, es decir, las normas jurídicas son generales y abstractas. Además, las extensiones de los derechos y obligaciones estatales en la Convención requieren al ser incorporadas en el Orden jurídico nacional un grado mayor de determinación pero sujetas a flexibilidad y conceptos como “Justicia” y “Equidad” lo entregan²⁸⁵. En orden a entender el sentido de lo que es la Equidad se considera los conceptos históricos sobre el tema y los filosóficos porque los mismos tienen diferentes usos en el Derecho. Es más hay casos en que sin estar incluidos en las normas jurídicas se pide su aplicación con o sin razón lo que lleva al menos a preguntarse acerca de la misma y sus aplicaciones cuando es incluida en la norma y cuando no lo es y, sin embargo, se requiere su aplicación por la norma jurídica internacional.

Comparación entre el número uno y el número siete del artículo 15

Una comparación debería efectuarse entre la flexibilidad en la implementación de los números uno y siete del artículo 15 de la Convención. Existen una multiplicidad de razones jurídicas para la obligación de “aplicación” de las normas internacionales.

284 TEN KATE, Kerry, LAIRD, Sara,, The commercial use of biodiversity, Earthscan, London, 2000.

285 SANDS, Phillip, op. cit., 2003, p. 261.

Una de ellas es la necesidad de cumplir la obligación internacional que pesa sobre todo Estado de incorporar el tratado en el Orden jurídico internacional y que implica tomar medidas de diversos tipos, particularmente legales, para aplicarlo.

Siendo esta obligación de carácter general propia del Derecho Internacional Público y debiendo de acuerdo al Derecho ambiental ser aplicada en razón de la protección de la naturaleza es que resulta lógico que las obligaciones sean efectivos a nivel nacional a través de una norma jurídica²⁸⁶. Esta obligación se cumple con su incorporación jurídica.

Los números comentados tienen objetos diferentes, así el primero dice relación con la Soberanía o los derechos soberanos que posee un Estado sobre aquello que se le ha entregado en administración (conforme a la idea que el Estado tiene bajo su administración como Derecho público soberano, los respectivos recursos, cuestión expuesta más atrás).

Esta afirmación permite al menos una segunda, el que dichos recursos situados en su territorio, de ser utilizados en cualquiera de las actividades que el artículo 15 número 7 describe, deben siempre permanecer bajo la administración soberana del Estado en cuyo territorio se hayan encontrado los mismos y cuyo origen sea dicho territorio.

Utilizo como ejemplo a Chile que posee un territorio que puede considerarse una isla donde las poblaciones endémicas son importantes, en este caso si se extraen Recursos Genéticos Naturales, por ejemplo de una planta llamada Murtillo, permanecen protegidos por los derechos soberanos del Estado sobre dichos recursos.

A la vez, y aplicando el artículo 15 número 7, se debe considerar que se hace imprescindible que los beneficios sean debidamente divididos de manera justa y

286 Las medidas legales son parte, en la amplia gama de posibilidades que pueden presentarse, de las medidas de políticas públicas. Es decir, aunque KELSEN señale que las normas jurídicas viven dentro de un sistema legal, después desarrollado por HART, BOBBIO y RAZ, no cabe duda que producen un efecto sobre los administrados o "actores" de la realidad social. Es por lo anterior que es posible afirmar que las normas jurídicas poseen un efecto extra-jurídico, sobre los actos de las personas.

equitativa de acuerdo a las normas jurídicas que se hayan establecido por el Estado correspondiente. Si esta extracción se hiciera por un representante oficial de otro Estado en su calidad de tal entonces deberá llegarse a un acuerdo previo entre Estados basados en las negociaciones que se hubieren iniciado para alcanzar Términos Mutuamente Acordados y si no se alcanzan sencillamente se impide el ingreso del país del representante oficial extranjero.

A su vez, la Soberanía sobre los recursos naturales intitula al Estado con un derecho a prohibir la extracción y que, además, se reconozca un deber de los demás Estados de no afectar dicho derecho y que otros Estados también deban dictar legislación o tomar medidas de carácter administrativas o de políticas públicas para que el derecho de otro Estado sea respetado dentro de su territorio de manera que si en su territorio se dividen los beneficios de los recursos genéticos se haga de manera que protejan los derechos del Estado donde se ha obtenido el recurso.

El Acceso a los recursos genéticos está relacionado al Poder o el Imperio que es el poder general para gobernar, administrar y disponer de los recursos y éste está protegido por el Derecho Internacional Público.

¿Por qué están ambos relacionados?

A fin de alcanzar los objetivos que el Estado determine como necesarios, particularmente en materia de recursos naturales y dentro de los mismos, de Recursos Genéticos Naturales el Estado toma medidas a nivel nacional, conforme a como lo ha expresado tanto la obligación internacional general antes indicada como a las facultades del mismo Estado, a fin de hacer efectivas las medidas que se deseen ejecutar y que tienen por objeto alcanzar los objetivos que se ha fijado el Estado.

Además, en este sentido el Estado tiene el imperio de imponer por la ley o a

través de un conjunto de leyes los requisitos en la ley nacional, sea pública o privada, los requisitos para el Acceso, de los postulantes al permiso de dicho Acceso, en el territorio del Estado de que se trate.

El problema es que en muchos casos no existe un acto formal de permiso de Acceso sino que hay una serie de actos administrativos entre los cuales se encuentra dicho permiso o inclusive puede tratarse de la resolución de un órgano estatal que no necesariamente se entrega al postulante, convertido en accesante y que queda archivada en un ministerio.

El artículo 15 número 7 de la Convención está asociado a medidas que pueden incluir normas jurídicas, políticas administrativas y políticas públicas. En este amplio campo las “medidas legales” son todas y cada una de las normas jurídicas que pueden dictarse para regular tanto el Acceso como la División de beneficios. Lo que no puede dejar de existir es División de beneficios que, en su caso, deberá considerar múltiples aspectos, la forma en que se desarrolla el Acceso, el procedimiento de utilización, por ejemplo.

Así la División de beneficios no puede sino tener relación con la tecnología o la proporción de financiamiento que se entrega para la empresa a fin de investigar los recursos genéticos previa aprobación del Estado.

Asimismo, no podrá sino considerar los elementos señalados, pero debe haber División de beneficios y ésta última debe considerar todos los anteriores elementos de acuerdo a la Equidad. En este sentido y como lo hemos hecho presente anteriormente ha sido ya aplicada esta idea o este principio de división equitativa de los gastos en la Corte Internacional de Justicia (Caso Canal de Corfú), división equitativa de terrenos

para delimitar territorios (Caso Dinamarca v Noruega o Caso Pesquerías²⁸⁷) pero en ambos casos los hechos sobre los cuales el derecho es aplicable y la Equidad al mismo tiempo debe ser determinada son hechos acaecidos en el pasado.

En el presente problema serán hechos que se suscitarán en el futuro y salvo determinaciones aritméticas más o menos precisas, generalmente son totalmente impredecibles. Los beneficios son ganancias y por definición las ganancias no son predecibles de manera exacta, sólo aproximada, por tanto, aproximada será la cantidad que se pueda obtener, el aprendizaje a recibir o cualquier otra forma de utilidad que se pueda presentar.

Es por lo anterior que resulta fundamental entender los derechos involucrados y establecidos por el Estado en lo que se refiere al ingreso a su territorio, cualquiera sea la razón, de postulantes al Acceso que desean acceder al respectivo recurso genético.

Otro punto no menos relevante es el relativo a las medidas que deberá tomar el Estado.

Aplicación internacional del artículo 15

Un asunto que se ha deslizado, imposible de soslayar, es la posibilidad de aplicar estas normas a nivel internacional. Desde que han sido incluidas en un tratado internacional y pese a que aun en el caso de aplicarse una norma jurídica internacional en el Orden jurídico nacional y en medidas administrativas y de políticas públicas. La aplicación internacional de la norma, en este caso, se basa, de manera de encontrarse las Partes, Estados, en una negociación internacional donde deberá estarse a lo menos a la Equidad del acuerdo o convención entre Estados conforme a los términos que las Partes acuerden. Estas obligaciones de carácter multilateral pueden lograr modificarse a

287 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Case concerning the maritime delimitation in the area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway), the Hague, 1993, INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), 1969, INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), the Hague, 1973.

obligaciones de carácter bilateral²⁸⁸.

Los Estados usando la norma jurídica de “*pacta sunt servanda*” pueden desarrollar tratados internacionales entre dos Estados o entre varios Estados (por ejemplo un Estado admite el ingreso o Acceso a su territorio de un Estado extranjero a través de una institución oficial previo tratado internacional de carácter bilateral o multilateral, si fuere el caso, o de permisos otorgados por el Estado al cual se accede).

Más aun, la última frase del número 7 del artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica establece precisamente la obligación de compartir los beneficios o los resultados científicos por medio de Terminos Mutuamente Aceptados, el concepto empleado por la Convención y que confirma los derechos soberanos de los Estados sobre los recursos naturales y, en este caso, los recursos genéticos así como, veremos más adelante, sobre los productos, o frutos de los recursos genéticos. La regla general, en esta materia vuelve a aparecer. Los Recursos Genéticos Naturales, bajo la jurisdicción nacional, la Soberanía del Estado, tienen la posibilidad de ser usados como recursos para nuevas drogas o medicamentos o para poder inseminar plantas y aun obtener plantas. El Estado tiene y mantiene la Soberanía sobre los recursos y sobre los beneficios que dichos recursos produzcan aun debiendo en el plano interno y cuando concurren las circunstancias, compartirlos de acuerdo a la propia ley que lo ha establecido, o, en el plano internacional, sometiéndose al acuerdo de voluntades estatales expresadas en los Términos Mutuamente Acordados.

Los derechos expresados en varias secciones de este capítulo, suponen la existencia de Soberanía estatal sobre los recursos naturales (expresión del enunciado derecho de “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales”) y, particularmente, los recursos genéticos. Como expresáramos en diversos capítulos sobre la materia: la Soberanía sobre los Recursos Genéticos Naturales.

288 CASSESE, Antonio, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 1.

Los mencionados derechos admiten al Estado establecer las reglas o normas internas para el Acceso, la posibilidad de negar el Acceso o de establecer requisitos difíciles de alcanzar aunque estas dos últimas opciones son difíciles para cualquier Estado. Pero lo que no podrá evitar nunca es la necesidad de determinar, sea que tenga o no recursos genéticos, las normas para dividir los beneficios de dichos recursos en la legislación nacional.

Artículo 16 de la Convención y su participación en la División de beneficios

En el caso de haberse utilizado tecnología de origen extranjero, compartida por un Estado extranjero, para obtener recursos genéticos y beneficios sobre dichos recurso sería plenamente aplicable la División de beneficios con dicho Estado extranjero.

Los “derivados” de los Recursos Genéticos Naturales

Como todo bien, los Recursos Genéticos Naturales pueden generar “frutos” (en verdad “productos” en principio y “frutos” que son las formas específicas que se producen por los bienes). Los frutos pueden ser naturales o civiles²⁸⁹. Los “frutos naturales” son los productos del bien y los “frutos civiles” son los beneficios que se pueden obtener del mismo. En el caso de los Recursos Genéticos Naturales los frutos se les ha denominado coloquialmente “derivados” o “derivativos” proveniendo tales conceptos desde el ámbito químico.

Utilizaremos en esta exposición para darles un sentido técnico los “derivativos” son aquellos frutos provenientes de la investigación sobre los Recursos Genéticos Naturales que contienen Compuestos Activos de tales recursos capaces, luego de un proceso de refinamiento, de entregar las características químicas necesarias para

289 REPÚBLICA DE CHILE, Código civil, Santiago de Chile, 2008, artículo 643. Se le denomina accesión que es un modo de adquirir el dominio y la soberanía en el Derecho Internacional Público, por el cual se es dueño no sólo de la cosa u objeto jurídico sino lo que la misma cosa produce o lo que se junta a ella.

reproducir sus efectos químicos.

Estos “derivativos” son los que poseen un valor inmenso para la investigación científica y para los emprendimientos comerciales con ellos. Obviamente la primera pregunta es a quién pertenecen y la segunda es si son posibles de proteger jurídicamente. En esta parte nos abocaremos a estas preguntas.

A fin de entender esta materia iniciamos el análisis desde el artículo de la Convención sobre Diversidad Biológica donde expresamente se amplía el concepto de Estado proveedor. Hacemos esta salvedad porque a fin de entender el fenómeno jurídico estudiado, el hecho en los términos de LARENZ²⁹⁰ y de KELSEN²⁹¹, resulta fundamental abocarnos sólo al país donde se encuentra el recursos genético natural para que llegue a un segundo país, de destino, donde se efectúa el análisis y donde se produce la elaboración o refinamiento de dicho recurso genético así como de desarrollo de los “derivativos” o “frutos”.

Sin embargo, el artículo 3 de la Convención citada indica no sólo la opción señalada sino que amplía al país proveedor a aquel que ha adquirido el recurso de acuerdo a la Convención y al referido ya país de origen del recurso.

Una consecuencia necesaria es la existencia de terceros poseedores de los recursos genéticos de una de las Partes contratantes debiendo adquirirlo conforme a las normas del artículo 15 y los que hubieren sido adquiridos antes deberán ser transferidos conforme a las normas del artículo 15 inclusive pidiéndose los permisos correspondientes si no hubieren sido adquiridos conforme al citado artículo.

Es decir, sólo cabe hablar, en esta investigación, de “país de origen” cuando nos referimos a aquel donde la planta, animal y microorganismo tiene su origen físico y biológico y no el caso en que pudiera físicamente encontrarse en el territorio de un

290 LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, 1979, p. 272.

291 KELSEN Hans, *op. cit.*, 1993, pp. 17-18.

Estado y su origen biológico pudiera ser el territorio de otro u otros Estados²⁹². En el caso en cuestión, sin embargo, el artículo 3 de la Convención amplía el concepto a aquel que se encuentra en la planta, animal o microorganismo donde tiene su origen biológico y su origen físico.

Debido a que se trata de una norma jurídica internacional cuyo origen debe considerarse, de acuerdo al Derecho Internacional Público, que se trata de Recursos Genéticos Naturales que se relacionan a la Soberanía territorial del Estado²⁹³. En otras palabras, el Estado de origen de los Recursos Genéticos Naturales el país en que el Recurso Genético Natural donde tiene su origen biológico. Además, dicho origen biológico es independiente del lugar donde se encuentre, en varios territorios de diversos Estados, es decir, puede fácilmente ocurrir que el origen biológico de un Recurso Genético Natural se encuentre en varios territorios de diferentes Estados y, en cada caso, cada Estado ejerce Soberanía sobre el Recurso Genético Natural pero no sobre la totalidad y tampoco lo comparte aunque pudiera ocurrir que dichos recursos crucen o vayan de un punto del globo a otro.

Lo anterior es importante en el caso de un Recurso Genético Natural porque en la medida en que el mismo se encuentre en el territorio del Estado y sea recogido (extraído, bioprospectado, en el lenguaje seudo especializado de los “practitioners”) allí tiene el Estado en cuyo territorio se encuentra los derechos soberanos sobre los mismos.

La extensión en el espacio es clara respecto de dichos derechos soberanos. El problema es la extensión en el tiempo²⁹⁴, es decir, la extensión de tales derechos respecto de la transformación del recurso cuando éste se ha perfeccionado, refinado, sistematizado y ordenado. En este caso la situación parecería diferente, es decir, parecería que no existe vínculo jurídico entre el Recurso Genético Natural y el Recurso

292 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, p. 9 incluimos esta distinción para mantener la idea de exactitud y precisión.

293 BROWNLIE, Ian, op. cit., 1998, p. 108.

294 Sobre esta materia ver KELSEN, Hans, op. cit., 1947, p. 35.

Genético Natural refinado cuestión que está lejos de ser correcta. Esta investigación, pese a no relacionarse con los casos propios de los espacios terrestres comunes a las personas o los espacios sometidos a un tratado, léase Alta Mar o la Antártica dice relación con los Recursos Genéticos Naturales en ellas.

La segunda posibilidad para un Estado que provee Recursos Genéticos Naturales es adquirir tales recursos de acuerdo a las normas de la Convención. Por ejemplo, es posible obtener Acceso y adquirir tales recursos comprándolos aunque lo anterior es una cuestión que habrá, además, de considerar una serie de otros aspectos propios de los temas abordados aquí.

Los que adquieran los recursos antes de 1992 deberán revisar si cumplieron con la normativa de la Convención y los que hubieren adquirido los mismos, luego de la entrada en vigor a nivel internacional de la Convención, no cabe duda que deberán observar las normas sobre la misma. Como se ha propuesto en esta investigación, el infringir las normas del artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica en la adquisición de los Recursos Genéticos Naturales es origen de la responsabilidad por la violación de esta norma jurídica. Sobre este tema nos detendremos más adelante pero si ese es el predicamento, aparecen cuestiones centrales en el asunto, a saber, determinar la extensión de la responsabilidad y de ahí determinar cuál es la extensión de la indemnización y, por cierto, las formas en que la contravención a la norma puede ejecutarse y, por lo tanto, generar la responsabilidad internacional.

La importancia de la definición de “proveedor” se nos aparece en cuanto permite clarificar al Estado que provee el recurso. Dijimos más arriba que a los efectos de esta investigación, ciertamente no podemos encontrar forma de incorporar cada uno de los fenómenos que se presentan en esta materia y optamos por uno de ellos, la aplicación de la Soberanía sobre los recursos genéticos y la División de los beneficios derivados de la

utilización de los mismos; es necesario aclarar que la determinación de los mismos se ve más claramente en cuanto existen una serie de normas que admiten la incorporación de un sujeto internacional, el Estado, pero calificado de manera diferente, el país que adquiere el recurso por alguno de los medios establecidos en la Convención. Este segundo elemento, una obligación complementaria, es definitivamente relevante al sistema del artículo 15, es decir, el país que se encuentra en la facultad de proveer los recursos ejerciendo Soberanía sobre los Recursos Genéticos Naturales.

Aun más, conforme a como se ha indicado, la definición del artículo 3 determina los Recursos Genéticos Naturales considerando, plantas, animales y microorganismos y, como es lógico, los “derivativos” de acuerdo a los argumentos planteados anteriormente, regulan el tema de los frutos y estos frutos acceden a lo principal.

La definición de los “derivativos”

“Derivativos” puede definirse como compuestos químicos creados de material originalmente obtenido de una fuente *ex situ* o *in situ*. Es un derivado, refinamiento de los Recursos Genéticos Naturales que se desarrolla a partir de los mismos considerando los compuestos químicos originales.

Los Recursos Genéticos Naturales son regulados por la Convención sobre Diversidad Biológica, y por tanto, los “derivativos” mantienen dicha calidad salvo que hubiere una regulación especial y ésta estuviere en vigor a nivel internacional entre las mismas Partes. La razón jurídica de la regulación de la Convención sobre Diversidad Biológica respecto de los derivativos se encuentra, como resulta lógico, en el ámbito del razonamiento jurídico, es decir, en las disposiciones jurídicas y su elaboración por parte de juristas. Dicho razonamiento recuerda que los frutos de un “bien” son del dueño o del que ejerce los derechos soberanos de aquello que lo produce. Esta idea, el que “lo

producido” pertenezca a la “cosa” o “bien” “que lo produce” y por tanto, a aquel que es el soberano de dicha cosa, en este caso, del recurso, es una cuestión de lógica. Podrán luego existir opciones jurídicas diferentes, basadas en supuestos diferentes, por ejemplo, comunidad en la elaboración de dicho “producto” o fruto. Sin embargo, como es lógico, lo que ocurra con ello será obviamente diferente y regulado por el acuerdo de las Partes de acuerdo al número 7 del artículo 15.

Siguiendo con lo anterior podemos hacer referencia a compuestos originados de los Recursos Genéticos Naturales. Los compuestos denominados “derivativos” tienen o contienen “material genético” que es cualquier material cuyo origen son plantas, animales, microorganismos que contienen unidades funcionales de herencia.

Los Recursos Genéticos Naturales son, de acuerdo a la Convención, material genético de valor actual o potencial. Puede ser que este material que contiene las unidades de herencia es el resultado del proceso de investigación y análisis y eso nos lleva a una elucubración distinta. ¿Por ejemplo, el número 9 del artículo 2 (material genético) incluye a los “derivativos”? ¿En el caso que los mismo estuvieren incluidos en los números mencionados anteriormente es posible considerar los mismos bajo la regulación de la Convención sobre Diversidad Biológica (artículo 15 de la Convención)? ¿Finalmente, es posible regular de manera independiente y sin relación con la Convención?

Los “derivativos” están incluidos en dicho número no sólo por los antecedentes expuestos anteriormente, son material genético y caben dentro de dicho concepto sino porque los frutos se mantienen, salvo regulación sobre el tema, en el derecho soberano del titular, por lo tanto, a ese titular le corresponde, conforme a las normas de Acceso y División de beneficios establecer las normas más relevantes para admitir la posibilidad de Acceso a los derivados de los Recursos Genéticos Naturales o determinar dicho

Acceso previamente en acuerdos conforme a Términos Mutuamente Aceptados o simplemente negarse al Acceso a los “derivativos”. Acceso a los “derivativos” implica poder efectuar la actividad biológica, química y de otra naturaleza para poder obtener “derivativos”²⁹⁵.

Mas, ellos no son los únicos argumentos lógicos sino que existe también un argumento lógico-jurídico, una razón, que proviene del texto jurídico en comento, el artículo 31 número uno de la Convención sobre Diversidad Biológica establece que la interpretación de los tratados debe seguir a las palabras que se utilizan en el mismo o en otras palabras, es el tenor literal del texto del tratado al que se acude para entenderlo y considerando los términos o conceptos generales y abstractos de la expresión “materiales genéticos” y, de acuerdo a los mismos “derivativos” quedan sometidos a la Convención por cuanto son material genético de “actual valor” y si así no fuere, sería de “potencial valor”. En este sentido representa un objeto de cuidado para el sujeto de Derecho a fin de ejercer derecho y contraer las obligaciones sobre el mismo. Sobre ellos se ejerce la Soberanía sobre recursos naturales al ser una extensión del mismo.

Los “derivativos” que son denominados Compuestos Derivados o metabolitos secundarios no contienen unidades de herencia propiamente tales sino que son compuestos químicos puros sin unidades de herencia pero con los elementos que dichas unidades han generado, son derivados y no son nuevos en el sentido de una creación *ex novo* sino que tienen una fuente u origen, el Recurso Genético Natural, son independientes del mismo, sin embargo. Proponemos por tanto, efectuar un tratamiento de la materia conforme a las normas de la Convención sobre Diversidad Biológica por razones jurídicas a fin de respetar la Soberanía del Estado y los derechos que de ella derivan ya indicados más arriba.

295 Esta solución jurídica se emplea en el Derecho comparado, los “modos de adquirir” los Derechos reales en el Derecho civil, particularmente el Dominio y en el Derecho constitucional al constituirse en una extensión de la garantía a la propiedad contenida en diversas constituciones, caso chileno, así también es la solución jurídica en el Derecho Internacional Público donde la Acceso está contemplada como otro modo de adquirir.

CAPÍTULO I

SEGUNDA PARTE

LA SOBERANÍA Y LOS DERECHOS DERIVADOS DE LA MISMA

Capítulo Primero

Segunda Parte

La Soberanía y los derechos derivados de la misma

Marco de referencia

Una de las preguntas expresada más arriba es acerca de la evolución histórica y de los argumentos manifestados en los procesos interpretativos y de aplicación de la norma jurídica en estudio²⁹⁶.

El estudio de esta Segunda Parte se centra en la Soberanía de los Estados sobre los Recursos Genéticos Naturales, el Acceso a dichos recursos, los derechos que regulan tales recursos, el Consentimiento Informado Previo y los Términos Acordados Mutuamente, la División Equitativa de Beneficios y las relaciones con otros artículos de la Convención sobre Diversidad Biológica. Cualquiera de los elementos antes indicados constituye uno de los aspectos más relevantes del artículo 15 y el análisis normativo se organizó, primero, en clarificar la norma jurídica correspondiente cuando ahora procedemos a efectuar un segundo análisis de carácter histórico. Es decir, primero nuestro análisis dogmático se basa en uno exegético y luego nos amparamos en un análisis histórico sin obviar la conceptualización de las materias.

Tomaremos como idea principal la siguiente: la noción de Soberanía no dice relación con aspectos políticos del términos sino jurídicos del mismo, es un Orden normativo que indica la independencia del Estado respecto de otros Estados pero, que, bajo la influencia de la evolución del Derecho en el Siglo XX, ha llevado a que tal independencia jurídica proyecte la necesaria protección a los habitantes de un Estado y

296 Una norma jurídica se elabora producto del intelecto del Ser humano y de su actividad o de la naturaleza que afecta al Ser humano regulando éste derechos y obligaciones, actos, hechos.

los derechos, convirtiéndose en una obligación, hacia otros Estados.

La Soberanía “persistente”

Se ha indicado que el Poder Soberano proviene, como lo hemos indicado en otro lugar, del autor BODINO, en particular de “Los seis libros de la República” siendo el Poder absoluto y perpetuo de una República²⁹⁷. Se ha dicho por este autor que la República es un “recto gobierno de varias familias, y de lo que es común con Poder soberano”²⁹⁸. Se caracteriza históricamente la Soberanía como suprema, perpetua, propia, absoluta, diciendo que es absoluto y soberano al no obedecer lo que la ley de Dios y lo que manda la ley natural²⁹⁹. Sin embargo, la Soberanía tiene relación, como concepto, con el concepto de Estado, así es diferente en un Estado monárquico aristocrático, o en un Estado popular. De ahí es que aparecen los derechos derivados o “de la” soberanía³⁰⁰. Tiene la facultad de dictar leyes, y luego el Estado territorial se relaciona directamente con la Soberanía ejercida sobre un territorio determinado³⁰¹. El Estado mantiene la capacidad y facultad de generar dinero para poder pagar las necesidades del Estado y quienes son los que lo establecen³⁰². Es más, se debe proteger a los súbditos sea la persona, los bienes y la familia,

Argumentos contra y a favor de la existencia de la Soberanía puede derivar del Derecho así como de la Política internacional.

Conceptualmente la palabra “Soberanía” es uno de los conceptos más oscuros en el ámbito del Derecho Internacional Público debido a que su origen, definición, características y derechos derivados de la misma no se encuentran completamente

297 HUESBE, Marco, *Institucionalización del Estado Moderno*, Edeval, 1999, p.264

298 HUESBE, Marco, *op. cit.*, p. 2.

299 HUESBE, Marco, *op. cit.*, p. 3.

300 HUESBE, Marco, *op. cit.*, p.5

301 HUESBE, Marco, *op. cit.*, pp. 28-29.

302 HUESBE, Marco, *op. cit.*, ppp. 172.

tipificados³⁰³ aunque resulte necesario matizar estas afirmaciones debido a que el concepto tiene visos jurídicos y políticos, a la vez. Se define como “poder supremo e independiente o autoridad en el gobierno como poseído o reclamado por el Estado o la comunidad en un territorio determinado”³⁰⁴. No obstante, el concepto de Soberanía³⁰⁵ tiene fuerza inmensa al ser aplicado en regular en el territorio de un Estado los recursos naturales de cuya sobrevivencia depende la Nación. Sin medios mínimos para ejercer Poder, el Estado no tendría razón de existir al no defender efectivamente a la Nación en caso de ataque externo e, inclusive, cuando existan ataques terroristas o la destrucción del territorio por algún fenómeno natural. Ciertamente que en materia de Derechos humanos la discusión e interpretación es diferente, la controversia se sitúa en la supervivencia del Ser humano: integridad (física y síquica), libertad, “debido proceso”, un sueldo digno los que se ven destruidos o disminuidos por el accionar ilícito de agentes del Estado o de personas y es el Estado quien garantiza tales derechos³⁰⁶. Aquí la controversia, el tópic, se sitúa en la supervivencia del Estado quien representa un conjunto de Seres humanos y debe entregar los medios económicos para la supervivencia de todos ellos.

El concepto de Soberanía proviene o tiene su origen filosófico jurídico en el filósofo francés Jean BODIN (Juan BODINO, en castellano) y del filósofo político

303 Este concepto es posible de ser trazado desde el Derecho romano y, por cierto, en los trabajos de diversos filósofos políticos desde el siglo XVI. Al respecto es posible estudiar a Hobbes donde, deseo rescatar que la existencia de la Soberanía poseía de una parte el cuidado de contener al poder y de otra lograr que se cumplieran las normas que dicho poder se ha dado. Es posible que tales circunstancias, contención y cumplimiento digan relación con la naturaleza del Ser humano en Hobbes, a saber, que el ser humano es egoísta por esencia y busca sobrevivir. TIERNO GALVÁN, Enrique, Estudio Preliminar, en HOBBS, Thomas, *Del ciudadano o del Leviathan*, Tecnos, (Traducción de Enrique TIERNO GALVÁN y Manuel SÁNCHEZ SARTO), Madrid, 1987, p. X. Sin embargo, en el caso de la Soberanía, Hobbes ponía a la misma más allá de cualquier temor. dado que así se engendra sumisión y respeto. Dada las violentas guerras nacionales que le tocó observar y vivir a Hobbes, se explica esta definición hacia un poder que genere temor y respeto, TIERNO GALVÁN, Enrique, op. cit., p. XI. La idea básica en HOBBS es la de sobrevivir, ello, a costa de otros y con ello se engendra violencia progresiva, TIERNO GALVÁN, Enrique, op. cit., p. XI. Si lo anterior lo traspolamos al Estado en sus relaciones internacionales, ese Estado debe sobrevivir *vis a vis* otros Estados y debe imponer miedo sobre los súbditos. La Soberanía es el poder del Soberano detentador de un poder político absoluto “contrario a la naturaleza para garantizar la supervivencia destruyendo el miedo”, TIERNO GALVÁN, Enrique, op. cit., p. XI. Esto se ve modificado con el tiempo en cuanto este concepto en KELSEN dice relación con un Orden Jurídico. Aquí entonces nos encontramos con una modificación de la concepción de la Soberanía en Kelsen debido a que considera al Estado y al Derecho como un “sistema normativo o valorativo.” KELSEN, Hans, op. cit., 1987, p. 13. Donde la Soberanía deviene en derechos y obligaciones. Agrega en lo que nos parece una síntesis interesante: “Como concepto central de toda teoría del Estado y del derecho he presentado el concepto de norma jurídica o de proposición jurídica, como la ley del derecho que enlaza dos hechos como condición y consecuencia, bajo la forma específica del deber, es decir, normativamente” KELSEN, Hans, op. cit., 1987, p. 13.

304 RAUSTALIA, Kal, Rethinking the sovereignty debate in international economic law, *Journal of International Economic Law*, 6 (4), 2003, pp. 841-848.

305 Este concepto se hace presente hoy en la rotura de un extractor de petróleo en el fondo marino del Golfo de México.

306 CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y Derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, pp. 56 y ss. El profesor CARRILLO indica que existen “tensiones”. Tensiones que se manifiestan en el carácter sectorial de la producción normativa y en el consensualismo que rige a los tratados internacionales. Hace referencia, en lo que nos interesa, a la soberanía permanente de los estados sobre sus recursos naturales, un derecho humano fundamental que lo poseen los pueblos y se ejercen por los estados. Cfr. *Ibidem*, pp. 57-58.

inglés Thomas HOBBS³⁰⁷.

BODINO señaló:

“La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una República. Es necesario definir la soberanía porque, pese a que constituye el tema principal y que se requiere ser mejor comprendido al tratar de la República, ningún juriconsulto, ni filósofo-político la ha definido todavía. Habiendo dicho que la República es un recto gobierno de varias familias, y de lo que es común, con poder soberano, es preciso ahora aclarar lo que significa poder soberano.”³⁰⁸.

Une BODINO la Soberanía a la República, el Estado señalándole o calificándolo como Poder, es decir, derecho, absoluto, lo que significa no contrarrestable por otro Poder o Derecho al menos en el ámbito de aplicación territorial de tal Poder y, además, perpetuo, es decir, de permanente permanencia. Se enfrenta a la independencia del Soberano, del Estado, frente al sujeto.

A su vez, proponía HOBBS radicar la capacidad para dictar leyes en el Soberano pero la legitimidad restringe los lazos del Derecho estableciendo las limitaciones al Soberano y así previniendo el Abuso del Derecho³⁰⁹. Los derechos soberanos son una expresión del Derecho soberano (Orden jurídico soberano) sobre los recursos genéticos (particularmente, en lo que nos compete, Recursos Genéticos Naturales) que, a su vez, tienen origen en este fenómeno denominado Soberanía, fenómeno histórico jurídico y político que explica la relación de un Estado con otros Estado teniendo al Señor del mismo, al soberano, que podía ser el rey o el emperador y, desde otra perspectiva, la relación de este Señor, rey o emperador con lo que ocurría dentro de sus dominios como su titular. Lo anterior, con posterioridad, se trasladó al Estado, ente impersonal representante de la Nación pero no se pudo explicar el

307 HOBBS, Thomas, op. cit. p. 35.

308 BODIN, Jean, Los seis libros de la República, Madrid, Tecnos, 2006, p. 47.

309 DYZENHAUS, David, Hobbes and the Legitimacy of Law, Law and Philosophy 20, 2001, 461-498, en particular p. 462. ZAUM, Dominik, op. cit., pp. 15, 28, donde además de vincular soberanía al derecho y a la política cita a Robert Walker quien la define como “el reconocimiento de la afirmación por un Estado a fin de ejercer la autoridad suprema sobre un territorio definido”.

fundamento de su existencia aunque se pudo explicar sus efectos, en algunos casos de absoluta oposición a los derechos y garantías de sus nacionales.

De acuerdo a BROWNLIE, cuatro tipos de regímenes pueden ser descritos en relación a la Soberanía: la Soberanía territorial, el territorio no sujeto a Soberanía que posee una Soberanía por sí mismo, la *res nullius* y la *res communis*.

La Soberanía territorial se extiende sobre el territorio estatal, el territorio marítimo inmediato al territorio terrestre, el lecho marino y el subsuelo del mar territorial.

Al mismo tiempo, este concepto incluye al territorio del Estado, sus agregados conjuntamente con los gobiernos y poblaciones en las fronteras que comprende las manifestaciones físicas y sociales del Estado. En resumen, Soberanía es la expresión legal de personalidad jurídica de cierto tipo y no es lo mismo que propiedad sino que deriva de la esencia del Estado³¹⁰.

Las discusiones actuales se han desarrollado sobre la existencia originaria de la Soberanía. Los autores proponen una disminución del efecto o la desaparición de la Soberanía porque cada aspecto de las normas nacionales debe ser regulado por el Derecho Internacional Público y, por tanto, las normas internacionales se aplican de manera directa³¹¹.

El ataque contra el Poder del Estado y la Soberanía reside, en mi opinión, en el hecho que desde la década de 1960 a la fecha (y antes de dicha década también) cada dictadura, frente a las acusaciones de violación de los Derechos humanos, se defendió a través de la excusa de constituir tales abusos en “asuntos internos del país” y en muchos casos, sino en todos, constituía como base de dicho argumento el que fueren asuntos propios o que se encontraban amparados jurídica y políticamente por la Soberanía

310 BROWNLIE, Ian, op. cit. 1998 todo el texto como base del argumento.

311 RAUSTIALA, Kal, op. cit. todo el texto

estatal.

Es debido a lo anterior que en múltiples casos la Soberanía fue considerada como un elemento contrario al desarrollo al Derecho Internacional Público y a la protección del Ser Humano³¹². Sin embargo, no es lo único que se pudo incluir. Es un hecho que en los últimos cuarenta a cincuenta años la Unión Europea ha desarrollado un *corpus* jurídico que se basa principalmente en la aplicación de la normativa interestatal europea al Derecho nacional³¹³. Principalmente es posible citar sentencias como “van GENDER EN LOOS”, y otros fallos similares en que la Corte Europea de Justicia impuso el Derecho de la Unión Europea sobre el Derecho de los Estados miembros disminuyendo, como es lógico, el Poder de los mismos³¹⁴.

Lo anterior nos permite entender el origen de la idea sobre el término de la Soberanía por parte de estudiosos del Derecho Internacional Público o, al menos, su argumentación a favor de dicha conclusión aunque hoy día sean los Estados quienes pueden litigar ante la Corte Internacional de Justicia y sean los Estados quienes con su Soberanía deban someterse a los dictámenes de la Corte como aparece en el caso reciente del fallo en la controversia entre Argentina y Uruguay³¹⁵.

Sin embargo, los argumentos anteriores, precisamente la demanda presentada por Argentina, no excusan al Estado de acuerdo a la Soberanía sobre los recursos naturales (y sobre Recursos Genéticos Naturales) de protegerlos, conservarlos, *et cetera*.

Es decir, la obligación jurídica proviene de una norma legal como es la de la norma de la Convención sobre Diversidad Biológica que estableciendo la conservación

312 ZAUM, Dominik, op. cit., pp. 30-31.

313 Un caso es el de la igualdad, al respecto cfr. MEENAM, Helen (ed.), *Equality law in an enlarged European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007; JACOBS, Francis, *The sovereignty of law: the European Way*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007. Hay una serie de otras obras que no citaremos aquí pero de gran importancia para el Derecho comunitario. San Pedro, Luis, *Curso de Derecho Europeo de la Competencia*, Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Internacional de Andalucía-Universidad de Huelva, 2009.

314 CHALMERS, Damian and TOMKINS, Adam, *European Union Law Text and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 47-51, particularmente p. 49. Es en palabras de los autores la más importante sentencia porque saca la noción de convención del Derecho Internacional Público tanto en supremacía como efecto directo y por consiguiente algo más que la regulación jurídica de las relaciones interestatales para convertirse en un derecho o conjunto de normas jurídicas u Orden Jurídico per se, entre otros porque se reconoce a personas, Estados la calidad de sujetos de Derecho Europeo. Para otros casos, CHALMERS, Damian and TOMKINS, Adam, op. cit., 184 y ss. *Case 26/62 van Gend en Loos v Neederlandse Administratie der Belastingen* (1963) ECR 1. OBRADOVIC, Daniela, *European Union Law Course*, Amsterdam School of International Relations, University of Amsterdam, 1999.

315 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, op. cit., 2010.

de los Recursos Genéticos Naturales.

En un plano histórico jurídico podemos señalar que desde la perspectiva positivista, seguida desde la Ciencia jurídica en esta investigación, uno de los autores prominentes, J. AUSTIN indicó su adscripción a la idea de Soberanía³¹⁶.

AUSTIN señala que dicho concepto nace de la noción de norma jurídica que es la orden de carácter general dictada por un Soberano a sus súbditos³¹⁷. Con lo anterior se entiende que la tal norma debe contar con ser una orden, general, un soberano y, aunque lógico, súbditos. Los súbditos en el Derecho Internacional Público (Orden jurídico internacional) son los que poseen personalidad jurídica internacional, es decir, quienes cuyos actos son válidos jurídicamente, en el Orden jurídico nacional en cambio son los sujetos de Derecho nacionales que, poseedores de personalidad jurídica, pueden actuar válidamente en dicho Orden.

Luego, también es necesario explicar que los súbditos se entienden hoy en día quienes son ciudadanos o nacionales o viven en un Estado y digo lo anterior porque los términos indicados no son sinónimos sino que implican una mayor amplitud de sujetos aunque no de derechos, es decir, su amplitud es subjetivo mas no objetiva.

Objetivamente están ligados, vinculados a un Orden jurídico estatal y, de acuerdo a las opciones contemporáneas en la materia, a los Órdenes jurídicos interestatales o internacionales.

Es necesario, a su vez, que los súbditos sean ordenados por un Soberano, es decir, una persona poseedora de facultades para ordenar y mandar. Más aun, la Soberanía es un elemento de la norma fundante, un supuesto, donde, además, se indica que dicha “Soberanía” representa la adscripción de los órdenes jurídicos estatales se

316 RAZ, Joseph, El concepto de sistema jurídico, Universidad Nacional Autónoma de México, (Traducción R. Tamayo Salmorán), Universidad Nacional Autónoma de México, 1986. p.22-23.

317 RAZ Joseph, op. cit., p. 23.

someten a Orden jurídico internacional, al menos, en KELSEN³¹⁸. Aunque inmediatamente KELSEN pregunta acerca de la validez del Derecho Internacional Público respondiendo que la misma se encuentra en la Soberanía de cada Estado³¹⁹.

El principal problema en el ámbito ambiental es explicar el fundamento del Estado en detentar esta Soberanía para tomar decisiones que afectan la vida de las personas y la protección jurídica de recursos naturales (y Recursos Genéticos Naturales) propios o de terceros.

Esta explicación se basa en la Soberanía estatal sobre los recursos naturales y sobre los Recursos Genéticos Naturales y los Recursos Genéticos Naturales fuera del ejercicio dicha Soberanía (el caso en que hubieren sido transferidos lícitamente) se regulan por otras normas jurídicas.

El concepto de los derechos provenientes de la Soberanía se interconecta con el concepto de Soberanía territorial. Desde que el patrimonio del Estado tiene como uno de sus orígenes al territorio de un Estado es necesario considerar la extensión del territorio mismo como límite del ejercicio de la “Soberanía Permanente sobre los Recursos naturales” y los derechos derivados de las mismas. En el caso de la violación del patrimonio del Estado parece lógico que la primera violación posible aparecerá de la extracción de los recursos mismos desde el territorio del Estado. Un caso obvio será, en segundo lugar, la extracción de los recursos desde el patrimonio del Estado.

KELSEN entiende que la Soberanía es un elemento del Estado equivalente al Orden jurídico y nosotros afirmamos que una serie de derechos derivados de la Soberanía son derechos soberanos.

KELSEN insiste en dos puntos relevantes, uno que la Soberanía es fundamental para la tesis de la primacía del Orden jurídico estatal y, dos, la misma es un presupuesto

318 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, p. 228.

319 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, p. 336.

de un Orden normativo “como orden supremo no derivable, en su orden normativo como orden supremo no derivable, en su validez, de ningún orden superior”³²⁰.

KELSEN, en cambio, considerando al Estado como un Orden jurídico normativo entiende a esta característica del Estado, la Soberanía, como un derecho propio del Estado y, a la vez, éste puede ser el fundamento jurídico del Orden jurídico. Así también la Soberanía es el fundamento de dicho Orden jurídico. Es el término de la idea de dualismo Estado-Derecho, es decir, la Soberanía pasa a convertirse en un concepto jurídico como un derecho propio del Estado y éste se ejerce en el Orden jurídico nacional e internacional. La Soberanía es la representación del Estado en cuanto a Poder en el Orden jurídico. El Estado es un Orden jurídico (total o una parte del mismo) ya que sólo el Derecho puede nacer o hacer nacer al Estado desde un punto de vista jurídico y por consiguiente el Estado sólo puede concebirse como Derecho³²¹. El Estado en la concepción kelseniana, es un Orden jurídico total y no parcial que crea y es creado por el Derecho y a través de él ejerce los derechos y cumple las obligaciones nacidas de su vida jurídica. De allí también su independencia jurídica porque sólo un Orden jurídico independiente da lugar a un Estado independiente y con ello, soberano. La Soberanía, entonces, es la marca de la independencia del Estado³²². Estas expresiones no son inocentes, tienen un sentido práctico a fin de distinguirse de otras teorías y aceptar, además, el Derecho positivo como objeto de la Teoría pura del Derecho. Es más, Soberanía y positivismo se unen debido a que “sólo un orden positivo puede ser soberano”³²³. Agrega que es una propiedad del Poder del Estado. Nosotros la hemos considerado como tal, una característica de dicho Poder, externa al mismo, esencial a éste. Agrega que es “esencial a éste”³²⁴.

320 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, p. 336.

321 LEGAZ I LACAMBRA, Luis, op. cit., pp. 66-67.

322 LEGAZ I LACAMBRA, Luis, op. cit., pp. 66-67.

323 LEGAZ I LACAMBRA, Luis, op. cit., pp. 243-244.

324 KELSEN, Hans, Teoría General del Estado, (Traducción de Luis LEGAZ y LACAMBRA), Editoria Nacional, México, 1965, p. 133.

La Soberanía es una propiedad del Estado y no de uno cualquiera de sus órganos. Indica KELSEN que el Poder del Estado es soberano y lo que ello significa es que es un Poder supremo y sobre él no hay ningún otro Poder. Si el Poder es voluntad, continúa nuestro autor, entonces no hay otra voluntad sobre él, concluye³²⁵. La Soberanía es “propiedad del Derecho por ser propiedad del Estado”. Categóricamente lo afirma el profesor KELSEN. La Soberanía es un problema tanto de la Teoría del Derecho como de la Teoría del Estado pese a la desconsideración de la primera respecto del tema. Es necesario entender la Soberanía en su plano jurídico. Agrega luego Kelsen que se busca determinar si el conocimiento del Estado usa o no un modelo de explicación con “arreglo al cual subsista la Soberanía de cada Orden jurídico estatal; o sí, por el contrario, sólo presupone como soberano el orden jurídico internacional.”³²⁶. Ocurre en 1925, porque es en ese momento cuando es publicado en Alemania la “Teoría del Estado” de KELSEN³²⁷. Esta afirmación se hace porque la discusión la sitúa KELSEN en los fundamentos de la Teoría del Derecho y del Estado y si consideramos que la Soberanía se corresponde al Orden jurídico, independiente, entonces debe llevarse al problema del fundamento de tal Orden jurídico, si dentro o fuera del Orden jurídico nacional. Afectaría, en principio, directamente la Soberanía y los derechos derivados de la misma en cuanto a la existencia de tales derechos poseen su fundamento en el Orden jurídico nacional o internacional.

KELSEN, sin embargo, y sin querer agotar el tema, señala alguna de las consecuencias de estas ideas. Una discusión planteada es si la Soberanía se basta con el Orden jurídico estatal o requiere del Orden jurídico internacional. La respuesta la inicia el autor señalando, como hemos indicado, que el Estado es el Orden absolutamente supremo y no puede reconocerse, en principio, la justificación del Orden jurídico estatal

325 KELSEN, Hans, op. cit., 1965, p. 133.

326 KELSEN, Hans, op. cit., 1965, p. 133.

327 KELSEN, Hans, Allgemeine Staatslehre, J Springer, Berlin, 1925, traducida por el professor LEGAZ y Lacambra ya referida, KELSEN, Hans, op. cit., 1965.

mediante otra norma jurídica, salvo la “norma fundamental” que por un escalamiento, propuesto por uno de los discípulos de KELSEN, concluimos con esta norma jurídica³²⁸.

La Soberanía es expresión de unidad de un Orden jurídico. “La expresión de esta unidad es la Soberanía del Estado”³²⁹, y la misma unidad expresa la existencia de un solo Orden jurídico, independiente y autónomo³³⁰. Pero la Soberanía en el Derecho interno e internacional se manifiesta de manera diversa. Si en el plano interno es plenamente independiente de todo otro Orden jurídico, en el plano internacional se somete a las normas jurídicas externas a la Soberanía interna³³¹. Es decir, se transfieren normas jurídicas internacionales y se las somete a la Soberanía nacional debido a que los Poderes son “coordinados” debido a un proceso de correlación con otros Poderes existentes, otros Órdenes jurídicos, Estados (hoy, eventualmente, organizaciones internacionales interestatales) y situados bajo un mismo Orden jurídico que determina sus relaciones recíprocas³³². Concluye KELSEN que “[e]l Estado no es ya tampoco en el interior un orden supremo, pues tiene sobre sí un orden superior: el orden jurídico internacional, del cual dependen en su totalidad los distintos órdenes estatales (...)”³³³. La Soberanía, desde el punto de vista interno, es una supremacía interna, es jurídicamente omnipotente y sólo tiene este Poder jurídico; por consiguiente tiene “supremacía de competencia”³³⁴. Además, considera KELSEN que el Estado tiene un Poder ilimitado aunque puede no regular ciertas materias con lo cual limita su actuar. Es decir, podría, si no existiera una obligación internacional, no regular lo relativo al

328 KELSEN, Hans, op. cit., 1965, pp. 134-135.

329 KELSEN, Hans, op. cit., 1965, p. 137.

330 KELSEN, Hans, op. cit., 1965, p. 137.

331 KELSEN, Hans, op. cit., 1965, pp. 138-139.

332 KELSEN, Hans, op. cit., 1965, pp. 138-139.

333 KELSEN, Hans, op. cit., 1965, pp. 138-139. Donde además se indica que si hay una esfera jurídica externa, el Estado no es soberano sobre esa esfera jurídica. Esta forma de razonar dice relación con las razones para la acción en cuanto el fundamento de un Orden jurídico y la concepción acerca del Derecho que se tengan necesariamente que las razones para la acción en materia jurídica podrían ser externalistas al sujeto, los “enunciados de razón son verdaderos o falsos en relación al mundo e independientemente de las motivaciones del individuo” REDONDO, Cristina, ¿Razones internas vs. Razones externas?, Isonomía, Número 4, Abril de 1996, p. 135.

334 KELSEN, Hans, op. cit., 1965, pp. 138-139.

Acceso a sus Recursos Genéticos Naturales o también, podría no regular lo relativo a la petición de protección jurídica a los resultados del procesamiento de los Recursos Genéticos Naturales. Puede llevarnos a considerar que el Estado de Derecho no es más ni menos un Estado en donde existe la regulación jurídica pudiendo el mismo ser democrático o autocrático³³⁵. Desde un punto de vista jurídico formal la Soberanía es un orden unitario y único y excluye los restantes órdenes³³⁶. Pero lo anterior, no es lo único y para efectos de entender la existencia de un nuevo concepto donde se observan derechos de Soberanía, jurídico material, citamos que al concepto de Soberanía:

“(…) se pretende señalarle un determinado contenido, resolviéndolo en una serie de competencias o facultades del Estado, presentándolo como un conjunto de derechos subjetivos cuyo pleno goce corresponde al ideal del Estado (…)”³³⁷.

Sólo se enumeran los importantes, los que considera la actual Teoría del Estado como Derechos internos porque un catálogo es presentar todas las competencias materiales que tiene el Estado dentro del ámbito territorial³³⁸. Es un *numerus apertus*.

En términos similares se refiere KELSEN al mismo tema posteriormente³³⁹.

En conclusión, esta hipótesis de Soberanía manifiesta superar otras hipótesis en que la Soberanía no posee la importancia de constituir un Orden jurídico, y los derechos soberanos, así como la noción normativa de la misma. Además, tales normas jurídicas expresan derechos y obligaciones con fundamento en el Derecho Internacional Público. Y tales derechos son expresados de manera de constituir obligaciones para todos los Estados y no sólo derechos para unos.

En el caso de AUSTIN la situación es similar en el sentido que es la Soberanía el

335 KELSEN, Hans, op. cit., 1965, p. 142.

336 KELSEN, Hans, op. cit., 1965, p.142

337 KELSEN, Hans, op. cit., 1965, p. 143..

338 KELSEN, Hans, op. cit., 1965, p. 143.

339 KELSEN, Hans, Teoría del Derecho y del Estado, Porrúa, México, 1967, p. 365.

elemento fundamental, constitutivo de su teoría del Orden jurídico. Es producto de su definición de norma jurídica (o “disposición jurídica” en la traducción del Profesor R. TAMAYO-SALMORÁN)³⁴⁰. El criterio de existencia los indica RAZ indicando que son: 1.- El legislador es un soberano, 2.- Si el sistema jurídico es eficaz. Para alcanzar a dos se requiere que los mandatos del soberano sean generalmente obedecidos³⁴¹.

¿En qué sentido auxilia la explicación de AUSTIN a la comprensión de esta materia?³⁴²

Nos permite entender lo que la Soberanía a nivel interno primero y luego a nivel internacional admite y restringe y cómo puede lograr que se protejan los derechos de un detentador o sujeto de Derecho de los derechos soberanos por la ley nacional de otro Estado.

La obediencia de un sujeto a otro define el asunto, según AUSTÍN, y, de acuerdo a las concepciones más acabadas sobre el tema, dicha obediencia es la que permite entender a gran parte de muchos autores en esta materia. Dicha obediencia debe efectuarse como hábito y en relación a una persona³⁴³.

A su vez, en AUSTIN se presentan las siguientes características relacionadas con la Soberanía: la misma es no subordinada en cuanto el Poder legislativo soberano no puede ser conferido por una disposición jurídica y “este poder legislativo no puede ser revocado jurídicamente”; la Soberanía es ilimitada porque puede legislar cualquier disposición jurídica, y no puede ser sometido a deberes jurídicos en el ejercicio de su Poder legislativo.

Lo afirmado lleva a plantear que este atributo del Estado se explica de manera única, imposible de modificar en cuanto a su existencia y de la esencia del que detenta

340 RAZ, Joseph, op. cit., nota 149, p. 24.

341 RAZ, Joseph, op. cit. p.24.

342 KELSEN señala que en 1919 había iniciado un estudio sobre la materia pero que luego, al estudiar el punto, se dio cuenta que AUSTIN había iniciado el análisis de la soberanía. Kelsen indica luego que soberanía, Estado y Norma jurídica son equivalentes en cuanto que un Estado ejerce soberanía a través de las normas jurídicas, cfr. KELSEN, Hans, Autobiografía, Universidad Externado de Colombia, 1ª Edición, 2008, (traducción de Luis Villar Borda), pp. 111, 112; KELSEN, Hans, Compendio de Teoría General del Estado, Gernika, México, 2009, pp. 34-39, 45-48.

343 RAZ, Josep, op. cit., p. 24.

la calidad de soberano y que desarrolla sus actividades en los ámbitos jurídicos nacionales e internacionales.

Es esta la que justifica la exigencia a cualquier país para que efectúe en su legislación nacional las modificaciones necesarias a fin de cumplir con la protección de los derechos soberanos de otros Estados, en nuestro ejemplo del inicio, que no ampare la obtención ilícita del automóvil si llega al hogar del ladrón para ser guardado y se solicita el reconocimiento de la propiedad, tomando los resguardos jurídicos necesarios.

Lo dicho, se aplica a todo Estado, aunque en muchos casos esta obligación incumba modificar la legislación nacional. Hasta aquí se pueden afirmar algunas cosas de la Soberanía según KELSEN y AUSTIN. RAZ, a su vez, hace ver algunos de los problemas de la aplicación de la teoría de AUSTIN sobre la Soberanía en el siglo XVIII desde la perspectiva del siglo XX. Así indica en su tesis doctoral citada que AUSTIN considera como propios del concepto de Soberanía, los elementos básicos de una absoluta aplicación de la misma, la imposibilidad de auto imponerse derechos y obligaciones como Soberano debido a que existe un Cuerpo Legislativo independiente de otros Cuerpos Legislativos pudiendo dictar normas jurídicas propias.

A lo indicado, RAZ lo critica diciendo que AUSTIN es poco convincente dado que una persona no puede tener un derecho sobre el cual ella tiene control tanto exclusivo como completo. Pues bien, la crítica de RAZ resulta completamente correcta en cuanto no existan limitaciones (cuestión que hoy día existe en el Orden jurídico de los países) a los derechos del soberano, pero más aun, hoy existen limitaciones al Derecho de los soberanos a nivel internacional, es decir, principios internacionales y nacionales relativos a normas jurídicas de carácter penal así lo indican, por ejemplo, nadie puede ser condenado sin la existencia de una descripción previa al hecho del delito por el cual se le condena.

Resulta relevante determinar que la Soberanía hoy día implica una serie de derechos para los Estados, y, a la vez, una serie de obligaciones y limitaciones a nivel internacional y nacional y, a su vez, los derechos son los que permiten decidir la manera o forma en que habrá de aplicarse la norma jurídica del artículo 15 a fin de proteger los mismos derechos del Estado así en la legislación del Estado que dictó norma relacionada al Acceso como en el Estado accedente e inclusive en el Estado donde se solicite la protección de los derechos de quien ha encontrado algún resultado en los Recursos Genéticos Naturales activos debido a que nadie puede excusarse en su Soberanía de no proteger los derechos de otro Estado sobre los Recursos Genéticos Naturales bajo el argumento de encontrarse sometido a los derechos soberanos de ese otro Estado.

Volvamos a AUSTIN cuando indica que: “Las leyes propias o propiamente así llamadas son comandos: leyes que no son comandos o no son leyes o han sido impropriadamente así llamadas”³⁴⁴.

En lo que nos interesa Austin diferencia entre cuatro tipos de leyes, la segunda, leyes positivas “leyes que son simple y estrictamente así denominadas y que forman la materia apropiada de la jurisprudencia general o particular”³⁴⁵. La nueva referencia a Austin se debe a que sin las normas jurídicas, leyes en su terminología, no es posible entender la Soberanía, es decir, es inherente a la misma la existencia de normas jurídicas. La Soberanía da pábulo a las leyes. Además, resulta ilustrativo de lo que es Soberanía para los autores que veremos en un momento o a los cuales hemos hecho referencia más arriba. Estas características son propias o de la esencia de los Estados y no representan sino los medios que poseen los mismos para cumplir su cometido aunque, como se ha criticado, sean utilizadas de manera contraria a los Seres humanos

344 AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence determined*, VII, John Murray, Albermarle Street, Printed by John Taylor, 1832, p. X.

345 AUSTIN, John, *op. cit.*, p. X.

que constituyen la Nación

La capacidad de poder dictar leyes que han de ser obedecida es una característica fundamental de la Soberanía, de otorgar al Estado la capacidad de entrar en negociaciones con otros entes titulares de Soberanía (los Estados) y finalmente exigir que los derechos propios y dimanantes de dicha Soberanía no sean violados y sean respetados aun en el sistema jurídico de otro Estado, cuestión compleja de entender así como una cuestión más política pero fuertemente enraizada en materia jurídica que es el control sobre los recursos que son propios.

Los pensadores políticos que sustentan la Soberanía

Los pensadores políticos europeos han desarrollado el tema de la Soberanía desde fines de la Edad Media. Sin embargo es Nicolás MAQUIAVELLO y, particularmente, Thomas HOBBS, quienes han efectuado aportes que analizaremos en estas líneas y Juan BODINO. No podemos profundizar mayormente en otros autores pero he de mencionar que uno de los primeros en indicar a la Soberanía como referente en la Historia de las Ideas Políticas es Nicolás MAQUIAVELLO en su obra “El Príncipe”. Indicó, precisamente, el que este concepto permitía a un Estado protegerse frente al ataque de otros Estados, así como la toma de control del orden por medio de vejaciones a los súbditos, teniendo a los que se les ha causado un mal como enemigos del Príncipe.

En el primer sentido MAQUIAVELLO da ejemplo de unidad entre Estados “con otros soberanos” que representaban a otras ciudades o países, es decir, ejercían la Soberanía como Estados, quienes lucharon para arrojar a los franceses fuera de una de estas ciudades. Dice MAQUIAVELLO del nuevo Príncipe, “soberano” que adquiere un Estado que para mantenerlo debe haberse extinguido la antigua dinastía y debe dejar sus

leyes inalteradas y no aumentar impuestos, así no se siente el paso de antiguo a un nuevo Estado. La fijación de residencia del Príncipe en el Estado es fundamental porque así resuelve los desordenes inmediatamente e inclusive se refiere a otros Estados que sean o más o menos poderosos³⁴⁶. Una especie de “consejos varios para mantener la Soberanía”.

La Soberanía en pequeñas ciudades-estados de Italia constituía un elementopreciado de sobrevivencia a fin de evitar la intromisión de vecinos o potencia que pudieran destruir al país anexándolo, al Estado suprimiéndolo o como más de algún biógrafo de MAQUIAVELLO ha indicado, la libertad y la posibilidad de la existencia de una Republica, “leit motiv” del florentino en su actividad política pese a haber escrito un libro completo para un príncipe.

No es del interés de esta investigación adentrarnos en la vida y obra de MAQUIAVELLO pero podemos concluir y afirmar que, en lo que se refiere a la noción de Soberanía, este pensador italiano buscó de manera concreta la protección de su ciudad-estado a través de tal noción, indicando la diferencia de Poder, sólo interno, la protección de tal Poder y su expresión posterior como Poder externo en relación hacia otros Estados y príncipes (de ahí la relación entre Estado y príncipe). Lo explicado no es menor en la Historia de las Ideas Políticas.

Es dable indicar que una relación entre control de la vida pública y del Orden público a fin de lograr la seguridad de los ciudadanos, dada la situación política altamente inestable en la Florencia de MAQUIAVELLO, es un elemento que se ha mantenido y perdurado hasta hoy como una de las conclusiones más importantes de este pensador italiano.

No podía plantearse este pensador la posibilidad de protección de la Soberanía

346 MAQUIAVELLO, Nicolás, El Príncipe, Traducido del Toscano al Español, Madrid, de la Imprenta de D. León Amarita, Carrera de San Francisco, número 1, 1821, pp. 1,4, 5, 7, 11. En el prólogo a este texto, prólogo del traductor, se discute la repugnancia por la obra de Maquiavello y es interesante que se contraponen al Príncipe y su patrimonio unido a la razón de estado, cercana a la idea de soberanía, a las nociones de Justicia y Equidad, MAQUIAVELLO, Nicolás, op. cit, p. VIII. Como habrá de verse esta noción luego se ve modificada por la de una soberanía activa en el plano internacional, protegiendo los recursos que si bien pertenece al Estado los detentadores de las mismas son las personas y la nación toda.

de Florencia en otros Estados, ni el sistema internacional del siglo XVI ni la concepción jurídica de aquel tiempo lo hubiere permitido. No es sino hasta el siglo XX y principalmente XXI en que es posible proponer esta idea y nosotros la presentaremos a propósito de los recursos naturales de carácter genético pertenecientes al Estado.

Es más, se debía, a lo menos, obtener el permiso del Príncipe o señor de la ciudad-estado o del Estado para poder ingresar y pasar por su territorio. Manifestación de esta expresión fue, la solicitud de permiso del Emperador Carlos V o Carlos I o Carlos de Habsburgo al rey de Francia Francisco I para pasar desde España a Bélgica o Flandes con el objeto de poder acabar con una rebelión en dichos dominios³⁴⁷.

En el caso de HOBBS la visión de mundo difiere de la de MAQUIAVELLO por las circunstancias que le toca vivir. La época de HOBBS era diferente a la de MAQUIAVELLO donde un Estado no se encontraba en la situación de creación sino bajo amenaza o ataque³⁴⁸. HOBBS ha indicado que una comunidad (“Commonwealth” en un concepto antiguo) en nuestros días podría concebirse como Estado, “se genera cuando sus miembros, luego de escoger a uno como representante, debe autorizar todas las acciones y todos los juicios de ese Ser humano o asamblea de seres humanos, como si fueren propias, con el fin de vivir pacíficamente entre ellos y ser protegidos contra otros seres humanos”³⁴⁹.

De “esta institución de la comunidad se derivan todos los derechos y las facultades de él o ellos, en quien los Poderes soberanos son conferidos por el consentimiento de las personas reunidas”³⁵⁰. En este sentido, “una vez que se ha acordado por los miembros de una comunidad que una asamblea o un Ser humano los representará, no hay posibilidad legalmente de generar un nuevo convenio o tratado

347 MAQUIAVELLO, Nicolás, op. cit.

348 HOBBS, Thomas, *Leviathan or Matter of Forms & Power of a Commonwealth Eciesiastical and Civil*, Andrew Crock, at the Green Dragon in St. Pauls Church yard, London, 1651, p. 107 ss.

349 HOBBS, Thomas, op. cit., p. 107.

350 HOBBS, Thomas, op. cit., p. 107.

para ser obedientes, entre los mismos, a otro”³⁵¹. Por lo tanto, los que están sujetos a una monarquía, afirma HOBBS, no pueden cambiar a otro sistema político³⁵².

Están reunidos en torno al Soberano y no podrían luego dejarlo, HOBBS confunde o reúne en un concepto “Soberano” y “Monarquía” aunque deja de lado, al establecerse al soberano, la forma de gobierno (diríamos hoy día) y sólo habla de un “estado de naturaleza) desde donde se llega a un acuerdo y al nombramiento de uno que representa a los demás”, el soberano que podría o puede tomar la forma de una monarquía aunque, para HOBBS, sea la forma que él desarrolla en esta sección del texto³⁵³. No puede acabar con su soberano porque si es injusto acabar con otro Ser humano y ser, por tanto, aplicado sanción por la autoridad, también debe pensarse que acabar con el soberano es un atentado³⁵⁴. Del mismo modo, en el caso de un acuerdo con Dios, se excluye³⁵⁵.

Luego HOBBS discute acerca de las formas de celebrar los acuerdos o convenios, y previene que en caso de quiebre o violación del acuerdo no habrá un juez que resuelva el conflicto sino deberá ser la espada misma³⁵⁶. En el punto séptimo de su descripción de los elementos o características que confluyen en el soberano señala que éste tiene “todo el poder de prescribir las reglas donde cualquier Ser humano pueda reconocer cuáles son los bienes que puede disfrutar”³⁵⁷. El soberano a través de su Poder busca la paz. Se indica en el número ocho el derecho de tener una judicatura, de hacer la guerra o firmar la paz, el de castigar penalmente.

Entonces, de acuerdo a HOBBS estos son los derechos que constituyen la esencia de la Soberanía política porque, luego veremos, hay otros derechos que son de

351 HOBBS, Thomas, op. cit., p. 107.

352 HOBBS, Thomas, op. cit., p. 107.

353 El “estado de naturaleza” es aquel donde los seres humanos actúan de manera individual y libre.

354 HOBBS, Thomas, op. cit., p. 107.

355 HOBBS, Thomas, op. cit., p. 107.

356 HOBBS, Thomas, op. cit., p. 108.

357 HOBBS, Thomas, op. cit., p. 108.

la misma esencia. Incluye dentro de esta esencia otros Poderes de carácter económico³⁵⁸.

Es más, agrega el autor que frente al Soberano todos carecemos de prerrogativas³⁵⁹.

Podemos indicar que HOBBS nos señala las características y derechos a la noción de Soberanía incluyendo la noción de derechos soberanos que dicen relación con la existencia del Estado. Donde HOBBS habla de soberano hoy día debe entenderse Estado y es un Estado que para sobrevivir tiene el Poder Absoluto.

Finalmente, otro adalid de la Soberanía es Juan BODINO. En el capítulo X del Libro I del texto intitulado “Los seis libros de la República” este autor desarrolla de modo sistemático la noción de Soberanía.

El capítulo X se define como “De los verdaderos atributos de la soberanía” y señala o se inicia en la noción de Dios como elemento de mayor trascendencia sobre la materia siguiendo la idea que los Príncipes soberanos son los que siguen de él. Debido a lo anterior es que el ataque al Príncipe es el ataque a Dios mismo.

El Príncipe soberano reúne en sí una serie de características diferentes a las de los súbditos que ordena. Indica que el primer atributo es dar leyes a todos en general y a cada uno en particular de manera independiente o autónoma ligando dichas autonomía y libertad a la inexistencia de un Poder superior.

Esta facultad de dictar las normas jurídicas denominadas leyes las hace para todos, en general, o para algunos, en particular a quienes se les otorgan ciertas granjerías. Aun las leyes y las costumbres las hace residir en el Soberano.

El tercer atributo de la Soberanía es instituir a los “oficiales principales”. También posee el derecho a la última instancia en el sentido de otorgar gracias o

358 Es interesante hacer notar que la expresión “derechos soberanos” se emplea ya en Hobbes, cfr. HOBBS, Thomas, op. cit., p. 112.

359 HOBBS, Thomas, op. cit., p. 112.

permisos, lo anterior, particularmente en materia de crímenes. Así también es titular del Derecho de amonedar de establecer medidas y pesos, de gravar a los súbditos con impuestos y contribuciones, o de eximir de alguno de ellos³⁶⁰.

A su vez, en el Libro I pero en el Capítulo VIII, indica que la Soberanía es el Poder absoluto y perpetuo de una República. Es perpetuo aunque puede ocurrir que se conceda Poder absoluto a uno o varios por tiempo determinado que no son más que súbditos.

El Príncipe soberano es aquel que ostenta Soberanía, y, si se entrega a uno por un tiempo determinado, es el caso de una República de carácter democrático, no se detenta la Soberanía porque al dejar de ser señor se convierte en ciudadano.

Se distingue entonces entre la Soberanía y el Príncipe soberano, la primera que puede fraccionarse, entregarse a un sujeto por un tiempo, en cambio, el Príncipe soberano la detenta por el tiempo que considere necesario sólo posible de dar cuenta a Dios. Estas exposiciones acerca de la Soberanía han seguido a los Estados como elementos esenciales desde BODINO aunque no es posible situarla expresamente en BODINO sino que fueron formuladas y extraídas de la realidad política y jurídica desde MAQUIAVELLO y, posiblemente, desde el feudo o la sociedad política feudal, aunque lo último es una afirmación que no estudiaremos por lo limitado de este trabajo.

La “Soberanía” en España conforme a Hobbes, Maquiavello y Bodino

Una primera pregunta que nos anima es este apartado es determinar si, en caso que fuere posible, la teoría de la Soberanía de MAQUIAVELLO y de HOBBS hubieren sido recogidas en España. De pronto es posible dar una respuesta positiva en el caso de MAQUIAVELLO y del mismo modo en HOBBS. En el segundo nos encontramos con que su teoría fue de alguna manera recogida en el modelo Borbón de

360 BODINO, Juan, Los seis libros de la República, Universidad de Valladolid, Área de Derecho Constitucional, Valladolid, 2000.

gobierno debido al autocratismo que caracterizaba a los reyes franceses. No debieron haber aceptado que fuere la voluntad de los vasallos producto de un acuerdo el que los ungiera señores del Reino de España. No olvidemos, sin embargo, que esta teoría de la Soberanía (es decir, aquella que indica que para ser rey al menos en Castilla y no sólo allí tuvo con fuerza en la Edad Media y en el Renacimiento) tuvo fuerte implicancia en el desarrollo histórico así como político de España. Un “botón de muestra”, las exigencias de Rodrigo DÍAZ DE VIVAR al rey Sancho o la obra de Lope de Vega, “Fuenteovejuna” donde se sintetiza esta idea con el grito “Viva la Monarquía y muera el mal gobierno”.

Es más, al primer rey de la dinastía borbona, de cuna francesa, se les exige obediencia a los señores del reino en cuanto es este el modo en que debía procederse debido a que los mismos representaban al pueblo.

Más aun, debo indicar que en 1810, los criollos no peninsulares se rebelaron contra la toma como prisionero del rey de España y se constituyeron “Juntas de Gobierno” (nombre que luego ha sido rechazado como sinónimo de dictadura) a fin de poder gobernar en nombre y representación del rey³⁶¹.

Éste, una vez vuelto al Poder, a través de sus virreyes y sin entender esta vieja consigna de la Edad Media española (el Poder vuelve al pueblo si no se detenta por su titular) ordena la represión lo que genera las guerras de la independencia en toda Ibero América³⁶².

Es decir, existe una corriente no menor en cuanto a fuerza intelectual que asume los postulados de HOBBS pero no directamente de él, en España, sino que provienen, dichos postulados, de la idea de comunidad electora de un rey, el rey carente de responsabilidad y la presencia de la asamblea en caso de falta o ausencia del rey o

361 EYZAGUIRRE, José, Emancipación y ruta de la Independencia de Chile, Editorial Zig-Zag, Santiago de Chile, 2001

362 Nos detendremos en esta versión que ha sido desarrollada por diversos historiadores en Chile cfr, EYZAGUIRRE, José, Emancipación y ruta de la Independencia de Chile, Editorial Zig-Zag, Santiago de Chile, 2001. Se ha indicado por historiadores, a propósito del bicentenario de la Independencia de los países americanos que habría sido ésta un plan urdido por el servicio secreto inglés por medio de una tal “Logia Lautarina” (existente a la sazón). La relación entre el servicio secreto inglés y la logia mencionada no ha podido ser mencionada.

soberano, y que tiene su origen en concepciones de Orden político europeo.

La noción de “razón de Estado” se aceptó en España pese a la abierta oposición de Pedro RIBADENEYRA y Juan de MARIANA³⁶³. En este quehacer aparece en Europa la figura de Juan BODINO³⁶⁴. BODINO desarrolla la idea de Soberanía así como la noción de los Derechos de la Majestad. Tanto las concepciones de BODINO como las de MAQUIAVELLO, alejadas de la noción de aplicación de una Soberanía mayor proveniente de la Iglesia Católica fueron duramente discutidas y atacadas por la misma y por diversos especialistas como los nombrados anteriormente. Al Poder se le oponía el orden a tal Poder, es decir, se aplicaba la noción de “límites” al Poder del soberano. Se aceptaba la Soberanía pero se la limitaba a fin de salvar a la persona humana y la sociedad civil³⁶⁵.

La Soberanía y sus derechos sobre los Recursos Genéticos Naturales de animales, plantas y microorganismos

En este marco jurídico filosófico aparece el concepto de “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” y particularmente, Recursos Genéticos Naturales o de plantas, animales o microorganismos. Este es un concepto derivado de la noción de Soberanía como Poder de la República o del Estado. Este Poder no puede ser puesto en duda, cuestión generada porque se ponía en duda jurídicamente y prácticamente al ser explotados recursos naturales de cualquier tipo por países o personas naturales o jurídicas externas al Estado en el cual se desarrollaba la explotación y, luego, al expulsar a tales empresas o personas naturales las mismas reclamaban protección de sus Estados desde un punto de vista jurídico y desde un punto de vista militar.

363 MAQUIAVELLO, Nicolás, op. cit., p. VIII. MIRETE, José Luis, Maquiavelo y la “recepción de su Teoría del Estado en España” (siglos XVI y XVII), Anales de derecho, Universidad de Murcia, Número 19, 2001, pp. 139-144.

364 MÜLLER-ÜHLENBROCK, Klaus Theodor, El significado de la soberanía en el sistema internacional de Estados. Origen, tipos y estadios de la estatalización en MÜLLER-ÜHLENBROCK, Klaus Theodor y BECERRA RAMÍREZ, Manuel, Soberanía y Juridificación en las relaciones internacionales, Facultad de Estudios Superiores de Acatlán, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pp., 1-54, HUESBE, Marco, op. cit., p. 15ss.

365 MIRETE, José Luis, op. cit., p. 141.

Sin embargo, la protección jurídica violaba los derechos del Estado derivados de la Soberanía que el Estado tiene sobre los Recursos Genéticos Naturales, recursos en su territorio y concedidos en su explotación pero cuya relación jurídica fundada en el vínculo jurídico entre Estado y Objeto jurídico no podía ser transferido a una persona natural o jurídica de cualquier especie y sólo podía ser dada, si se nos permite la analogía conceptual con el derecho de propiedad, el uso más no el goce y no la disposición porque se efectuaba a través de una concesión. Tal acto jurídico tomaba la forma de contrato. Frente al desconocimiento jurídico y de hecho de los Estados a los cuales la persona natural o jurídica vinculaba su nacionalidad se configuró el reconocimiento a la Soberanía Permanente de un Estado sobre los Recursos Naturales, primero en las declaraciones a las cuales se ha hecho alusión y luego en los tratados analizados en esta investigación.

Según lo hemos indicado anteriormente los recursos genéticos son, sin duda un concepto genérico que comprende los Recursos Genéticos Naturales por cuanto depende la fuente de los mismos la regulación a la cual se someten. Otro problema no menor es el de la pertenencia de los recursos genéticos a los recursos naturales, como concepto jurídico. Lo anterior, es así, pertenece el recurso genético al recurso natural por cuanto el término recurso, sustantivo, implica un Objeto de derecho, un bien, bajo la regulación jurídica de una norma jurídica: en el caso en cuestión, bajo la regulación de la norma jurídica contenida en el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica.

Es decir, los recursos naturales se encuentran sometidos al Orden jurídico y a las normas jurídicas estatales y es el Estado quien ordena jurídicamente tales objetos de Derecho pero no pueden sino estar bajo el Poder que entrega la Soberanía, este concepto nacido con MAQUIAVELLO que luego BODINO recoge y estudia y que permite dentro de los límites jurídico-territoriales del Estado hacer lo que el Soberano desee que

amparando en la regulación jurídica Objetos de Derecho, bienes, como los recursos naturales, los recursos genéticos y los Recursos Genéticos Naturales.

Esta regulación está protegida por el Derecho Internacional Público y por el Derecho Ambiental pero tiene sus fundamentos en los Derechos humanos. Es decir, en la unidad jurídica del Orden jurídico y en la norma jurídica se encuentra el fundamento de unidad para la regulación de tales recursos, conforme desarrollamos en este texto y que se basa en lo que se considera fundamental en la materia, a saber, la unidad en la regulación por ser los presentes Objetos jurídicos sometidos a la Jurisdicción del Estado que no es sino la Soberanía del mismo a efectos de su regulación.

Esta es una modificación de lo planteado por teóricos jurídicos en cuanto que la Soberanía es un concepto puramente político o, siendo jurídico, es un concepto que fundamente el actuar carente de límites del Estado. Aquello está lejos de la verdad, la regulación a través de normas jurídicas implica una limitación clara en cuanto a la inseguridad jurídica y a la arbitrariedad en dicho actuar. Implica, además, que al Estado se le debe respeto en sus derechos, planteados anteriormente y si los mismos son incumplidos por otros Estados o por personas, en cualquiera de sus formas comisivas u omisivas, se debe sancionar a los que han delinquido o asumir la responsabilidad por los actos de aquellos que han delinquido.

El caso de aquellos que provienen de animales, plantas y microorganismos se regula conforme a las normas de la Convención sobre Diversidad Biológica que declara de manera específica en el artículo 15 de la misma la Soberanía sobre los Recursos Genéticos Naturales.

El foco primitivo en el uso de la Soberanía fue o puso su acento en el tema de la protección o conservación de medio ambiente³⁶⁶. Sin embargo, ahondando en la idea de un Poder sobre los recursos que se tienen en el territorio del Estado o cuya pertenencia

366 BROWNLIE, Ian, op. cit. 1998, SANDS, Phillip, op. cit., pp. 235, 237.

no puede dejarse de lado la Corte Internacional de Justicia ha desarrollado razonamientos aplicables al respecto. La Corte ha considerado este principio como regulador del control y la explotación de los Recursos Genéticos Naturales (así al menos se deduce de la sentencia del caso ARGENTINA v. URUGUAY). Este derecho es fundamental para aquellos Estados donde los recursos tienen su origen como los que adquieren tales recursos debido a que si los mismos son transferidos entre Estados de modo jurídicamente válido (es decir una transferencia jurídica y no material) nace sobre los recursos transferido un derecho, el Derecho derivado de la Soberanía estatal sobre los Recursos Genéticos Naturales.

Un camino más largo es el de los recursos de esta clase adquiridos legalmente por personas naturales o jurídicas (no en la calidad de Estados) porque en dicho caso deberán solicitar al Estado la protección de sus derechos si hubiere algún conflicto sobre los mismos. Todos los elementos propios de la evolución del concepto de “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” se complementan bajo la noción de Principio de derecho (internacional) en cuanto dicho concepto ha sido ampliado para considerar al derecho sobre los recursos naturales como un principio de derecho³⁶⁷.

Si miramos a la evolución histórica del concepto de “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” y su consecuencia obvia, los derechos que se imponen, podemos observar diferentes resoluciones que son la fuente de dicho reconocimiento de Soberanía así como de los mencionados derechos que luego analizaremos.

Las resoluciones a las que haré referencia más adelante son de la Asamblea General de las Naciones Unidas, órgano que en dicha organización internacional no tiene Poder decisorio y punitivo (como ocurre con otro órgano de la misma organización) pero cuyas resoluciones se han convertido en una Fuente de Derecho (de

367 MAES, Franc, op. cit.. Debo indicar que este concepto de principio de derecho que incluye la soberanía de los recursos naturales no es nuevo sino mas bien es de los conceptos propios del derecho que se ha manifestado en otras areas como el derecho privado.

dónde emana el Derecho) debido a que las mismas han sido consideradas, cuando reiteradas en el tiempo como el caso de marras y luego incorporadas en tratados internacionales, como Principios del Derecho. En la evolución de este principio desde 1930 hasta 1962 la “formula Cordell” fue utilizada por los Estados en que la Soberanía sobre los Recursos Naturales fue reconocida, en caso de expropiación, bajo la fórmula de un “adecuado, efectivo y pronto pago”³⁶⁸. Sin embargo, en 1962, la Asamblea General de Las Naciones Unidas no sólo se encargó de reconocer (nótese el cambio leve pero fundamental en las palabras) los problemas de expropiación de compañías extranjeras incluyendo el reconocimiento de “los derechos de las personas y naciones a la Soberanía permanente sobre su riqueza y recursos naturales”³⁶⁹.

Es posible apuntar en la evolución jurídica internacional sobre esta materia algunas resoluciones que hemos escogido por su importancia aunque no resulta extraño encontrarnos con una cantidad muy grande de resoluciones, algunas de antigua data y que abordan diversas áreas. Mencionaré y analizaré sólo:

A.- Resolución número 1314 (XIII) de 1958³⁷⁰

Esta resolución establece los primeros antecedentes de la norma que comentamos aquí, a saber el reconocimiento del Derecho soberano sobre los recursos genéticos, dado que se reconoce el Derecho soberano sobre los recursos naturales por primera vez establecidos en un texto internacional.

Dice en su inciso primero que la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas ha desarrollado dos convenciones sobre los Derechos humanos, convenciones que luego fueron dictadas el año 1966: los Pactos Internacionales sobre Derechos civiles y políticos y sobre Derechos económicos,

368 BROWNLIE, Ian, op. cit. en su totalidad el texto de 1998

369 BROWNLIE, Ian, op. cit. en su totalidad el texto de 1998.

370 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, Resolution 1314 (XIII) Recommendations concerning international respect for the right of peoples and nations to self determination, 12 December 1958, en Resolutions adopted on the Reports of the Third Commission of the United Nations General Assembly, Nueva York, 1958, p. 27.

sociales y culturales.

Estas convenciones (de acuerdo al texto de la resolución comentada) indican que las mismas tienen sendas declaraciones sobre el derecho de las personas a la autodeterminación y que incluye dicha declaración la Soberanía Permanente de las personas (naturales) sobre su riqueza natural y recursos naturales (considerando que las mismas configuran la Nación, ésta es parte del Estado y éste representa a las personas en la titularidad y ejercicio de los derechos), donde, como es lógico, se hace imposible no considerar tal riqueza (recursos naturales, incluidos) como fundamento de la sustentación de la vida de personas que son autodeterminantes de su futuro y, a la vez, que tal autodeterminación se ejecuta a través del Estado que tales personas crean con lo cual es éste quien las administra y detenta la Soberanía como un representante jurídico de las personas que constituyen la Nación.

Es más, como medio para tener completa información de lo que esta declaración de Soberanía implica (en el inglés se habla de “entails”) entonces es que la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió establecer una comisión compuesta por una serie de países, entre los que se contaba Chile a fin de conducir un análisis completo del Estado de este constituyente básico del derecho de autodeterminación (la Soberanía sobre los recursos y las riquezas naturales).

Se creaba esta comisión con la misión antes indicada y la recomendación, si fuere necesario de profundizar dicha Soberanía y recomendaba, en caso que fuere necesario, una vez conducida y efectuada la investigación correspondiente del lugar o importancia de la Soberanía Permanente de las Personas y de las Naciones sobre su Riqueza y sus Recursos (evolución del concepto y su ampliación a temas no considerados anteriormente), se debe prestar atención precisamente por lo anterior a los derechos y deberes de los Estados bajo el Derecho Internacional Público y a la

importancia de promover cooperación internacional en el desarrollo económico de los países subdesarrollados. Luego indicaba la Resolución que invitaba a las comisiones económicas regionales a auxiliar en su tarea y otros asuntos que nos son de importancia para esta tesis.

Es posible concluir del análisis del texto que en sus orígenes la autodeterminación se encontraba de la mano de la Soberanía Permanente sobre los Recursos y Riqueza Natural. Además de ser independiente los Estados deben contar con medios económicos para sobrevivir como elemento fundamental. Pero más aun se relacionaba con los Estados debido a que los mismos representaban a las personas y a las naciones en el Derecho Internacional Público que se alude directamente por la resolución en relación a los derechos y deberes de los Estados bajo el Derecho Internacional Público. Así, se une al concepto de “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” a los deberes y derechos en el Derecho Internacional Público, y, además, la noción de cooperación en el desarrollo económico, particularmente de los menos desarrollados.

Entonces aparece que para el desarrollo de los menos desarrollados, en el contexto del Derecho Internacional Público los Estados tienen el deber de cooperar, respetando y garantizando los derechos de otros Estados sobre sus recursos naturales y riquezas debido que pertenecen, finalmente, a las naciones y personas integrantes de dichos Estados menos desarrollados y lo anterior, inclusive, en la legislación propia, conforme a las obligaciones primeras de un Estado desarrollado, incorporar en la legislación nacional la protección de los derechos de otros Estados.

B.- Resolución número 1803 de 1962 de la Asamblea General de las Naciones Unidas

La Asamblea General de las Naciones Unidas efectuó una “Declaración sobre la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” que fue el primer paso en el proceso de reconocimiento de dicha Soberanía sobre los mencionados recursos. Pensada básicamente para recursos naturales no renovables debido a la evolución interpretativa en la materia se aplica a los recursos naturales renovables como son considerados gran parte sino todos los elementos del medio ambiente, entre ellos la diversidad biológica.

El resto de la Declaración sigue vigente aunque resulte difícil aplicarlo en una interpretación tautológica al Derecho ambiental sino que debe aplicarse a los recursos naturales (que son un supuesto de hecho de las materias que el Derecho ambiental debe abordar) del mismo modo el Derecho comparado debe analizarla, por cuanto se requiere la conservación de tales recursos y luego a la utilización de los mismos³⁷¹.

Dos derechos se enfrentan en esta Declaración, uno, el derecho que la nación toda (es decir, el conjunto de la población de un país unidos por vínculos de carácter étnico, histórico, u otros) y, otro, los derechos que pudieren contar las empresas transnacionales sobre los recursos.

Supuesta la existencia de recursos naturales, ellos pertenecen al Estado, esos recursos pueden ser entregados en explotación a las empresas (personas jurídicas) o a las personas (naturales) pero primero debe ser reconocida la Soberanía de parte de todos los Estados sobre dichos recursos a fin de evitar que las compañías (personas jurídicas) o personas (naturales) se amparen en sus Estados bajo protección estatal y así obtener prerrogativas injustificadas por medio de presión u obtener que los contratos se extiendan más allá del tiempo para el cual se hubieren celebrado o a materias que no

371 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, United Nations General Assembly- Resolution 1803, (XVIII), Permanent sovereignty over Natural Resources, December 14, 1962, 17 UN – GAOR, Supp. No. 17, p. 15. Hofbauer, Jane, The principle of permanente sovereignty over Natural Resources and its modern implications, Faculty of Law, University of Iceland, 2009, p.6.

debían vincularse o se dejen de cumplir con determinadas normas obligatorias nacionales.

Los derechos que se expresan en esta Resolución son:

1.- El Derecho soberano de autorizar la disposición de los recursos naturales (extensivo a los Recursos Genéticos Naturales).

2.- El Derecho soberano de restringir la disposición de los recursos naturales (extensivo a los Recursos Genéticos Naturales).

3.- El Derecho soberano para prohibir la disposición de recursos naturales (extensivo a los Recursos Genéticos Naturales).

4.- Los Derechos soberanos de explorar y disponer de los recursos naturales (extensivo a los Recursos Genéticos Naturales)³⁷².

Las autoridades nacionales admiten el ingreso de capitales extranjeros sometido a un contrato en que se tiene por objeto obtener recursos naturales para ser explotados. Tales recursos son, desde siempre, del país en cuyo territorio se encuentran. Podría ocurrir que pudieran ser considerados de otra manera, es decir, que se considerara la empresa extranjera como dueña de dichos derechos.

Lo anterior, el que se considere a la empresa extranjera como dueña de los recursos naturales de un país no ocurre de la manera en que se indica si existe esta prevención, es decir, si la Soberanía se ha declarado sobre los recursos naturales como permanente, así dicha Soberanía no es posible de ser negada. En cuanto a los recursos financieros de inversores extranjeros es dable señalar que no existe en esta materia contradictoriedad alguna con los intereses de los inversores y sus derechos sobre el capital y los beneficios que habrán de ser repartidos.

En materia ambiental, por cierto, la perspectiva es modificada pero nos

372 La pregunta acerca de cómo jurídicamente se extiende la protección sobre un objeto jurídico a otros objetos jurídicos se ha respondido al indicar que los Recursos Genéticos Naturales son parte del género (o son la especie) de los Recursos Naturales y por consiguiente, lo expresado respecto del género se extiende respecto de la especie.

enfrentamos a aspectos diferentes. Hoy día la permanente Soberanía se ejecuta sobre recursos naturales renovables, cuando nos encontramos con plantas, animales o microorganismos cuyos elementos genéticos pueden proveer un beneficio económico y empresas transnacionales, no necesariamente grandes sino medianas o pequeñas, a través de ingeniería genética pueden aislar él o los componentes activos. Es así como pervive esta resolución.

La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 1962, no sólo se encargó de reconocer los problemas de expropiación de compañías extranjeras sino incluyó el reconocimiento de “los derechos de las personas y naciones a la Soberanía Permanente sobre su Riqueza y Recursos Naturales”³⁷³.

Se agrega en esta Declaración que tal derecho debe ejercerse en el “interés del desarrollo nacional y de la calidad de vida de las personas del Estado de que se trate”³⁷⁴. Este es el concepto que se consagra en esta resolución en comento y el concepto que luego se aplica al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales así como a la Convención sobre Diversidad Biológica con un matiz en esta última, la idea de desarrollo económico y calidad de vida va unida a la de conservación, uso y utilización sostenible de los recursos biológicos y de los recursos genéticos. Ahondaremos más en su oportunidad.

La Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas decreta tres Declaraciones, la primera en relación al reconocimiento de la “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales”, la segunda acerca de la codificación de la normas sobre responsabilidad estatal que analizaremos a propósito de la violación de las normas antes señaladas y, finalmente, la posibilidad de lograr que se siguiera el trabajo de estudio de la “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales”. No sabemos si se consideró en

373 BROWNLIE, Ian, op. cit. 1998.

374 BROWNLIE, Ian, op. cit. 1998.

la redacción del artículo 15 en estudio pero mucho de los planteamientos de esta resolución dieron luz, prestaron conocimiento a los derechos y obligaciones planteadas en la norma jurídica comentada, a saber:

1.- Se declara el derecho de personas (como conjuntos) y de naciones a la Soberanía Permanente sobre su Riqueza Natural y Recursos. Luego se indica el objeto del ejercicio de dicho derecho: interés en el desarrollo nacional y de la calidad de vida de las personas del Estado de que se trate³⁷⁵.

Si observamos esta Declaración su primer objeto es reconocerles un derecho a personas como individuos y colectivos así como a los Estados en donde viven dichos individuos o naciones. Es un hecho que el objeto final del desarrollo normativo, el hecho de la norma, como se ha planteado, es la protección de la riqueza natural y de los recursos. La riqueza natural a lo menos puede entenderse como riqueza proveniente de recursos biológicos³⁷⁶.

Hay que hacer notar las relaciones entre los sujetos nombrados en esta declaración como principales y al Estado como ente que los representa en un segundo plano.

Además, el que se incluya la riqueza natural y los recursos naturales da clara constancia que dicha riqueza natural son los recursos biológicos, plantas y animales, no podríamos afirmar que los microorganismos se comprendieran pero tampoco se excluyeran los mismos en razón de que existe constancia de encontrarnos con interpretaciones progresivas.

2.- Una segunda Declaración es que la exploración, desarrollo y disposición de dichos recursos (naturales) así como la importación de capital foráneo requerido para la mencionada exploración, desarrollo y disposición, debe efectuarse por medio de las

375 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, United Nations General Assembly- Resolution 1803, (XVIII), Permanent sovereignty over Natural Resources, p.1.

376 A la sazón los genes recién se encontraban en estudio como fuente de riqueza aunque se conocía su relevancia económica debido al estudio de la genética mendeliana y a las razones de guerras y conquistas en muchas partes del mundo, una parte del botín eran plantas y animales que mejoraban la dieta de la población.

normas y de acuerdo a las condiciones que las personas y las naciones han decidido como deseables o necesarias en relación a la autorización³⁷⁷, hay que notar el cambio conceptual porque la “riqueza natural” se convierte en “recurso”. Además, la norma regula tres actividades importantes plenamente aplicables hoy día al tema del Acceso a los Recursos Genéticos Naturales, a saber, la exploración de los mismos, el desarrollo de éstos y la disposición de tales recursos. Estas tres actividades las relaciona inmediatamente a la importación de capital foráneo requerido para las actividades señaladas, los sustantivos a los cuales se les aplica la norma jurídica. Tales actos se someten, conforme a la Declaración que se estudia, a las normas y las condiciones que las personas y las naciones determinan. Por lo tanto, tiene su fundamento en la voluntad de las personas o de las naciones, representadas como es lógico por los entes estatales, y el Estado³⁷⁸.

3.- La tercera declaración es que en los casos en que la autorización es garantizada, el capital importado, y las ganancias del tal capital deben gobernarse por los acuerdos alcanzados, el consentimiento, la legislación nacional así como el Derecho Internacional Público. Los beneficios derivados deben ser compartidos en las proporciones libremente acordadas en cada caso, entre el inversionista y el Estado receptor, tomando en consideración que no habrá en caso alguno embarazo a la Soberanía estatal sobre las riquezas naturales y sus recursos³⁷⁹.

La Resolución se basa en la idea de la existencia de ingreso o Acceso a territorio nacional de capital importado previa autorización, La norma supone la existencia de dicho capital para que se produzca consecuentemente la regulación normativa, de una parte el acuerdo libre entre el Estado receptor y el dueño del capital sujeto además a la legislación nacional así como al Derecho Internacional Público.

377 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, United Nations General Assembly, Resolutions adopted on the reports of the second committee: "Resolution 1803, (XVIII), Permanent sovereignty over Natural Resources", New York, 1962, p.15.

378 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, op. cit., 1962, p.15.

379 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, op. cit., 1962, p.15.

Los beneficios derivados en esta materia deben ser compartidos o sea supuesta la existencia de beneficios la consecuencia es la de compartirse los mismos. Cómo se comparten tales beneficios es en proporciones acordadas de manera libre entre el inversionista y el Estado receptor, es decir, se supone que o se acordaron la manera en que se dividirán los beneficios sea al ingresar con los capitales al país o sea cuando habiéndose producido los beneficios se debe efectuar la división de las ganancias. Tal acuerdo no puede afectar a la “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales”. Esta tercera norma se inicia con el supuesto de la ganancia, es decir, como lo expresáramos ya, supone la existencia de una ganancia³⁸⁰.

4.- El número cuatro en esta materia ha sido desarrollado como obligación del Estado receptor de pagar la respectiva indemnización en caso de expropiación³⁸¹.

5.- El número cinco establece nuevamente otra obligación, el que el ejercicio libre y beneficioso de la Soberanía por las personas así como las naciones debe ser seguido o en pos del respeto mutuo de los Estados basado en su igualdad soberana³⁸².

6.- El número seis indica que la cooperación internacional para el desarrollo económico de los países subdesarrollados en cualquiera de sus formas debe siempre respetar la Soberanía sobre los recursos y su riqueza natural³⁸³.

7.- El número siete indica que la violación de los derechos de las personas y de las naciones a Soberanía sobre su riqueza natural así como a sus recursos es contraria a la Carta de Naciones Unidas e imposibilita el desarrollo de la cooperación internacional y el mantenimiento de la paz³⁸⁴.

8.- Los acuerdos para la inversión extranjera, según el número ocho, a que se ha llegado de manera libre por o entre Estados soberanos deben ser observados de buena

380 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, op. cit., 1962, p.15.

381 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, op. cit., 1962, p.15.

382 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, op. cit., 1962, p.15.

383 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, op. cit., 1962, p.15.

384 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, op. cit., 1962, p.15.

fe. Los Estados y las organizaciones internacionales deben estrictamente y conscientemente respetar la Soberanía de las Personas y las Naciones sobre sus Recursos y su Riqueza Natural de acuerdo a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y de los principios establecidos en la resolución³⁸⁵.

Es necesario apuntar que toda esta declaración se refiere a la primera sección de la misma, signada con el número I. Es necesario indicar que no sólo la resolución hace referencia a los tópicos antes indicados sino que hace referencia a dos tópicos más, uno relativo a la responsabilidad estatal, cuestión que en la primera sección se refería a la violación de la Carta de Naciones Unidas, sin embargo hoy no tiene mayor aplicación en el sentido apuntado sino que se refiere al acto estatal erróneo³⁸⁶.

Hacemos las referencias correspondientes porque es lógico que cualquier lector se pregunte acerca de la relación entre esta resolución de 1962 y el artículo 15 de 1992. Existen dos relaciones posibles de afirmar, la primera una solución de continuidad entre esta resolución y el mencionado artículo en cuanto mantienen declaraciones sobre los mismos tópicos con diferencias, como resulta lógico debido a los posibles objetos de protección (en un caso amplio, en el otros restringido) pero, además, de los diversos números que componen esta declaración es posible deducir una suerte de fórmula interpretativa que abordaremos al final del capítulo.

Es necesario apuntar, como lo hemos aclarado anteriormente que la Resolución descrita no tiene el valor de norma jurídica y su fuerza obligatoria *vis a vis* la del artículo 15 de la Convención es diferente. En el segundo de los casos la norma es obligatoria para los sujetos de Derecho internacional. Sin embargo esta resolución tiene como elemento fundamental el poder ser parte de los denominados “Principios Generales de Derecho” otra de las fuentes del Derecho en general y del Derecho

385 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, op. cit., 1962, p.16.

386 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, op. cit., 1962, p.16.

Internacional Público en particular. Se ha indicado que es una pieza importante en la evolución de este principio, sin ser, por cierto, obligatoria. En nuestra opinión es particularmente relevante para la interpretación y aplicación del artículo 15.

C.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966

La “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” implica un concepto más amplio que el de la existencia de derechos y obligaciones en cuanto tanto existe por los titulares, los Estados, un Poder absoluto sobre dichos recursos para hacer de ellos lo que mejor parezca. Ciertamente hoy día la titularidad corresponde a los pueblos, de acuerdo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales pero no es menos cierto que los “pueblos” no pueden ejercer la titularidad en el derecho sino los Estados ya que son los que cuentan con personalidad jurídica³⁸⁷. Lo anterior no implica o lleva a concluir que dicha titularidad permita un actuar irresponsable por diversas razones, pero es el Estado quien actúa o admite el actuar.

Como se ha observado en la reciente sentencia del caso URUGUAY v. ARGENTINA o PULP MILLS³⁸⁸ la Corte Internacional de Justicia ha reconocido valor al cuerpo de normas compiladas por la Comisión de Derecho internacional de la Organización de Naciones Unidas. Lo anterior no podía ser menos, obviamente debido a que muchas de dichas normas no son sino una compilación normativa jurídica derivada de lo declarado por la Corte Internacional de Justicia en una serie de sentencias sobre asuntos de esta índole, como el caso Canal de Corfú donde se reconoce la Soberanía de

387 El artículo 1 del Pacto Internacional sobre Derecho Económicos, Sociales y Culturales indica que:

“1.- Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

2.- Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podría privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

3.- Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.”. REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., 1989, artículo 1.

388 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Uruguay v. Argentina, 2010 indicó la Corte, en lo que no interesa: “De acuerdo a Argentina, Uruguay se encuentra bajo la obligación de “re-establecer en el caso concreto y en términos jurídicos la situación existente antes que los actos lícitos fueron cometidos”. Para este fin la planta Orión (Botnia) debería ser desmantelada.” INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), 20 de abril de 2010, párrafo 270, p. 76..

los Estados como fundamento esencial de las relaciones internacionales y que cualquiera sea la razón, el ingreso de extranjeros (en el caso fuerzas militares) sin el permiso del Estado a cuyo territorio se accede constituye violación del Derecho Internacional Público, y a la vez reconoce la responsabilidad de otro Estado cuando genera las condiciones para violar las normas jurídicas internacionales que aseguran derechos de otros Estados aun bajo su Soberanía (en el caso, el derecho de paso inocente por un canal o estrecho declarado de libre navegación) generándose, además, la noción de responsabilidad debido a una posible negligencia (debido a una serie de explosiones en el caso de marras) y debido a acciones (colocación de minas) u omisiones (ausencia de ejecución de la limpieza del canal)³⁸⁹.

Lo que es aun más importante es que este caso estableció el fundamento que todo acto contrario a normas jurídicas internacionales (sea acción u omisión) provocaba la generación de responsabilidad estatal y finalmente el control sobre los actos ejecutados en el territorio propio por personas en dicho territorio como fuente de tal responsabilidad³⁹⁰. El Estado debe ejercer su Poder, Soberanía, siempre y no se puede excusar de su ejercicio.

Pues bien, es un Principio de Derecho Internacional Público que todo sujeto internacional es responsable de sus actos internacionales y más aun es responsable de lo que sus agentes ejecuten en su nombre³⁹¹. Lo anterior conlleva a que una utilización indebida de recursos naturales, aduciendo la Soberanía permanente sobre dichos recursos, pueda al menos con cierto éxito, serle aplicada sanción internacional por la

389 En materia de responsabilidad internacional la Corte internacional de Justicia ha señalado respecto del Caso Canal de Corfú (Reino Unido v. Albania) lo siguiente: "¿Es Albania responsable por las explosiones ocurridas el 22 de octubre de 1946 bajo el Derecho Internacional, en aguas albanesas, y por el daño y pérdida de las vidas humanas que resultaron de las mismas y si hay allí una carga de pagar compensaciones?" INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Corfu Channel Case, Judgement of April 9th, 1949: I.C.J. Reports 1949, pp. 12, 33, 35, 36 y 34.

390 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, op. cit., 1949, p. 22, en que se establece que: "Las obligaciones que le corresponden a las autoridades albanesas en notificar, para el beneficio de la navegación marítima en general, la existencia de campos de minas en las aguas territoriales albanesas y en dar noticia a las naves británicas que se aproximaban del peligro inminente a que el campo de minas las exponía. Las tales obligaciones están basadas (...) en ciertos generales y bien reconocidos principios, a nombrar: consideraciones elementales de humanidad, más exactas en la paz que en la guerra; el principio de la libertad de la comunicación marítima; y la obligación de cada Estado de no permitir su territorio para ser usado para actos contrarios a los derechos de otros Estados."

391 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, op. cit., 1949, p. 23 donde indica: "En el hecho, nada fue intentado por las autoridades albanesas para prevenir el desastre. Esas graves omisiones envuelven la responsabilidad internacionales de Albanal. (...) La Corte por consiguiente alcanza la conclusión que Albania es responsable a bajo el Derecho internacional por las explosiones que ocurrieron (...) en aguas albanesas y por el daño y pérdida de vidas humanas que resultaron de las mismas, y que hay una carga sobre Albania de pagar compensación al Reino Unido."

responsabilidad que se genere en la materia debido, por ejemplo, al derrame de dicho recurso (como ocurriría en el caso del derrame de petróleo de un país que afecte a otro país o en el caso de la contaminación atmosférica o en el caso de la destrucción de recursos genéticos propios que afecte la existencia de recursos genéticos en otro Estado o la destrucción de recursos genéticos de otro Estado por actos ejecutados por un Estado que tienen efecto en otro).

Es más, en el caso *Smelter*³⁹², en el cual los efluvios vaporosos de una planta ubicada en Canadá que se posaron y contaminaron territorio estadounidense se condenó a Canadá a pagar una indemnización, no a la empresa canadiense, pudiendo este Estado haberse amparado en su Soberanía (no sobre recursos naturales pero Soberanía al fin y al cabo conforme a los términos planteados por Austin u otros juristas o filósofos políticos³⁹³). Es necesario apuntar que ya en el Caso Río Meuse la Corte Permanente de Justicia Internacional indicó que no se podía establecer una carga mayor a una Parte en relación a otra, por tanto, en lo que se refiere a la “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” ninguno de los Estados podrá imponer a los demás cargas que sobrepasen lo normal como por ejemplo, que deba soportar la contaminación sobre su territorio, la destrucción de sus Recursos Genéticos Naturales, en virtud de la mencionada Soberanía³⁹⁴.

La Soberanía por tanto, debemos entenderla como un concepto relativo en el sentido que respecto de los recursos naturales existen limitaciones, a saber, las que dicen relación con afectar a otros Estados o dilapidar los recursos propios no beneficiando a los “pueblos”³⁹⁵. En este segundo aspecto resulta difícil lograr obtener siquiera alguna posibilidad de control salvo que dicho controles se produzcan por los

392 Caso *Smelter* (arbitraje entre Estados Unidos y Canadá) *Trail Smelter Arbitral Decision*, 33 AM. J. INT'L L. 182 (1939); *Trail Smelter Arbitral Decision*, 35 AM. J. INT'L L. 684 (1941).

393 AUSTIN, John, *The province of Jurisprudence determined*, Machiavello, Nicolás, *El Principe*, ZigZag, 1943, Hobbes, Thomas, *Leviatán*,

394 PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, *Diversion of Water from the Meuse*, Judgement 1937, P.C.I.J., Series A/B, No 70; p. 20.

395 Al respecto ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Trail Smelter Case (United States, Canada)* 16 April 1938 and 11 March 1941 *Reports of International Arbitral Awards*, Volume III, New York, 2006, pp. 1905-1982..

propios pueblos al interior del sistema jurídico del Estado o, en su caso, a través de tribunales internacionales (regionales o no) revisando la actuación de dichos Estados.

D.- Declaración del desarrollo social y el desarrollo de 1969

La Declaración presentada en el título de este apartado es otro de los instrumentos que aportan en el desarrollo histórico y el análisis dogmático e interpretativo de lo que es la Soberanía sobre recursos naturales. Esta Declaración se encuentra contenida en la resolución 2542 de 1969³⁹⁶. En el artículo 3 letra “c” de la misma se reconoce “la permanente soberanía de cada nación sobre la riqueza natural y los recursos” en el contexto de ser una de las condiciones primarias para el progreso social y el desarrollo.

Esta consideración se complementa con la idea de que la explotación, exploración, conservación y uso de áreas más allá de los límites de la jurisdicción nacional puede auxiliar progreso social y desarrollo económico. Entonces la norma permite avanzar la relación de la Soberanía sobre los recursos naturales con el desarrollo social y el económico como lo muestra su inclusión en esta Declaración.

Es decir, no sólo la Declaración tiene un sentido político (como se ha expresado) o contiene una relación cercana con el concepto de responsabilidad internacional o se relaciona con el concepto de los derechos humanos, sino que es condición para el desarrollo económico y social, todo lo anterior contenido en normas jurídicas no vinculantes pero que poseen, sin duda, valor como fuente subsidiaria del Derecho, sea en su calidad de principio general (sinónimo de fundamento del Derecho) o de costumbre.

396 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, Resolución 2542 de 1969.....

E.- La Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 1972

397

Otro paso más para la interpretación de este concepto (Soberanía sobre recursos naturales) lo representa la “Declaración de Medio Ambiente y Desarrollo” en cuanto incluye y relaciona, conforme a lo indicado, al medio ambiente y a la Soberanía. Esta Declaración expresa que se reconoce “el derecho soberano para explotar sus propios recursos en búsqueda de sus propias políticas ambientales”. Analizaremos algunas de sus consecuencias.

Aquí surge, como es lógico una primera relación, el qué y el cuándo de la relación “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales”, a saber, derechos soberanos sobre los recursos naturales y el medio ambiente (qué) y el que ello, al menos desde mi punto de vista, se produce en 1972 con la mencionada declaración (el cuándo). Esto resulta de la inclusión de la norma apuntada en la declaración mencionada.

Se agrega que dicho Derecho soberano a explotar se debe ejercer en conformidad a la Carta de Naciones Unidas y los Principios de Derecho internacional. Algunos autores han comentado acerca de los límites a los cuales se debe someter este Derecho soberano de explotación, pero, en mi opinión, el alcance es obvio, explotación sustentable, no se puede agotar el recurso. El problema no se encuentra aquí dada la inclusión de una declaración de esta índole en un texto sobre medio ambiente resulta lógico pensar el privilegio de los intereses superiores del medio ambiente, otra cosa sería actuar contra sí mismo. Expresan algunos autores esta afirmación obvia de la manera que sigue:

“Si se analizan la mayoría de los convenios internacionales suscritos hasta la fecha, muchos de los cuales han sido firmados y ratificados por Chile, (...), imponen en definitiva restricciones o limitaciones a

397 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente humano (Estocolmo, Suecia, 5-16 de junio de 1972), <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/66/pr/pr27.pdf>> (15.12.2011).

actividades que legítimamente podrían realizarse al interior de las fronteras de cada Estado, pero que por consideración a objetivos superiores de conservación o protección ambiental pueden considerarse como freno a la Soberanía de cada Estado, pero que por consideración a objetivos superiores de conservación o protección ambiental pueden considerarse como freno a la Soberanía estadual³⁹⁸.

Esta interpretación es una de las que se han alcanzado en esta materia y quizás la más difundida, pero incompleta.

Lo que señala la inclusión de los conceptos, derechos soberanos (de explotación) o Soberanía permanente, es que el medio ambiente debe tomarse en consideración a propósito de esta Declaración y del mismo modo respecto de una serie de convenios firmados, ratificados y válidamente en vigor.

No hay expresión de limitación de la Soberanía si por la misma se entiende un actuar sometido a la ley o bajo el Estado de Derecho pero si, por el contrario, dicho actuar es o ha sido ilimitado no cabe duda que habrán limitaciones impuestas por las normas jurídicas internacionales del mismo modo que ocurre en el tema de los derechos humanos.

Las interpretaciones acerca de este nuevo uso de la “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” o su derechos nacidos de tal reconocimiento parece que deben ser debidamente evaluados en consideración a las palabras de donde nacen dichos derechos. Así es posible considerar que si bien existe un nuevo contexto de interpretación no es posible desentenderse de las palabras mismas y, por tanto, deberán analizarse tales palabras sin obtener conclusiones que pueden ser correctas pero parcialmente veraces como es el caso de algunos autores³⁹⁹. De todas formas es posible mantener sin ambages el que los Estados ejercen dicho derecho u otros de acuerdo a sus políticas medioambientales. Uno de dichos puntos es la explotación racional de los recursos naturales de origen genético, la cual debe efectuarse de manera de proteger los

398 MONTENEGRO, Sergio et. al., *Derecho ambiental*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2007, p.11.

399 SCHRIVVER, Nicolas, op. cit., p. 119.

derechos nacidos de esta declaración y como se ha dicho ya la ausencia de sobreexplotación o prohibición de destrucción de los recursos.

F.- Declaración del Derecho al Desarrollo de 1986

En el año 1986 se reconoció a través de otra Declaración el denominado “derecho al desarrollo”. Lo indicado se efectuó a través de la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas número 41/128⁴⁰⁰. En dicha Declaración se expresa nuevamente “la completa Soberanía sobre la riqueza natural y los recursos” de los Estados como fundamento del derecho al desarrollo. El desarrollo requiere de financiamiento y éstos son algunos de sus fundamentos financieros y hay una relación entre la “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” y la Riqueza Natural y el desarrollo. Así, por tanto, entendemos reafirmado lo dicho ya, existe una relación entre la “Soberanía Permanente sobre Recursos Naturales” y el Derecho al Desarrollo, el desarrollo, el medio ambiente, basados en las declaraciones estudiadas y que permiten interpretar el concepto en la Convención sobre Diversidad Biológica, particularmente en su artículo 15.

G.- Revisión de la implementación de la Declaración para la profundización de la seguridad internacional

Finalmente, es dable mencionar la “Revisión de la implementación de la Declaración para la profundización de la seguridad internacional” donde se deja constancia que la seguridad internacional tiene relación con la Soberanía Permanente de los Estados sobre los Recursos Naturales de manera de dejar constancia que “seguridad” no sólo abarca el problema de los conflictos de guerra sino el aseguramiento de los mínimos elementos de supervivencia (cómida y bebida) indispensables para las

400 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 41/128 de 1986 sobre derecho al desarrollo, Nueva York, 1986.

personas (por ejemplo el pan, el techo, el abrigo, el medioambiente) uno de cuyas fuentes de financiamiento son los recursos y la riqueza natural.

Así el número 4 señala, que, en esta materia es fundamental profundizar “la soberanía permanente de las personas sobre sus recursos”. La seguridad del Ser humano, por tanto, se encuentra ligada a la Soberanía Permanente sobre la Riqueza Natural y los Recursos.

Necesariamente debemos concluir que una serie de materias a las cuales la “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” debe consideración porque se la ha vinculado necesariamente debido a su carácter fundamental para la sobrevivencia humana.

Así es posible indicar al desarrollo económico, al medioambiente, a la seguridad humana a los derechos derivados de la misma Soberanía permanente y, como no, el Derecho al Desarrollo. Ciertamente algunos de los elementos deben ser incluidos como fundamentales en el proceso interpretativo del artículo 15 de la Convención.

¿Es posible evitar derivar gastos desde el ámbito social a la conservación de los recursos genéticos y la diversidad biológica la lograrse que los costos de la conservación sean asumidos por la utilización de los recursos genéticos y sus beneficios?

Esta pregunta es una de las múltiples que pueden servirnos de guía para entender todo el problema derivado de la conservación de recursos biológicos y genéticos en Estados pudientes en diversidad biológica y genética proveniente de animales, plantas y microorganismos pero pobres en otros recursos económicos.

Artículo 3 de la Convención sobre Diversidad Biológica

El artículo 3 de la Convención sobre Diversidad Biológica indica que se

reconoce a los Estados la “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales”. En la segunda sección del artículo se hace referencia a que todo Estado tiene el deber de garantizar que no habrá de provocar, en el territorio de otro Estado, problema alguno de carácter contaminador.

Esta referencia, desgraciadamente, hace que la norma sea aplicable en parte al Derecho ambiental debido a que, como es lógico, se podrá aplicar principalmente este principio al caso de mareas, la contaminación de cualquier fuente, por ejemplo la contaminación derivada de organismos genéticamente modificados pero no al caso de la extracción de recursos genéticos provenientes de animales, plantas y microorganismos.

Supuesto de hecho diferente, como plantearía KELSEN y que posee diferencias diametrales con el concepto de División de beneficios porque no podría haber, sería ilógico, el que nos planteáramos el recurso a la contaminación para más que no sea la conservación de los recursos.

La utilización no tiene este fin y sólo podría por una cuestión externa, sobre explotación o contaminación desde una fuente situada en un Estado diferente (se entiende territorio diferente) serle aplicada la norma dado el supuesto de hecho.

El artículo dice:

“De conformidad con la Carta de Naciones Unidas y con los principios de Derecho Internacional Público, 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”⁴⁰¹.

Este artículo, entonces, es aplicable de manera parcial a lo indicado respecto de la Soberanía sobre los recursos y por consiguiente a la asunción de responsabilidad si se

401 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, Convención sobre Diversidad Biológica, United Nations Treaty Series, New York Vol 1760, I- 30619, 1993, p. 229.

afecta los recursos de otros en alguno de los supuestos de hecho indicados.

Lo que no ocurriría respecto de los recursos naturales propios salvo que se atentara contra los recursos naturales ajenos producto de una sobre utilización o de la liberación de organismos o de la contaminación de cualquier tipo. En algún momento supusimos que podría referirse el texto al caso particular de la permisividad de un Estado a la patentización de recursos genéticos o sus derivados por leyes propias sobre recursos o derivados ajenos.

Sin embargo del texto se deduce que deberían tratarse de actividades materiales o el perjuicio del medio de otro Estado.

En el primer caso, actividades llevadas a cabo en su jurisdicción, podría llegarse a la conclusión de establecer impedimentos jurídicos para el patentamiento debido, obviamente a entender el supuesto de hecho de “actividad” como parte del concepto jurídico propio de actividad atentatoria contra los derechos soberanos de otros Estado y no sólo su medio ambiente.

Artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica

El artículo 15 es el objeto de estudio de esta tesis doctoral. Viene a ser parte de la división entre conservación, uso sustentable y utilización de recursos genéticos. Este artículo no será presentado aquí pero queremos recalcar que es de aquellos que permiten definir o determinar el resultado final de la tesis. Es un artículo que se debe interpretar en sí mismo, conforme a las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados.

Los derechos que derivan de la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales

Como lo hemos planteado anteriormente de esta “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” derivan derechos que han sido expresados y explicados en el capítulo anterior, Aquí nos corresponde profundizar en dichos derechos así como en las obligaciones, que como HOHFELD bien sugiere, significa encontrarse con los derechos correspondientes. Es oportuno indicar que no de todo derecho o de toda obligación reconocida en el tratado o convención y particularmente en el artículo 15 que cae en nuestro análisis es posible encontrar una correlación. Los derechos que derivan de la “Soberanía Permanente (de los Estados) sobre los Recursos Naturales”⁴⁰² a lo menos son los que permiten explotarla, decidir cómo conservarlos. Hemos analizado los derechos desde una perspectiva dogmática y particularmente exegética. Nos corresponde analizar dichos derechos desde una perspectiva histórico-jurídica.

Los derechos derivados de la “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” y no mencionados en el artículo 15

Hemos indicado que la “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” se le vincula a diferentes tópicos o materias y que de la misma aparecen diversos derechos, algunos de los cuales son de la esencia del concepto y otros se derivan del mismo. El artículo 15 de la Convención expresa algunos de dichos derechos pero se han mencionado otros que revisaremos y que si bien no son objeto de este trabajo entregan luces acerca de la interpretación de los derechos mencionados en el artículo en análisis.

402 Este es un concepto de corte jurídico político, reconocido por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas que sirv de explicación para sostener cómo en el Derecho las fuentes materiales pueden ser y son conceptos no completamente de corte jurídico sino también provenientes del ámbito político.

Soberanía, Acceso a los Recursos Genéticos Naturales y División Equitativa de Beneficios

Este tema es sin duda un tópico necesario relacionar a los derechos que derivan de la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales.

La Soberanía ya conceptualizada, establece o sirve de base para la declaración de la permanencia de la misma sobre los recursos naturales y, finalmente, la generación de derechos y obligaciones entre los Estados derivados, los mismos, de las declaraciones correspondientes y de los tratados indicados.

El Acceso a los Recursos Genéticos Naturales no puede sino relacionarse a lo dichos respecto de la soberanía. El ingreso al territorio de un Estado no puede sino efectuarse por medio de las normas y en las condiciones que el mismo Estado establezca salvo casos muy puntuales de necesidades imperiosas⁴⁰³.

En el Derecho, el “Acceso” es una palabra común a materias penales, internacionales, ambientales y civiles. Implica la posibilidad (es decir, requiere cumplir con condiciones) de ingresar jurídicamente a un determinado ámbito jurídicamente protegido que no pertenece al accedente y que si pertenece al accesado. Lo anterior no es sólo una explicación sino que constituye el “leitmotiv” de una serie de instituciones jurídicas que dicen relación con los elementos más relevantes de la vida de las personas (naturales o jurídicas).

En el Derecho penal el Acceso a una mujer, Acceso carnal, representa la relación entre ésta y otro Ser humano, generalmente un hombre. Tal Acceso se efectúa sobre la base del libre consentimiento y pleno conocimiento así como madurez o capacidad biológica e intelectual de la accesada y debo indicar que del mismo modo ocurre en el caso de accesados. Lo anterior a fin de tener relaciones sexuales normales entre

403 Es posible encontrar una ilustración en el ingreso al hogar de una persona, el acceso al mismo en términos jurídicos, para poder entrar se debe a lo menos contar, en cualquier país civilizado, con la invitación de los dueños de casa y su anuencia. Otra forma de ingreso es contraria a derecho y puede ser negada la misma o derechamente solicitarse a las fuerzas policiales que se expulse a las personas del lugar.

accesante y accesado. En el Derecho patrimonial el Acceso implica el permiso y pleno conocimiento de quien autoriza el Acceso a su patrimonio y del mismo modo ocurre en el caso del resguardo físico del hogar de una persona natural dado que se debe contar con el permiso y se debe actuar con el resguardo suficiente para no causar daño. En materia ambiental internacional y nacional no puede ser de otra manera encontrándonos con que se requiere:

1.- Un accesante

2.- Un accesado que tiene pleno conocimiento de las razones del Acceso, entrega su consentimiento libre y espontáneamente y ha exigido el cumplimiento de una serie de requisitos para tal Acceso.

Hoy en día el Acceso a parques nacionales, incluso, significa en diversos países la prohibición de ingreso con cámaras fotográficas y la exclusión de la posibilidad de llevarse algún espécimen del lugar.

Pues entonces es necesario comprender que la soberanía del Estado no sólo opera a nivel internacional en materias jurídicas tradicionales sino, del mismo modo en materias como Acceso a los recursos genéticos donde permite, respecto de otros Estados, la exigencia debido a la facultad legal inherente que otorga la soberanía y, hoy día, la facultad que procede de los derechos propios derivados de su reconocimiento en el artículo 15, de poder exigir que otros Estados entren en acuerdos mutuamente aceptado y rechazar dichos acuerdos si no son convenientes para su derechos.

Del mismo modo, respecto de las personas naturales o jurídicas (privadas o públicas) nacionales o extranjeras, el Estado debe efectuar una declaración conteniendo un permiso de Acceso, supuesto el cumplimiento de los requisitos que determine de manera unilateral el Estado.

Podría rechazar el ingreso si lo estima pertinente e inclusive podría prohibir el

ingreso y Acceso. Se podría acceder a otros fines a un país pero tal ingreso sólo podría ser con un determinado fin, conservación, uso sostenible, pero no para explorar y extraer Recursos Genéticos Naturales y, obviamente, debe ser una autoridad central la que debe aprobar tal Acceso.

Estas son expresiones básicas de la soberanía de cada Estado donde debe existir la respectiva calificación jurídica referida a la protección de los recursos genéticos en relación al Acceso general a los mismos o el Acceso específico para actividades relacionadas con el análisis de los recursos genéticos de origen animal, vegetal o microorgánico y sus diferentes aspectos o características químicas.

Entonces cuál es la relación con la División de beneficios cuando se tiene Soberanía sobre los referidos recursos y además, derivada de la tal Soberanía, se puede exigir el cumplimiento de requisitos por parte de los accedentes. Planteamos aquí, como se ha indicado anteriormente, que la Convención soluciona esta interrogante desde el punto de vista ambiental en dos perspectivas.

Creo que adelantándome a lo que expresaré respecto de lo que es la Equidad, la propiedad industrial que se involucra en el tema y los casos escogidos es dable indicar que el artículo 15 en su numeral 7 indica que se debe repartir los beneficios de los recursos genéticos (supuesta su existencia) pero dicho supuesto de hecho, antecedente, es organizado por la norma o consecuente señalando que entonces se debe distinguir, si se obtuvieron beneficios por personas naturales o jurídicas que solicitaron permiso de Acceso a nivel nacional el reparto de los beneficios debe ser equitativo y los Estado donde se ha producido el Acceso como los Estados donde se efectúe la petición de propiedad industrial, la protección patentaria, así deben proteger la obtención de tales beneficios, y si el Acceso se efectúa por un Estado entonces debe mirarse al acuerdo que se pudiere alcanzar sobre el asunto o que ya se hubiere alcanzado.

En el primer caso la Soberanía y la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales opera sobre la base de los derechos que se ejercen en el territorio nacional y en el segundo opera jurídicamente sobre la base de la igualdad entre los Estados presente, por cierto, en el caso de las relaciones interestatales. ¿Pero qué sucede, si se me permite a esta altura, en el caso en que no exista por parte del Estado a quien se solicita la protección jurídica de los productos de la diversidad biológica (sea el Estado donde originalmente se extrajo el recurso genético natural u otro)? Indudablemente opera la tercera opción que es la aplicación de una sanción correspondiente debido a que ha violentado o cometido un acto contrario al Derecho Internacional Público.

¿Finalmente, qué sucede si se garantiza la protección de cualquier Estado a productos provenientes de recursos genéticos mal habidos? En este último caso también se sanciona por comisión de un acto errado por parte de un Estado al contrariar los derechos soberanos de otro Estado y, al mismo tiempo, al efectuar violación de los Principios de Derecho que indican que no se puede obtener un beneficio de manera contraria a Derecho o abusando del mismo, se expresa con la frase o sentencia “nadie se puede aprovechar de su propio dolo”.

La Soberanía como principio

Es necesario ahora dilucidar si, como es afirmado más atrás la Soberanía es un Principio de Derecho o si hay hoy en día una disminución o pérdida de la Soberanía. Sin perjuicio de las innumerables pruebas en contrario, una de las cuales es la reacción absolutamente “soberanista” de Estados Unidos de América frente a la reciente fuga de petróleo en el Golfo de México o la Ley de Arizona sobre la inmigración ilegal hay que indicar que nuestra respuesta se encuentra lejos de ser afirmativa a las afirmación antes indicada.

Los Principios Generales de Derecho Internacional Público se basan en el artículo 38 letra a) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁴⁰⁴. La Corte debe aplicar entre otras fuentes de Derecho Internacional Público, “Los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Este texto se expresó antes de la descolonización y a las colonias se les aplicaba el concepto de nación no civilizada. Por tanto, deberíamos entender que hoy se encuentra sobrepasado pero vigente⁴⁰⁵. Debe entenderse, de la lectura, que se trata de Principios del Derecho Internacional Público, Principios que no tienen una expresión sólo en el Derecho civil o Derecho procesal o cualquiera de las otras áreas en que el Derecho se divide.

Existe una larga discusión acerca del sentido y alcance de este término⁴⁰⁶ que no será objeto de análisis aquí. Basta reconocer que el principio de la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales ha pasado a ser un Principio de Derecho Internacional Público debido a una serie de razones lógicas y de texto. Lógicamente se hace mención del concepto en una serie de normas jurídicas aunque no obligatorias a nivel internacional.

Las mismas ya han sido analizadas anteriormente. En el mismo sentido, basta mencionar las relaciones atribuibles al concepto analizado como fundamento para una serie de toma de posiciones en temas incorporados a la discusión jurídica internacional en materia de Principios del Derecho, es el caso de la noción jurídica sobre desarrollo, el derecho derivado del mismo, y, lo que nos es relevante, la relación con el tema del medio ambiente.

Se ha incorporado y se encuentra vigente, además, en dos tratados internacionales, internacionalmente obligatorios, como norma jurídica, tanto el Pacto

404 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, La Haya, 1945, p.

405 MAES, Franc, Environmental Law Principles, their nature and the Law of the Sea: A challenge for legislators, in SHERIDAN, Maurice, LAVRYSEN, Luc (eds.), Environmental Law and Practice, Bruylant, Bruselles, 2002, traducido de una versión mejorada del autor titulada, Los principios de Derecho ambiental, su naturaleza, y sus relaciones con el Derecho internacional marítimo. Un cambio para los legisladores nacionales, Anuario Mexicano de Derecho internacional, volumen, VII, 2007, pp. 189-225.

406 MALANCZUCK, Peter, op. cit., p. 48.

Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuanto en la Convención sobre Diversidad Biológica.

Un principio debe tener aplicación amplia, fundando la exigencia en el cumplimiento de obligaciones internacionales que nacen del mismo, incluso, discutidos en estrados judiciales internacionales. Es el caso de este concepto. El mismo ha sido analizado por diversos autores, muchos de los cuales se citan en este texto, empleándose, en algunos casos, a fin de exigir, al menos, el respeto a las decisiones tomadas por Estados o gobiernos en relación a actos efectuados en su territorio (o inclusive fuera del mismo cuando tales decisiones sean jurídicas e incluso políticas y su ejercicio se ejecute en áreas terrestres sin estar sometidas a su control soberano no al control soberano de Estado alguno, si así corresponde).

Este principio posee sentido, en lo que nos importa, en cuanto desarrolla derechos que se derivan del mismo, algunos descritos en la norma, estudiados ya, y otros que se obtienen lógicamente, de textos anteriores al artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica, en muchos casos, con plena aplicación y constituyendo una unidad lógico jurídica.

Soberanía expresada en derechos

Se expresa, generalmente, que el concepto “derechos” es relativamente nuevo, propio de la Modernidad, y se relaciona a “obligación”⁴⁰⁷. Más aun, dicho concepto se debe incluir dentro del concepto de fuente en cuanto tiene o debe tener una causa eficiente.

Hemos indicado anteriormente que la Soberanía y, en lo que es importante para nosotros, la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales, tiene, como efecto, fundamental en nuestra opinión, el nacimiento de una serie de derechos derivados y

407 Hohfeld citado por MORESO, Jose y VILAJOSANA, José, p. 139 ss, KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, op. cit.,1993, p.p. 63 ss., 138 ss.

derivables de tal Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales de este carácter, debido a la necesidad de contar con un principio que se interpreta y aplica por los mismos Estados que celebraron el tratado en su territorio nacional o en su territorio jurídico sea el conflicto nacional o internacional.

Lo anterior, resulta lógico debido al actuar del Estado a quien se le atribuye la Soberanía y el ejercicio de la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales ejecutándose por medio del concepto Derecho. Desde una perspectiva dogmática y exegética ahora, no puramente lógico-silogística, los textos de 1962 y siguientes, particularmente aquellos comprendidos en los textos de 1966 (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales así como Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) así como la Convención sobre Diversidad Biológica de 1992 expresan diversos derechos que aplican el principio de Soberanía sobre los recursos naturales.

La Soberanía en el Acceso, en la ejecución de actos sobre Recursos Genéticos Naturales y en la División de beneficios

Existen tres ámbitos, a lo menos en que la Soberanía y los derechos que se la derivan tienen principal efecto, a saber, en el Acceso, donde resulta lógico debido a que se tiene el Poder de decidir el ingreso, en la ejecución de actos para la investigación del ecosistema donde se desarrollan los recursos biológicos que contienen los recursos genéticos así como su extracción, análisis y determinación a través de diversos procesos químico-ingenieriles, allí el Estado en cuyo territorio se encuentre el recurso genético natural podrá obtener que sea efectuado el análisis bajo el control suyo en virtud de los derechos que se confieren por la Soberanía Permanente sobre Recursos Naturales y los derechos que nacen de dicho concepto debidamente reconocidos en las normas

internacionales obligatorias y en la Convención sobre Diversidad Biológica. Finalmente en la División de beneficios que se efectúe equitativamente en el territorio de uno de los Estados se puede ejercer los derechos que no sean contrarios a la Equidad de la División a fin de asegurar, por ejemplo, la misma y protegerla jurídicamente a través de las normas nacionales así como las políticas nacionales al respecto.

Los Derechos soberanos aplicables en el Acceso

A fin de obtener los Recursos Genéticos Naturales los postulantes deben regir las normas legales nacionales aprobadas bajo la Soberanía del Estado. Las normas procedimentales deben establecerse en razón de la Soberanía y en razón del derecho soberano para dictar las normas contempladas en el artículo 15 número siete - u otros derechos soberanos que se derivan de la norma que garantiza la Soberanía sobre los recursos naturales. Los Estados tienen, entonces, libertad para decidir la legislación y la forma en que se decidirá para definir los requisitos y procedimientos para el Acceso. Cada país puede establecer la legislación nacional que estime conveniente.

Sin perjuicio de lo anteriormente indicado se requiere de una fuente que permita, desde la perspectiva jurídica, la dictación de la legislación necesaria así como tomar otras medidas relacionadas con la Soberanía y los recursos naturales.

Derecho soberano al control de los Recursos Genéticos Naturales

Este derecho soberano al control de los Recursos Genéticos Naturales es el que permite la posibilidad para el Estado a fin de definir los requerimientos y otros detalles y así también a ejercer el Poder legítimo en orden a controlar y proteger jurídicamente (y de hecho) los recursos genéticos (así como de otros recursos naturales).

En este apartado nos concentraremos en los Recursos Genéticos Naturales pero

lo indicado es propio de los recursos naturales en general. En el ámbito ambiental internacional el Estado que tiene o posee jurisdicción sobre los recursos puede decidir proteger los mismos empleando al efecto normas jurídicas internas contra quienes violen esta materia. Del mismo modo, es posible para el Estado perseguir a personas naturales y jurídicas a través de procedimientos judiciales y diplomáticos⁴⁰⁸.

Derecho soberano a explotar los Recursos Genéticos Naturales

El derecho soberano a explotar los Recursos Genéticos Naturales ha sido reconocido por el artículo 3 de la Convención sobre Diversidad Biológica⁴⁰⁹. Todo deriva del anterior derecho y a la vez es independiente del mismo. Como es lógico y obvio se hace imprescindible no sólo controlar dichos recursos sino que poder determinar su explotación debido a que la explotación de dichos recursos es otro efecto de la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales como lo ha indicado y lo hemos referido anteriormente de la resolución 1803 de 1962⁴¹⁰.

Derechos soberanos en la ejecución de actos sobre Recursos Genéticos Naturales

La explotación implica la disposición, el uso de tales recursos, su refinamiento y el cambio de sus características externas mas no su esencia aunque debo indicar que lo esencial es la información genética que además se compone de elementos químicos. Finalmente, los elementos químicos sirven para la generación de productos que mantienen, desde el punto de vista jurídico normativo ser el antecedente o supuesto de hecho de la norma jurídica que mantiene a los recursos genéticos bajo la Soberanía

408 Una cuestión diferente es la situación de la violación de este derecho por terceros, personas naturales jurídicas y entre estas últimas las personas jurídicas internacionales, los Estados. Las formas de violación de este derecho pueden ser diferentes pero de todas formas cae dentro del concepto de "wrongful act" o acto errado que se encuentra en la base de las normas internacionales y en la teoría kelseniana a saber, "si no es "a" entonces "b" y si no es "b" entonces "c" (sanción). Volveremos sobre este punto.

409 El Artículo 3 de la Convención sobre Diversidad Biológica se reproduce anteriormente. "Artículo 3. 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." ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, Convención sobre Diversidad Biológica, p.5, <<http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>> (15.11.2011).

410 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, United Nations General Assembly, Resolutions adopted on the reports of the second committee: "Resolution 1803, (XVIII), Permanent sovereignty over Natural Resources", New York, 1962, p.15.

permanente del Estado y sus derechos que se derivan, éste es el caso.

La determinación o no de su explotación y la explotación misma también es un acto soberano del Estado no sujeto a ninguna limitación salvo que la no explotación de los recursos genéticos contenidos en animales, plantas y microorganismos pudiere significar la destrucción, la muerte o desaparición de las especies estudiadas. Así también, si la explotación configura la posibilidad de provocar algún tipo de contaminación la misma no podría efectuarse⁴¹¹.

Derecho soberano sobre la utilización

El Derecho soberano implica que el Estado posee el Derecho sobre las modificaciones que se pudieren efectuar en el Recurso Genético Natural que es una cuestión relevante a efectos de entender la importancia de la Soberanía en esta materia. La utilización no puede obviar que cualquier acto ejecutado sobre el objeto material, el Recurso Genético Natural es un acto que puede violar la Soberanía del Estado en cuyo territorio se encuentra dicho recurso.

Derechos soberanos en la División de beneficios

Es obvio pensar que los derechos soberanos no sólo se aplican en el Acceso (como erradamente se desprende de una serie de comentarista que o por omisión no tratan este tema o sencillamente niegan tal aplicación). Es decir, no es sólo la soberanía sobre los recursos naturales (genéticos) en el Acceso sino en la División de beneficios la que se debe analizar⁴¹².

La Soberanía sobre los recursos naturales, principio que se ha manifestado de manera patente desde las primeras declaraciones y que ha sido consagrado en tratados

411 Como complementación el Derecho del Mar en la Convención del Derecho del Mar (1992) incluye en su artículo 193 el caso de la soberanía sobre el Mar Territorial.

412 Por los que no expresan ninguna opinión véase ten Kate, Kerry y Laird, Sara, The commercial use of biodiversity, Earthscan, Londres, 2000.

internacionales, uno de ellos la Convención sobre Diversidad Biológica, abarca todos los momentos de la utilización de los recursos. Me explico, se desarrolla desde el permiso para el Acceso, hasta la depuración completa del recurso a fin de lograr su utilización en los derivados y más aun, en la modificación desde derivativo a producto final. Es parte integrante de la Soberanía y los derechos que de ella se derivan el lograr la respectiva protección jurídica de los recursos a favor de quien es su legítimo detentador, su legítimo soberano.

Se constituye en excepción o modifica la situación jurídica expresada precedentemente la transferencia entre Estados entre el Estado que posee la Soberanía sobre los recursos naturales, en nuestro caso recursos genéticos y el Estado que los recibe, la transferencia del Estado que ejerce la Soberanía sobre los recursos naturales y la persona a quien se le transfiere, en todos los casos, de manera legal, es decir, es el Estado el que asume la calidad de transferente y con pleno conocimiento y voluntad de lo que transfiere. Cualquier otra opción se convierte de manera inmediata en ilícita y si bien es un ilícito atípico⁴¹³ dentro del Derecho Internacional Penal no lo es dentro del Derecho Internacional Público (en general) debido a que viola las normas de la Convención sobre Diversidad Biológica en cuanto tampoco se protegen los derechos soberanos en la División de beneficios.

Es ilícita, como indicaremos más adelante, la constitución, bajo las leyes de cualquier país y, por cierto, bajo las normas internacionales sobre derechos de la propiedad intelectual e industrial como ahondaremos más adelante, debido a que, se abusa de un derecho amparando jurídicamente un ilícito.

En este sentido no aceptamos el que la “venta de cosa ajena valga” cuestión que al menos en el Código Civil chileno, es válida (aunque resguarda los derechos del dueño pero amparando al adquirente por medio de la prescripción adquisitiva) pero que en

413 Sobre el concepto “ilícito atípico” ver ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Ilícitos atípicos*, Editorial Trotta, 2a Edición, 2006.

Derecho Internacional Público, cuando hablamos de normas de Derecho público, no podríamos aceptar.

Analizaremos esta oposición de normas y la preeminencia del Derecho Internacional Público sobre el Derecho nacional y sobre las normas de carácter privado y su preeminencia en materia de Acceso a los recursos naturales genéticos y la División de beneficios sobre los mismos *vis a vis* las normas sobre propiedad intelectual que amparan ilícitos atípicos internacionales.

Conclusiones del capítulo

Los conceptos de Justicia y Equidad poseen una amplia vida en la filosofía y en el Derecho, es decir, tienen un origen que se remonta a la Grecia clásica. Hay autores que los intentan definir, otros que niegan su existencia y hay algunos que la consideran o podrían considerarlos como parte del Derecho, cumpliendo diversas funciones.

Sin embargo, al incorporarse en una norma jurídica, en el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica, no es posible evitar o negar su aplicación por cuanto es una norma imperativa, la participación en los beneficios de los Recursos Genéticos Naturales debe ser cualificada, finalmente, como justa y equitativa.

No hay que olvidar los elementos propios de la norma jurídica que analizamos pero que son de carácter intrínseco, el que hay un artículo, el número 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica, que tiene ciertas características básicas, ser una norma imperativa de carácter internacional regulando las relaciones de los Estados entre sí y de carácter nacional regulando la cualificación de la División de los beneficios derivados de la utilización de los Recursos Genéticos Naturales constituyendo diversos tipos de obligaciones, así podemos consignar obligaciones de medio y de resultado. Cada una de las obligaciones y derechos que aparecen en el artículo posee sus propias

características consignándose que las interpretaciones que se han hecho han desarrollado una visión privatista de los recursos. En verdad, cada número del artículo posee una concepción diferente en cuanto a la situación jurídica del Estado, no podría consignarse que el Estado posee Derechos, número uno, y luego que personas naturales y jurídicas pueden disponer de tales derechos, números 2 al 6 sino que debe mirarse lo anterior dentro del contexto propio de un tratado internacional interestatal donde no puede implícitamente sino explícitamente consignar derechos a varios titulares y en el caso que nos ocupa sólo hay un titular.

La segunda parte entrega las bases o fundamentos para comprender el fenómeno interpretativo no sólo dogmático-exegético sino lógico-histórico. Una interpretación interna.

La Convención ha cambiado la percepción de la protección jurídica de los Recursos Genéticos Naturales, el Acceso y la División Equitativa de Beneficios.

Al mismo tiempo, el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica ha jugado un rol importantísimo en el cambio del punto de vista de la admisión y División de los beneficios o de las ganancias de dichos recursos.

El artículo 15 es una fuente de derechos y obligaciones que dicen relación con la Convención de Diversidad Biológica y los recursos que ésta regula denominados recursos genéticos.

Los derechos referidos poseen diferentes sentidos. Así un mismo derecho puede tener diversas significaciones pero se han distinguido los derechos que se expresan en el artículo 15 de otros que derivan de otras normas que provienen de momentos anteriores y textos jurídicos obligatorios anteriores. Las obligaciones correspondientes se incluyen, igualmente aunque no corresponden unos con otras. Tales derechos brevemente son:

- 1.- Derechos soberanos sobre los recursos naturales, en particular, recursos

genéticos contemplados o no en el artículo 15

2.- Derecho de determinar las normas sobre el Acceso

3.- Derecho a determinar las modalidades o requisitos para obtener el Acceso.

4.- Derecho a establecer requisitos mínimos para determinar el Acceso a los recursos genéticos.

5.- Derecho a exigir por la vía judicial internacional o nacional los derechos conculcados y a exigir la responsabilidad de los Estados que amparan a los conculcadores.

Las obligaciones a su vez son:

1.- La obligación de respetar la Soberanía sobre los recursos naturales

2.- La obligación de poder acceder a través de acuerdos mutuamente aceptados

3.- La obligación de poder acceder considerando sólo el Consentimiento Informado Previo

4.- La obligación de dictar normativa que contenga la regulación de un reparto equitativo de los beneficios derivados de la utilización de los Recursos Genéticos Naturales aun en países desarrollados.

5.- La obligación de llegar a acuerdos entre Estados si se desea repartir los beneficios de los Recursos Genéticos Naturales. El número uno del artículo 15 de la Convención incluye los derechos soberanos de los Estados sobre los recursos naturales como un derecho declarado. Luego tenemos que los recursos naturales regulados por la Convención son los recursos genéticos y en esta investigación, a fin de diferenciarlos de recursos genéticos de la agricultura, el mar u otros, les hemos denominado Recursos Genéticos Naturales o provenientes de plantas, animales y microorganismos de naturaleza bravía. Este derecho lleva a que internacionalmente pueda perseguirse la responsabilidad del Estado que extrae recursos sin permisos, aquel que sin extraer

recursos sin embargo protege legalmente por otros medios dicha extracción y por tanto incurre en responsabilidad estatal. Más aun, es posible dictar leyes, tomar resoluciones administrativas o generar otras normas jurídicas que establezcan requisitos para el Acceso y la División de los beneficios de los recursos genéticos a nivel nacional debiendo efectuar tales actos todos los países que son parte de la Convención.

Sin embargo, un balance entre el Acceso a los recursos y el derecho soberano se ha alcanzado a través de la posibilidad de llegar a acuerdos entre las partes, Estados, que tienen un interés en tener Acceso a los recursos.

Las obligaciones del artículo 15 de la Convención son tanto de medio como de resultado así también existen obligaciones continuas. El número 2 de este artículo define la manera en que el Acceso se efectuará y define cómo honrar estas obligaciones. El mismo número establece obligaciones de resultado por las cuales no se pueden establecer condiciones de Acceso que sean de tal nivel de exigencia por las normas jurídicas nacionales que impidan la aplicación de la Convención.

La obligación de un Consentimiento Informado Previo es una obligación de resultado que se puede derivar de una obligación bilateral o una obligación multilateral así como obligación con pluralidad de deudores o postulantes.

La obligación de acordar Términos Mutuamente Acordados es de resultado y puede derivarse de una obligación bilateral o de una obligación multilateral donde es posible establecer condiciones a otros Estados para el ingreso y Acceso a los recursos naturales.

El número 8 del artículo 15 ha incluido una obligación de medios que puede contener una obligación de origen bilateral o multilateral. Esta obligación internacional establece que los Estados miembros de la Convención de Diversidad Biológica deberán dividir sus beneficios que tienen como origen a los Recursos Genéticos Naturales.

El artículo 15 en sus números uno y siete incluyen la aplicación de las obligaciones y derechos contenidos en los números antes señalados en el Derecho nacional. Desde otro punto de vista el número uno contiene un derecho o facultad donde el número 7 contiene una obligación. Finalmente la aplicación de una División de beneficios en un sentido amplio dado que es un principio general que debe aplicarse a nivel nacional y a nivel internacional aun cuando no se haya respetado el derecho contenido en el número número uno.

Además, de la Segunda Parte, es posible concluir que los conceptos a desarrollar se encuentran resumidamente incorporados en esta tesis. A saber, los conceptos en cuestión son los siguientes, el concepto de norma jurídica, los conceptos de derecho y deberes, los conceptos de Soberanía y de principios así como de División de beneficios y de Equidad en tal División.

No se debe olvidar que nuestra propuesta parte de los ejes temáticos derechos y obligaciones, Soberanía sobre recursos naturales y Equidad en la División de los beneficios. Todos los anteriores se unen al concepto de responsabilidad.

Los derechos y obligaciones contenidos en el artículo 15 son posible de ser expresados en términos de carácter normativo-jurídicos, clarificadores del sentido y alcance de tales derechos y obligaciones. La fuerza del concepto de Soberanía, a su vez, se puede encontrar en un elemento fundamental, al menos desde la perspectiva de la Convención, la Soberanía no sólo tiene un sentido pasivo basado en la negación de intromisión en asuntos internos y la necesidad de solicitar permiso para actuar dentro de los límites jurídicos donde se ejerce la misma sino que, de manera aun más fina y puntual hoy día establece la obligación de no hacer por otros Estados Miembros de la comunidad internacional al no poder amparar consecuencias de actos contrarios a la Convención y a la violación de la Soberanía tanto en el Acceso a los recursos como en

la División equitativa de los mismos. No podrían obviar la responsabilidad jurídica internacional consiguiente. Ahondaremos en cada uno de los puntos indicados más adelante sólo mencionándolos aquí.

Es necesario distinguir del proceso de determinación de los beneficios como justos y equitativos, la participación de titulares de conocimiento tradicional porque es errado considerar que donde existan Recursos Genéticos Naturales hay conocimientos tradicionales involucrados. Lo anterior se verifica normativamente inclusive en cuanto los conocimientos tradicionales ingresan a un sistema de propiedad privada (comunitaria o no, en cuanto sus titulares, pueden ser comunidades locales o indígenas) y los Recursos Genéticos Naturales se encuentran situados en un artículo y una norma jurídica diferente cuyo fundamento son las relaciones entre Estados y no entre sujetos de Derecho privado. Además se relaciona el concepto de Justicia y Equidad con el de Soberanía, una cualidad del Estado en el Derecho Internacional Público constituida por el Poder jurídico del Estado sobre las personas, el Orden jurídico nacional.

Adelantamos, además que la violación de la soberanía trae la ausencia de Equidad y Justicia en cualquier tipo de posible transacción así como solución de controversias y de manera inmediata descalifica la posibilidad de poder alcanzar una solución a la División de los beneficios derivados de los Recursos Genéticos llevándonos a la necesidad de contar con una sanción pecuniaria contra el ejecutor de tal acto sea personas natural o jurídica porque involucra como órgano al Estado.

CAPÍTULO II

CONCEPTOS RELACIONADOS CON LA DIVISIÓN DE BENEFICIOS EN PERSPECTIVA AMBIENTAL INTERNACIONAL Y COMPARADA, JUSTICIA Y EQUIDAD

Capítulo II

Conceptos relacionados con la División de beneficios en perspectiva ambiental internacional y comparada, Justicia y Equidad

Introducción

Uno de los objetivos más relevantes del artículo 15 de la Convención, elevado a la categoría de obligación internacional, es la “cooperación científica” entre científicos como consecuencia del Acceso a los recursos genéticos. La afirmación se basa en que el texto del artículo 15 es general y abstracto admitiendo interpretación y aplicación antes indicada, como se demuestra de los casos citados más adelante. Los científicos, bajo la protección jurídica de la Convención sobre Diversidad Biológica pueden colaborar, inclusive, como representantes de sus respectivos Estados. Esta colaboración se ha desarrollado a fin de obtener mayor información acerca de las formas de conservar de mejor manera los Recursos Genéticos Naturales así como alcanzar otros objetivos relativos al tema de la utilización de los mismos recursos.

Es lógico pensar que la ciencia no es la única área donde el tópico de la investigación y sus usos puede ser y es relevante. Los resultados de las investigaciones científicas y comerciales pueden y tienen efectos relevantes en el comercio. Los resultados de las investigaciones científicas pueden ser y son relevantes para el comercio internacional y nacional, para el comercio en general porque solucionar problemas de mayor o menor importancia para el Ser humano supone en muchos casos el pago de una suma de dinero por dicha solución, piénsese en la mejoría de un resfriado a través de ácido acetilsalicílico o la obtención de zumo de fruta por medio de una juguera. Esta realidad es incorporada como “supuesto de hecho” en el artículo 15 pero en su número siete.

La Convención reconoce que entre países o Estados es un hecho que durante centurias ha existido comercio respecto de los Recursos Genéticos Naturales. Es cierto, debemos reconocerlo, que no es un comercio respecto de los Recursos Genéticos Naturales en sí mismo pero podemos apuntar que ha existido un comercio o intercambio comercial respecto de los recursos biológicos que contienen las características genéticas de los Recursos Genéticos Naturales. TEN KATE y LAIRD han manifestado este hecho⁴¹⁴. Los países intercambian los recursos genéticos a fin de obtener beneficios de carácter económico, desde esta perspectiva se hace necesario contar con la regulación de estas materias y determinar las características de esta regulación.

La División equitativa de beneficios con atención a los términos establecidos de común acuerdo por los Estados entre los mismos o con particulares

El tópico de la Equidad en la División de beneficios provenientes de los recursos genéticos se encuentra en el centro de la discusión en materia de los recursos genéticos mismos. Es necesario entender que la noción de División de beneficios está calificada por la Equidad en la misma. Los beneficios son expectativas, es decir ganancias que se obtendrán, no obtenidas actualmente. En una segunda aproximación el beneficio se habrá obtenido en el pasado pero es dable indicar que no resulta efectivamente correcto indicar que los beneficios se han obtenido particularmente en el caso de los Recursos Genéticos Naturales. Es un *factum*, un hecho que desgraciadamente no es posible determinar los beneficios de los recursos genéticos provenientes de animales, plantas y microorganismos antes e inclusive durante su comercialización sino, generalmente, una vez que la misma se ha verificado, es decir, cuando el beneficio es acto y no potencia.

La División de tales beneficios, como veremos, se relaciona directamente con la Equidad en la misma. Es por lo anterior, que efectuaremos un breve análisis de la

414 TEN KATE, Kerry y LAIRD, Sarah, The commercial use of biodiversity, Earthscan, Londres, 2000, p. 1.

Equidad como elemento propio de estas materias mirando el problema desde la perspectiva de la historia a fin de encontrarnos, como lo planteara KELSEN⁴¹⁵, con la ausencia de un concepto absoluto de Justicia, la cara teórica de la Equidad, para luego volvernos a la Equidad propiamente tal y señalar, desde el punto de vista de los recursos genéticos, los posibles criterios para cumplir, desde una perspectiva hermenéutica con la necesidad de interpretar el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica, en la aplicación nacional de todos los Estados cuando se tiene que proceder a la División de los beneficios.

Obviamente que en caso que se haya acordado lícitamente un criterio de División, luego de una extracción lícita de recursos sometidos a la Soberanía nacional, la aplicación de los criterios no será absolutamente necesaria. Pero si en dicha extracción lícita tales criterios no hubieren sido definidos entonces deberá, por lo menos, tenerse presentes a los mismos. En tanto, lo contrario, la extracción ilícita, en principio, supone, por definición, que los actos posteriores a la misma son de la misma especie y las ganancias que pudieren obtenerse de tal acto deben ser devueltas a su legítimo detentador.

Violación de las normas de la Convención a través de una extracción ilegal, norma básica

Lo normal, según indicamos, es la extracción legal y lícita de recursos genéticos y lo anormal es la extracción ilegal e ilícita de recursos genéticos del territorio de un Estado. La primera trae la necesidad de contar con una División de beneficios, si los anteriores se producen y la forma de tal División puede haberse contemplado en un

415 KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, Losada, 1941, pp. 37-42. KELSEN, Hans, op. cit., 1993, pp. 79-80, KELSEN, Hans, op. cit., 1992, párrafo 76. KELSEN formula una afirmación "dura", así: La Justicia absoluta parece ser más fuerte que un ideal racional (capítulo IX, parte 1, párrafo 70) y agrega que : "Desde el punto de vista del conocimiento racional, existen sólo intereses humanos y, por lo tanto, conflicto de intereses." (párrafo.76). Relaciona a la Justicia a la paz social y es allí donde tiene su origen la Justicia, según KELSEN. Es en la idea de Justicia social donde la noción de Justicia se transforma desde una faz absoluta a una relativa (capítulo IX, parte 1, párrafo 60) (...) y desde allí el principio moral fundamental que subyace a una teoría relativista de los valores o que de la misma puede deducirse, es el principio de la tolerancia, es decir, la exigencia de buena voluntad para comprender las concepciones religiosas o políticas de los demás, aun cuando no las comparta (...)" (capítulo IX, parte 2, párrafo 63).

acuerdo interestatal, en un contrato entre un Estado y una persona natural o jurídica o en la legislación del país donde se lleve el respectivo bien en cuestión, se efectúe la investigación.

Lo extraordinario es la violación de una norma básica de carácter nacional cuando la Convención sobre Diversidad Biológica es nacional o de carácter internacional, cuando lo es en este segundo carácter. En esta materia es dable indicar que dicha norma jurídica, básica, indica dos posibilidades, a saber, si la norma es nacional (por incorporación de la misma al Orden jurídico nacional), entonces se debe obedecer la que en el artículo 15 número siete establece la forma en que debe efectuarse el Acceso y la División de beneficios, a saber, que debe llegarse a un acuerdo entre Estados y, en la segunda posibilidad, si la norma es internacional (debido a que se está lo que indique la Convención sobre Diversidad Biológica) la norma del número uno del mismo artículo es plenamente aplicable y se debe llegar a un acuerdo entre los Estados. De fallar los acuerdos entre Estados o con el Estado, al no haberse llegado a un acuerdo o al haberse obviado el acuerdo entre o con el Estado se está en un ilícito. El ilícito consiste en la ausencia de acuerdo con el Estado en cuyo territorio se encuentra el respectivo Recurso Genético Natural debido a la extracción ilegal⁴¹⁶.

En los presentes casos la extracción ilegal convierte por tanto toda ulterior actividad en ilegal con lo cual deviene en imposible el que se reparta el respectivo beneficio.

Lo anterior podríamos describirlo utilizando el ejemplo del automóvil extraído ilícitamente, ya planteado. Si se me ha extraído ilícitamente un automóvil, luego se ha utilizado rentándolo para carreras, transporte de personas y cosas y finalmente es detenido el delincuente y confiscado el botín, el mismo se debe restituir al dueño a fin

416 Podría haber otro supuesto de hecho donde también se incumple con la Convención sobre Diversidad Biológica. El caso, no poco infrecuente, de considerar una ley determinada, sea por expresa mención de la misma o porque así lo indica la interpretación de la misma, como norma que deviene en la norma nacional de acceso y división de beneficios, expresión de las obligaciones derivadas del Artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica. Igualmente te produciría un ilícito por ausencia de acuerdo o permiso con el Estado en cuyo territorio se encuentra el Recurso Genético Natural.

de efectuar las reparaciones correspondientes al automóvil sin posibilidad de reparto entre el ladrón y el dueño. Lo contrario permitiría validar cualquier acto contrario a derecho por medio de la División de los beneficios.

Existe un segundo tipo o una segunda forma de violación de la norma, de las obligaciones contenidas en el artículo 15. Este segundo orden podemos llamarlo norma compleja o como lo indicáramos en otra parte, una violación de la norma por omisión. Lo expresado se produce en los casos en que un Estado, sea o no aquel afectado por el ilícito, ejecuta actos que tienen por objeto garantizar derechos sobre el objeto del ilícito o sus derivados. (Explicamos porqué los derivados son protegidos a través de las normas de la Convención sobre Diversidad Biológica). Al establecerse alguna forma de protección de los derechos de las personas que ejecutan el ilícito, inclusive sean o no representantes del Estado que garantiza y protege los supuestos derechos, nos encontramos con un problema para quienes creen en la magia: el acto es ilícito y seguirá en tal calidad y, por tanto, la garantía estatal viola las obligaciones internacionales derivadas del artículo. Es por lo anterior que la ilicitud no muta en licitud en este caso⁴¹⁷.

La Convención sobre Diversidad Biológica en el artículo 15 supone la posibilidad de poder extraer legalmente así como lícitamente

La obediencia de la obligación de permitir Acceso a los recursos genéticos tiene contrapartida en la obligación de contar con los permisos, autorizaciones o derechamente, el consentimiento del Estado en cuyo territorio se sitúan tales recursos. Tal obligación se expresa desde lo internacional en los números uno, dos y tres del artículo 15 de Convención sobre Diversidad Biológica y en el plano del derecho

417 Es cierto que podríamos encontrarlos con otro tema, la prescripción adquisitiva en materia internacional o nacional. En este punto si fuere el caso de Estados la institución de la prescripción adquisitiva no es aplicable a los Recursos Genéticos Naturales sino al territorio. Si fuere entre personas, de acuerdo a expresa mención de la Convención sobre Diversidad Biológica, los Recursos Genéticos Naturales están sometidos a los derechos sobre los recursos naturales del Estado.

nacional en el número siete del mismo artículo. En el primer caso regula a los Estados en sus interrelaciones y en el segundo en sus entra-relaciones relativas a los Recursos Genéticos Naturales.

La Justicia y la Equidad, concepto, historia, determinación de un criterio

KELSEN señala en el texto “¿Qué es la Justicia?” su desaprobación a la noción de un concepto de Justicia absoluta y su adscripción a un concepto de Justicia relativa y social. Sin perjuicio de considerar tal afirmación válida, aun hoy, nace un problema metodológico e interpretativo. Si el legislador, en un sentido amplio, incluye la noción de Justicia y su contraparte la Equidad en una norma jurídica obliga a tener que efectuar una interpretación.

Supongamos que el legislador creara una norma que dijera:

<Si es “A” entonces deberá efectuarse “A” conforme a Justicia y Equidad>

Lo anterior es una obligación. “A” es el “supuesto de hecho” y, luego, no sabemos qué es Justicia y Equidad porque son palabras, como muchos otros en el Derecho, que no tienen una definición precisa, son, podríamos llamarlos, “conceptos válvulas”, es decir, conceptos que tienen por objeto auxiliar en la definición o comprensión de la obligación siendo interpretados de acuerdo a los conocimientos del intérprete y debiendo definir dicho interprete, en el caso que nos ocupa el legislador nacional, conforme al artículo 15 número siete, lo que considera como “justo y equitativo”.

Entonces, como es lógico, nos encontramos con un problema, a saber, una norma jurídica que indica dos criterios de calificación que deben ser debidamente

interpretados y, a falta de tal interpretación, generaremos la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones nacionales e internacionales, en este caso la primera de implementar o aplicar a nivel nacional Equidad y Justicia en la División de beneficios provenientes en la utilización de los recursos genéticos y la segunda al poder ser exigida por Estados que sean parte del tratado, es decir, que tienen derechos internacionales de acuerdo a la norma jurídica contenida en el artículo 15 citado, lo que hace incurrir al Estado en responsabilidad internacional. Alguien podría indicar que lo anterior carece de importancia pero si careciera de importancia lo cierto es que nos hallaríamos en una dificultad para el Estado debido a que no cumpliría con sus obligaciones para con sus representados porque se perderían ganancias necesarias para mejorar la condición de los habitantes del territorio del Estado mismo o de otros Estados debido a que ampararía la ilicitud de una conducta.

Conceptos de Justicia y Equidad

Toda acción está relacionada con la consecución de un bien. Esta cita que efectúa el profesor Joseph RAZ, uno de los más significativos especialistas en el Positivismo jurídico (y que se refiere a una frase de Aristóteles), hace nacer y nos permite discutir el problema de la Justicia y la Equidad, es decir qué son y cómo operan en la División de beneficios o cómo podrían operar en dicho acto y si verdaderamente existe Justicia y Equidad.

Frente a RAZ aparece uno de sus compañeros más importantes en la discusión de este tipo de materias, el Profesor John FINNIS, de la misma universidad, discípulo de HART y ferviente partidario del ius naturalismo⁴¹⁸. WEINRIB indica que resulta que los Seres humanos poseen la capacidad de describir determinado resultado como injusto, es decir, como contrario a un concepto, todavía no determinado, de lo que debe

418 FINNIS, John, op cit, toda la obra pero, en particular pp 191-226, WEINREB, Lloyd L., Natural Law and Justice, Harvard University Press, Massachussets, 1987, pp. 184-265.

considerarse justo como Gorgias, una obra griega) cita WEINRIB, en que Calicles, que abominaba de la moral convencional, indicaba que Justicia era la forma injusta de prevalecer sobre el fuerte por parte del débil⁴¹⁹. Podemos incluir, dentro de esta segunda opinión la expresada, desde un punto de vista analítico, por MAYNE equidad tiene por objeto lograr que se armonice una proposición general (norma jurídica general y abstracta) con las necesidades sociales, es decir, moderadora⁴²⁰.

En un contexto legal Equidad puede ser definido como Justicia. Hemos indicado que son conceptos diferentes, uno teórico el otro de aplicación práctica⁴²¹. La palabra Equidad es usada como sinónimo de “Justicia Natural”, es decir, Justicia, propia al caso sin que sea necesario argüir o resolver algo. Así también la Equidad es contrastada a la aplicación de la ley de manera “estricta” es decir, utilizando la exégesis y de forma que no tenga posibilidad alguna de ser modificada aplicando la máxima gravedad. Equidad, por consiguiente, es la aplicación a circunstancias particulares de lo que parece naturalmente justo y correcto, en contraste a la pura aplicación de la ley sólo⁴²². Cómo se ha expresado al inicio, esta investigación se relaciona a los problemas de cómo, por qué y cuándo dividir ganancias, a fin de resolver un problema no atingente a la dogmática pero relevante: qué es dividir beneficios provenientes de la utilización de los recursos genéticos de manera justa y equitativa.

Es necesario interpretar lo que es justo y equitativo, no se puede obviar dado que es una obligación internacional que ingresa al Derecho nacional. De donde se sigue que lo indicado por KELSEN al menos en este aspecto, no nos es útil porque lo que sea

419 Esta presentación extraña siempre me ha provocado dudas acerca de lo que dice Calicles porque parecería que viene a ratificar la existencia de la Justicia dado que considera injusto a la Justicia misma. WINRIB, Lloyd, op. cit., p. 182.

420 SUMNER MAYNE, Henry, Derecho Antiguo considerado en sus relaciones con la historia de la sociedad primitiva y con las ideas modernas, Biblioteca jurídica de autores contemporáneos, Escuela tipográfica del Hospicio, Madrid, 1893, p. 28. En ella se entendía un cuerpo de reglas, cualquiera, existentes de manera paralela al Derecho civil, “fundadas en principios distintos sobreponiéndose en cada caso particular al Derecho debido a una “pureza superior” que se atribuyen a sus principios, p. 30. Aunque se desliza una crítica a esta concepción debido a las diferencias entre normas jurídicas y la relación con los juzgadores en diferentes tiempos y lugares es diferente pero se mantiene la noción de principios superiores. Agrega que la legislación puede ser dictada conforme a la equidad pero su fuerza obligatoria proviene de la “autoridad legislativa”. p. 31. Además las reglas de equidad pretenden autoridad superior a las reglas inclusive de la de los tribunales.

421 Hay quienes lo niegan y señalan la incongruencia de contar con Derecho y creer en la existencia de la Justicia, KELSEN, Hans, op. cit., 1993, párrafo 35.

422 WALKER, David, The Oxford Companion of Law, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 424.

justo producto del acuerdo deja atrás a la imposición normativa conteniendo o criterios o formas de División e inclusive porcentajes para que, en el caso que nos ocupa, se determine la participación en los beneficios derivados de la utilización de los Recursos Genéticos Naturales, en la comercialización y no sólo investigación de los mismos.

Historia del concepto de “Justicia”

Este estudio de la interpretación de los conceptos aludidos lo haremos desde Aristóteles hasta nuestros días. En este sentido nuestra explicación será precisamente una explicación, una descripción de lo que otros en tiempos diferentes entienden por estos conceptos. Hemos escogido filósofos y juristas, los primeros por relevancia, los segundo por atinencia.

ARISTÓTELES (384-322 AC)⁴²³ ha definido lo que la Equidad es. Equidad es lo que es justo. Por lo tanto, debemos acudir a un concepto de Justicia. Este concepto no se expresa en la legislación, lo que denominaríamos como la Ley, es decir, en el sistema jurídico.

Las leyes o el Orden jurídico y la Justicia son conceptos diferenciados en Aristóteles. No podría considerarse al Orden jurídico como expresión de la Justicia, es decir, considerarse a la ley como expresión de este concepto.

De la aplicación de cada una de las leyes del Orden jurídico (utilizo esta expresión y la incluyo en el “Orden jurídico” por poseer un valor doble la palabra “ley” en este caso, de una parte una ley y de otra Orden jurídico) nos podemos encontrar con una situación particular, que se obtenga una injusticia.

Supongamos, a modo de ilustración, que en un contrato sobre recursos genéticos se acuerde que los detentadores del conocimiento adicional obtendrán un décimo de las

423 En algún momento tuve la oportunidad de conversar con el premio Nobel de Economía Dr. Amartya SEN. Éste, refiriéndose al origen de conceptos en la filosofía griega me indicó que existía la posibilidad de relación entre concepto indios y la Justicia y Equidad en ARISTÓTELES. La profesora Martha NUSSBAUM, luego, me indicó que no existía una relación directa pero que muchas veces atrapamos conceptos relacionados y los utilizamos en la materia. No he podido encontrar concepto que estuvieren directamente relacionados a través de una cita en el texto de ARISTÓTELES. Esto ocurrió en el 2002.

ganancias por recurso genético natural que auxilien en su determinación y que será calculado sobre el precio de venta del recurso que es un décimo de lo obtenido como ganancia en el futuro.

Nos preguntamos aquí si la ley del contrato, basada en la libertad contractual, propia de un sistema como los propugnados por algunos autores en la materia, merecería ser respetada porque pareciera que el resultado, un centésimo de los beneficios no es precisamente propio de un concepto de Justicia o de un concepto de Equidad dada la alta participación de los detentadores del conocimiento referido, aunque imperfecto, justo es reconocerlo. KELSEN en este sentido nos habla de una Justicia relativa y no absoluta basada en consideraciones sociales.

La Equidad en la visión de Aristóteles, debe enmendar la aplicación de la ley cuando la misma es severa, es decir, produce, de aplicarse exegéticamente, un resultado injusto. De no producirse dicho resultado, no hay necesidad de aplicar la ley en tal forma. En esta materia, como es lógico, Aristóteles no define el tipo de ley pero dado sus estudio de una gran cantidad de constituciones de Estados Griegos podemos atender que muy probablemente decía relación con leyes nacionales.

Entonces, en la aplicación excesiva de la ley es posible aplicar la Equidad. Existe, sin embargo, una segunda posibilidad de aplicación de la Equidad, a saber, al silencio. En este caso, Aristóteles proponía que en las circunstancias en que existiera silencio de la ley, es decir, existiera una laguna, la Equidad era perfectamente aplicable a fin de resolver los casos correspondientes.

En el intermedio entre dos de los más grandes filósofos de todos los tiempos miramos a Roma y su derecho de la mano de MAYNE. Indica este autor que los romanos consideraban que al lado del Derecho civil (de los ciudadanos) se encontraba el Derecho de las naciones (*ius gentium*) proveniente de la razón natural y que porque

las naciones se sirven de él y la parte que el pretor suponía haber introducido en la jurisprudencia romana y se le llamaba simplemente “derecho natural (ius naturales) y se decía que sus prescripciones eran dictadas por la equidad natural y también por la razón natural.”⁴²⁴. Pero el *ius gentium* representó lo que eran las costumbres entre las tribus italianas. Era mirado este Orden jurídico con desdén prefiriendo el Derecho civil sobre el *ius gentium* hasta la aplicación de la teoría griega del Derecho natural en Roma⁴²⁵. Se entendía al Derecho natural como producto de la naturaleza, el mundo físico (producto de algún elemento o ley primordial, movimiento, humedad o generación, el mundo moral; las ideas, las prácticas y aspiraciones del “género humano”). El sentido de naturaleza era una elevación de la cima de costumbres desordenadas y placeres groseros por abstinencia y dominio de sí mismo⁴²⁶.

Posteriormente se llegó a creer que *ius gentium* era el código perdido de la naturaleza y debía colocar dichas normas jurídicas por sobre el Derecho civil⁴²⁷.

Luego, el concepto de equidad toma la noción o idea de nivelación entre las personas, y equidad equivalía a naturaleza y la naturaleza para un romano era sinónimo de orden simétrico físico y moral⁴²⁸. Salvo Juliano, uno de los pretores romanos, dictó el edicto que le impetraba la ley romana, acerca de la conducción de su magistratura, donde se dejó constancia del cuerpo entero de la jurisprudencia de equidad⁴²⁹. Se le denomina el Edicto Juliano donde se constituyó la jurisdicción de equidad y luego sirvió de fundamento a la discusión en tribunales y por jurisconsultos. Es posible rescatar de esta breve exposición la idea de nivelación de la equidad, propia del Derecho romano, su no necesario fundamento moralizante, el fin teleológico, regir actos no regulados por el derecho civil y luego regir todos los actos permeando el Derecho romano con la obra

424 SUMNER MAYNE, Henry, op. cit., pp. 41, 43

425 SUMNER MAYNE, Henry, op. cit., pp. 44-45.

426 SUMNER MAYNE, Henry, op. cit., pp. 45-46.

427 SUMNER MAYNE, Henry, op. cit., pp. 46-47.

428 SUMNER MAYNE, Henry, op. cit., pp. 46-47.

429 SUMNER MAYNE, Henry, op. cit., pp. 47-51.

de juristas. Es decir, no se discutía la existencia de la equidad sino que se la explicaba y aplicaba.

Un segundo filósofo y, a la vez, teólogo, es Santo Tomás de Aquino. Existe una relación intelectual entre Aristóteles y Santo Tomás de Aquino. Aristóteles es el “padre intelectual” de Santo Tomás de Aquino en cuanto este último efectuó un análisis pormenorizado de los conceptos aristotélicos como quizás nadie hubiere podido efectuarlo. Un aspecto relevante ha sido el tema de la Justicia y otro el de la Equidad. Los conceptos los analizaremos en Aquino para luego seguir con otros autores. En este sentido el generador de la noción de Justicia y Equidad es Aristóteles y un comentarista de gran importancia es Santo Tomás de Aquino⁴³⁰. Desde otra perspectiva, podemos apuntar una ilación lógica entre quienes rechazan la idea o noción de Justicia, al menos en una concepción de Justicia absoluta y, por tanto, de Equidad. La Justicia es relativa. Quién ha seguido esta opción es el profesor Hans KELSEN y creemos, el profesor Herbert HART.

Equidad en palabras de Hugo GROCIO (1553-1645) debe incluir a la misma como una forma de corrección de la aplicación de la ley⁴³¹. GROCIO, sin embargo, concebía a la Equidad en el ámbito de la razón humana y sin la específica existencia de un Dios. Es, por lo anterior, que su idea de universalidad tiene relación con la noción de generalidad y abstracción basado en la noción de humanidad, en vez de la idea de universalidad, que posee el concepto de Equidad en el ámbito religioso.

PERELMAN, a su vez, hace una distinción entre “Justicia formal” y “Equidad”. La “Justicia formal” es la simple aplicación de los principios de Justicia, por ejemplo, el principio “aquellos que pertenecen a la misma categoría deben ser tratados de la misma manera”. Sin embargo, la noción de “categoría”, de acuerdo a PERELMAN, resulta

430 FINNIS, John, op. cit., p. 207.

431 GROTTIUS, Hugo, De iure bellum at pace, <<http://www.bellum.nu/wp/grotius/hgotlowap.html>> (04.02.09).

difícil de definir. Desde otra perspectiva, la noción Equidad, para PERELMAN, es la tendencia a tratar individuos de una manera diferente de acuerdo a su “categoría”. En este segundo caso la noción de categoría resulta diferente, se plantea a propósito de la noción de pertenencia a un grupo dentro de la sociedad que posee características que lo hacen único, por ejemplo, mujeres casadas, niños sin hogar, niños maltratados. Este es el concepto que PERELMAN deja entrever en su obra. Desde otra perspectiva, “Equidad” es la tendencia, de acuerdo a PERELMAN, de tratar (es un acto, no sólo un principio), a los individuos de manera diferente. En la concepción de PERELMAN, existen dos tipos de racionalidades, una de carácter argumentativa, otra de corte analítica. La primera se concentra en los argumentos a fin de resolver el problema. La segunda se concentra, a fin de resolver problemas, en los “hechos” (*factum*)⁴³². Se nos aparece como conclusión que la definición de Equidad debería basarse en los “hechos” más no en los argumentos sino una vez que se ha determinado los hechos mismos. Tras la determinación de los hechos podríamos caminar a un segundo plano que es la definición de lo que es justo y equitativo a través de la argumentación correspondiente.

Dentro de este análisis histórico otro de los juristas que estudiaremos es el norteamericano Roscoe POUND. POUND aplica la Equidad en la elaboración del Derecho cuando existen casos que requieren ser resueltos. La Equidad cumple la labor de cubrir el vacío o llenar el vacío en el ejercicio de la inteligencia práctica, que se encuentra relacionado con hechos específicos así como normas universales⁴³³.

“En el Continente, donde la el Derecho que prevaleció [como conjunto de normas jurídicas] fue un Derecho de las universidades, los profesores de Derecho se encontraban en inmediato contacto con teología y muchos de ellos eran doctores en Derecho canónico así como del Derecho civil, filosofía del Derecho fue enseñado como teología aplicada. El elemento ideal en el Derecho fue aprovisionado por un Derecho natural teológico. Este modo de pensar tuvo cierta influencia en el desarrollo de la Equidad en el sistema anglo americano del sistema

432 Al respecto “hechos” vid. LARENZ, Karl, Metodología de la Ciencia del Derecho, op. cit., pp. 272 ss., TARUFFO, Michele, Los hechos en la prueba, Trotta, 2002, p. 114.

433 POUND, Roscoe, Ideal elements of law, Online Library of Liberty, New York, 2011, pp. 35, 51 <<http://oll.libertyfund.org/title/671>> (10.12.2011)..

del Derecho común. En “Doctor y Estudiante” un libro fundamental en la historia de la Equidad en Inglaterra, una justificación filosófica de la Equidad administrada por la Corte de la Cancillería fue puesta en los principios del Derecho canónico que las circunstancias de la vida humana varían tan infinitamente que las Normas [jurídicas] generales no pueden ser hechas para regular a todas ellas.”⁴³⁴.

Es por lo anterior que en el proceso de aplicación de una ley, cuando esta ley se encuentra sometida a la interpretación, la Equidad juega un rol de discreción o morigeración otorgándole sentido a las leyes cuando no han considerado en su descripción de la situación de hecho ciertos hechos por ser muy generales. Lo anterior nos trae a la mente la noción de moderación en la determinación de alguna conclusión y en el caso que nos ocupa el que nadie pueda obtener la totalidad de los beneficios producidos por los Recursos Genéticos Naturales.

Finalmente John RAWLS es quien en último término es objeto de nuestro estudio. RAWLS con su obra “Teoría de la Justicia” fue considerado la expresión de la lógica jurídica y así sus conceptos sobre Justicia unían, en la primera versión que se tuvo de su obra, la lógica y la expresión de los elementos jurídicos. Pues bien, en la obra citada, luego la crítica destruyó esta primera visión idealizada de la lógica y nos quedamos con un elemento no menos relevante, lo que debería ser equitativo en la sociedad.

Considera este autor, empleando una técnica constructivista, lo que debe ser equitativo en una sociedad y que es ideal, justo y democrático. A fin de alcanzar tal noción de “Justicia” el filósofo norteamericano efectuó una abstracción de una serie de diferenciaciones que permiten discriminar en la sociedad y al lograr esa ignorancia por desconocimiento de estas diferenciaciones es posible encontrar la “Justicia”.

Esta ignorancia por desconocimiento se le denomina por RAWLS “velo de ignorancia”. A fin de alcanzar este Estado de conciencia donde la ausencia de

434 POUND, Roscoe, op. cit., p. 51.

discriminaciones odiosas es posible, se busca alcanzar la “posición original”. Esta “posición original” una suerte de estado o situación anterior al de las relaciones sociales al menos permite, en la opinión de RAWLS, alcanzar los siguientes principios de Justicia:

A.- Derechos básicos, incluyendo la libertad de movimiento y conciencia, libertad religiosa, et cetera.

B.- Igualdad de oportunidades.

A fin de asegurar a cada uno con la Equidad se debe aplicar la máxima que ninguna redistribución de recursos se podrá efectuar en un Estado del mundo a menos que favorezca al menos favorecido. En la visión de RAWLS, Equidad o Justicia está cercanamente ubicada a la igualdad de oportunidades para cada uno, pero con capital importancia para aquellos que son los más desposeídos o débiles. Ello nos lleva preguntarnos cómo alcanzar para los más débiles la respectiva Justicia y Equidad y que todos se encuentren contentos. La respuesta se encuentra en la “Justicia Procedimental”⁴³⁵. Es posible resumir esta noción en el sentido que un procedimiento justo obtiene resultados justos (o al menos permite que se sientan satisfechos los participantes en el procedimiento, una especie de “debido proceso”).

Ronald DWORKIN desarrolla las ideas de RAWLS en materia de “Justicia”, “Equidad” y Derecho. Se coloca a los que deberán efectuar elecciones sociales y que están situados en la “posición originaria” en la situación de escoger una “concepción de legalidad” donde sólo se escoja entre una visión positivista simplificada o una visión interpretativista no positivista.

En la primera, según DWORKIN, los jueces “hacen efectivas las reglas establecidas por el Parlamento”. Siempre que no sean ambiguas o siéndolo se recurra a la historia fidedigna de su establecimiento. Si no hay solución son los jueces los que

435 NUSSBAUM, Martha, op. cit., 2002.

deben integrar la laguna o ausencia normativa. Desde la otra vereda, en el interpretativismo simple en el caso de laguna se consideran en la decisión los principios de Equidad o Justicia justificantes del derecho de la comunidad como un todo.

Sigue DWORKIN suponiendo que los “representantes” han escogido a favor de los principios de Justicia otorgando prioridades a ciertas libertades básicas y protegiendo a los más desvalidos socialmente.

De acuerdo a DWORKIN sería muy interesante esta posibilidad porque nos guía, consecuentemente, al interpretativismo debido a que se amolda mejor con la Justicia a largo plazo. En el proceso de hacer efectivo los principios se requiere, conforme a RAWLS analizado por DWORKIN, “implementación” mediante sucesivos niveles de detalle. Es necesario que las instituciones adopten diferentes decisiones más específicas sobre las leyes y las políticas⁴³⁶.

Por último, FINNIS desde una perspectiva aristotélica y tomista donde fundamenta a la Justicia y sus elementos en el respeto de los bienes humanos hacia sí, en su beneficio y, en el beneficio común⁴³⁷.

En este sentido seguimos con FINNIS la definición aristotélica como concepto académico. Según este autor, tal concepto tiene una “orientación hacia-otro” es decir se plantea el problema de la Justicia en las relaciones entre Seres humanos o entre sujetos. Nosotros plantearemos a la Justicia no sólo en los términos aquí señalados, en los conceptos, sino en las relaciones entre Estados. Ellos son los sujetos de Derecho Internacional Público por antonomasia pero no cabe duda que la misma se plantea a nivel de Seres humanos conjunta o individualmente considerados. El segundo elemento, además del carácter interpersonal es que en los elementos que componen la Justicia nos encontramos con una deuda para con otro, es decir un *debitum* y el tercero es que existe

436 DWORKIN, Ronald, Rawls y el Derecho en DWORKIN, Ronald, La Justicia con toga, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 271-275. Un distinguido colega chileno, el profesor Eduardo Gandulfo califica de “moralismo jurídico” esta posición. GANDULFO, Eduardo, Moralismo jurídico, Valparaíso, 2011.

437 FINNIS, John, op. cit., p. 191.

una proporcionalidad o intento de equilibrio lo que nos lleva a que la Justicia dice relación no sólo con las sociedades (RAWLS) sino con las personas y cómo se valoran unas personas con otras⁴³⁸.

Este concepto es valioso para la División de beneficios, de una parte entre Estados la noción de relaciones intersubjetivas, interpersonales, supone que alguien debe a otro alguien algo, la participación en los beneficios y, tal prestación debe ser proporcional o buscar equilibrios, el equilibrio basado en la cantidad de apoyo efectuado por el Estado con derechos soberanos sobre los recursos naturales a fin de conservar y preservar los mismos o el que sencilla y simplemente, como lo expone FINNIS en su libro, existan derechos, en el asunto que nos interesa, soberanos sobre los recursos naturales.

La mera existencia de tales derechos es título suficiente para exigir una participación que sea proporcional a tales derechos, en principio, total. En este sentido, ARISTÓTELES trabaja con la noción de regla en el sentido de pauta o Justicia legal⁴³⁹. No se debe mirar en menos, sin embargo, la Justicia en que se toma en la propia proporción, que es lo “*justo qua igual*”⁴⁴⁰. La misma, la pauta, puede ser determinada de diversas formas pero una primera, hoy día, es el reconocimiento de derechos. Los mismos se dicen relación con los Estados.

Siguiendo a FINNIS, la Justicia adquiere otro cariz, además de las relaciones interpersonales, la proporcionalidad y la prestación tiene, toda ella, el cariz de auxiliar a la mejoría de la comunidad toda, el bien común a la comunidad toda⁴⁴¹.

Es posible indicar que, conforme a FINNIS, los objetivos indicados no se obtienen de suyo sino que debe haber un proceso de colaboración efectiva éntrelas

438 FINNIS, John, op. cit., p. 192-193

439 FINNIS, John, op. cit., p. 195.

440 FINNIS, John, op. cit., p. 195.

441 FINNIS, John, op. cit., p. 194.

personas junto a la coordinación de recursos y empresas y eso es el “bien común”⁴⁴².

Distingue el autor en comentario la Justicia distributiva cuando está vigente una norma que es una solución razonable de un problema que “consiste en asignar algún objeto que es esencialmente común pero que necesita (a favor del bien común) que se asigne a individuos particulares”⁴⁴³.

No obstante existir, desde ARISTÓTELES, la Justicia Distributiva, se plantea por el mismo autor la Justicia Conmutativa (identificada como retributiva en nuestra propuesta). Al primer concepto se relaciona la noción de aquellos que pertenece a la comunidad y a la segunda se refiere a la corrección en los tratos, el *synalagma*, la equivalencia de la prestación, pudiendo ser voluntarios o involuntarios⁴⁴⁴.

Una disposición es distributivamente justa cuando tiene por objeto una cosa que es común y es tal cuando, según FINNIS, “no es parte de ninguna persona individual y no ha sido creada por nadie, pero es apto para ser usado en beneficio de cualquiera o de todos” o “de la voluntad de los individuos de colaborar para mejorar la situación”⁴⁴⁵.

A su vez se analiza el problema de la propiedad privada y pública indicándose que la combinación es necesaria y justa, inclusive⁴⁴⁶. Para entender la relación entre Derecho público y Derecho privado hay que entender los criterios de la Justicia Distributiva y de la Justicia Conmutativa.

En el caso de la Justicia Distributiva un primer criterio, la igualdad, es decir, la igualdad es un primer criterio de distribución, a todos se les entrega por igual. Pero es un criterio que se aplica como ultima Ratio. Un segundo criterio es el de la necesidad. Es decir, obtienes para tus necesidades y cada uno según lo que requiere. Este es un criterio esgrimido como único por el autor John RAWLS en cuanto señaló que debía ser

442 FINNIS, John, op. cit., p. 195.

443 FINNIS, John, op. cit., p. 196.

444 FINNIS, John, op. cit., p. 207.

445 FINNIS, John, op. cit., p. 196.

446 FINNIS, John, op. cit., p. 201.

el criterio distributivo que guiara su concepción de Justicia, lo que necesitaba aquel que estaba en la situación más desmedrada en la sociedad era la forma de distribuir a todos.

Nuevamente, en nuestra opinión, aparece una nueva forma de distribución que genera preguntas, al menos una, quién decide lo que cada uno necesita. Es decir, hablamos de necesidades básicas (por ejemplo, pan, techo y abrigo), necesidades propias de países desarrollados (calidad de vida) y una segunda pregunta es qué significado tienen cada uno de los subcriterios mencionados.

Finalmente aparece una pregunta básica, cómo afecta a la distribución de beneficios el establecimiento de un criterio como la necesidad. Nos enfrentaríamos a un criterio desafiante a quien determina las necesidades, el Estado define lo que es justo y equitativo en relación a un contrato celebrado por el mismo Estado y una persona, un tratado celebrado entre Estados o, finalmente, solicita a un tercero tal determinación. Como detentador de los derechos soberanos sobre los recursos naturales es el Estado quien define el criterio y las determinaciones de lo que corresponde a cada uno.

Otro subcriterio, mencionado por FINNIS, es la función, es decir, se considera la “necesidad respecto de los roles y responsabilidades en la comunidad”⁴⁴⁷, es decir, tanto recibo cuanto soy dentro de la comunidad.

Otros criterios que brevemente repasa el autor citado y así habla de la capacidad como subcriterio tanto en los roles de las empresas comunes y de las oportunidades para el progreso individual⁴⁴⁸. Un criterio no menos relevante es el de los “méritos y de los aportes que se derivan del sacrificio propio o del uso meritorio del esfuerzo y de la habilidad”. Además, otro criterio es la creación y previsibilidad de los riesgos evitables en la empresa común, donde de acuerdo a esfuerzo y habilidad por una parte o creación y previsibilidad de riesgos en ambos casos al ejecutar la actividad cuyos beneficios se

447 FINNIS, John, op. cit., p. 203.

448 FINNIS, John, op. cit., p. 204.

intente obtener, serán los criterios a determinar lo que a cada uno corresponde en la División de los beneficios⁴⁴⁹.

Siempre se nos plantea, como lo hemos presentado, la necesidad de interpretación y aplicación del criterio de distribución de beneficios “Justicia y Equidad” que se desarrolla primero en determinar los subcriterios y, luego, en aplicar los subcriterios indicados al caso concreto.

En el caso de los recursos naturales que nos ocupan no es posible alcanzar la conclusión de ser tales recursos comunes en lo que se refiere a su concepción jurídica. Son bienes nacionales pero no son comunes, son de los que pertenecen a la Nación toda por estar bajo los derechos propios de la Soberanía.

En este caso, el Derecho provee una figura para poder enfrentar la solicitud de permiso o Acceso de varios Estados entregando la determinación de una concesión al respectivo Estado que la gane. En el caso de una persona, natural o jurídica a nivel nacional deberá estarse a los requisitos que el Estado haya establecido como necesarios de cumplir para alcanzar la concesión (no en la misma situación del Estado). En el caso que se tenga que determinar la manera en que se distribuye los beneficios habrá que contarse con una norma jurídica que asigne los mismos a individuos particulares por medio de una determinación como la del artículo 15, calificando todo como “justo y equitativo” o determinando el propio Estado la calidad de “Justo y Equitativo” al porcentaje que se designe en la norma jurídica nacional correspondiente.

La Justicia, por consiguiente, en la División de beneficios, debería considerar, conforme a esta interpretación, la situación de aquellos Estados y particularmente áreas de desarrollo del Estado como la conservación, que se encuentran atrasadas en su protección económica en el sentido que no se invierte ni en personal ni en actividades que desarrollen la conservación de los recursos indicados. Así también a los

449 FINNIS, John, op. cit., p. 204.

funcionarios encargados del cuidado de dichos recursos.

Las discusiones acerca del concepto de “Equidad”

Se plantean en este apartado, brevemente, las concepciones en “pro” y en “contra” de la Equidad, aunque, como se analizó ya en el apartado anterior, la concepción en pro tiene grandes cultores y sabios exponentes.

En el ámbito filosófico el concepto de “Equidad” ha sido disputado desde su formulación por ARISTÓTELES hace 2500 años. En un primer momento el concepto de “Equidad” estuvo asociado a la noción de “Justicia”. Equidad fue la “cara práctica” de la Justicia, es decir, la “Justicia” imponía los parámetros y la “Equidad” los aplicaba. Esta noción es seguida, en mi opinión, por el profesor John FINNIS en su libro citado pero en su versión inglesa⁴⁵⁰. En el caso de FINNIS la Equidad, la considera este autor, relacionado a la distribución y a la compensación en razón de beneficios a obtener. Resulta significativo que se incluyan los elementos la distribución y la compensación en materia de Equidad.

A su vez, Guillermo de OCKHAM incluye en el concepto de Equidad no sólo en la noción de distribución de “algo” sino que en la obtención de un resultado equitativo a través de la negociación.

Equidad ha sido rechazada, sin embargo, por diversos autores. En primer lugar es posible mencionar a Thomas HOBBS quien rechaza la idea de la Equidad porque sólo incluye elementos de carácter subjetivo, es decir, la Equidad depende de cada uno y no existe una manera, de acuerdo a HOBBS, de alcanzar la Equidad para cada uno, objetivamente. Es además, de acuerdo a este autor, una materia de Poder⁴⁵¹.

Así también, Hans KELSEN, como veremos más adelante de manera más

450 FINNIS, John, *Natural law and Natural Right*, Clarendon Press, 1997, pp. 177-192 y pp. 352-356.

451 HOBBS, Thomas, *Leviathan or Matter or Forms & Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, Andrew Crock, at the Green Dragon in St. Pauls Church yard, London, 1651, p. 107 ss.

completa, propugna una idea similar. Es decir, se rechaza la noción de Equidad por este autor. La razón del rechazo se encuentra en que la misma es subjetiva, la Equidad dependería de cada uno, y a lo anterior se debe agregar que el concepto de Equidad depende de un espacio y de un tiempo siendo imposible generar un concepto unívoco de Equidad, explicándolo de manera más detallada en el próximo apartado.

La Equidad en el campo jurídico

La discusión acerca de un concepto de Equidad, a su vez, no sólo se plantea en el campo jurídico filosófico con propugnadores y detractores. Sino que en el ámbito jurídico internacional tiene presencia a través del concepto que se plantea como propio de la Equidad. Así se concibe que la Equidad puede servir de medio para la rectificación del Derecho (o de las normas jurídicas internacionales y nacionales, en su caso) cuando este es aplicado al caso concreto. Una segunda posibilidad es la “Equidad” en la interpretación de las normas jurídicas, significando que un juez o un intérprete de la ley, en el proceso de aplicación de la norma se encuentran autorizados a alcanzar consecuencias legales que se basen en el verdadero concepto de Derecho. Finalmente esta distinción se detiene en el caso, que es el que nos ocupa, de la imposición jurídico-normativa de la aplicación de la “Equidad” (y, además, “Justicia” en nuestro caso) en las normas jurídicas que regulan los supuestos de hechos.

Consecuentemente, al menos es posible encontrar tres sentidos de Equidad que son importante, la “Equidad” como rectificación, “Equidad” como interpretación, “Equidad” como obligación.

En el caso de la “Equidad” como rectificación y como interpretación se resuelven conflictos entre partes privadas o intereses privados. La tercera, “Equidad” como obligación, se detiene en la solución de problemas de toda la sociedad. En este

sentido, cuando el Estado se encuentra en la obligación de dictar normas que tengan como antecedente válido (en el sentido kelseniano) una norma jurídica internacional, nos enfrentamos a uno de los tres criterios o formas de la “Equidad” mencionados, siendo el tercero el que se aplica por buscar la solución en la sociedad nacional de dicho Estado, si es el caso de los Recursos Genéticos Naturales, al conflicto de los beneficios que se pudieran obtener dividiéndolos (los beneficios) entre quienes tengan un título, cuestión esta última que analizaré en el próximo apartado.

La Equidad en el Derecho Internacional Público

La Equidad en el Derecho Internacional Público no sólo tiene relación con las sentencias de tribunales internacionales donde se aplique el concepto. Tiene relación este concepto, con la defensa de mejores condiciones sociales para los seres humanos efectuadas por diversos juristas en el mundo en las décadas que continúan a la Segunda Guerra Mundial aunque justo es decirlo, el terreno para lo anterior se abonó en el periodo de “entreguerras”. En este contexto podemos mirar a conceptos como “New International Economic Order”, “Desarrollo Sustentable”, donde se desarrolló de manera coordinada y organizada la noción de cambios estructurales en las condiciones de vida de las personas. Los movimientos jurídicos tuvieron a los internacionalistas HENKIN y SCHACHTER como sus adalides, así también al juez Alejandro ÁLVAREZ J. como uno de sus mentores. Todos los movimientos de este carácter miraban a un balance entre los que tienen más y los que tienen menos a fin de poder permitir la igualdad entre los que se encuentran en desmedro.

El denominado “Nuevo Orden Económico Internacional” apareció como concepto en la década de 1950. En el plano internacional tuvo relación con las resoluciones de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Particularmente las resoluciones sobre la Soberanía estatal sobre recursos naturales, un reconocimiento obvio de lo que pertenecía pero que, debido a casos de explotación por diversos países de dichos bienes, hacía clara mengua tal explotación ilegal de personas extranjeras en países nacionales. Es además significativo que durante dichos periodos hubo un proceso de negociación en curso a fin de poder alcanzar la firma de dos tratados de importancia cardinal, me refiero de los Protocolos Internacionales sobre Derecho civiles y políticos y Derechos económicos, sociales y culturales⁴⁵². Porqué relacionar la Equidad con un movimiento jurídico e inclusive económico. Porque este movimiento jurídico y económico es el que sirvió de “marco” o contexto en que los conceptos se desarrollan y, a la vez, vemos los textos de RAWLS que vuelven a colocar en la discusión la “Justicia” y la “Equidad”⁴⁵³. Este contexto⁴⁵⁴ de conceptos como “división equitativa de recursos naturales” tuvo nacimiento. Muchas veces se llega a pensar en recursos que se comparte, pero no es aquello a lo que apunta la noción en el caso en estudio. En este caso el recurso natural de carácter genético se sitúa en un determinado país y en el mismo país o en otro diferente, donde se ejecutan actos para obtener beneficios del recurso, se aplica la noción de Equidad. Esta noción, como es lógico, dice relación, al menos en sus orígenes, con la idea de mayor Equidad en las relaciones entre Estados en el Derecho Internacional Público⁴⁵⁵.

En este contexto el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente promovió, en la década de 1980, la discusión acerca de una nueva convención internacional, la denominada Convención sobre Diversidad Biológica que finalmente fue firmada en Río de Janeiro en 1992.

452 SCHRJVER, Nico, op. cit., pp.35 y ss.

453 NUSSBAUM, Martha, FARALLI, Carla, *New frontiers of Justice*, Ratio Juris. Vol. 20 No. 2 June 2007 (145-161). Martha NUSSBAUM expresa que es la teoría de la Justicia de Rawls la más consistente en esta materia, cuyo origen es Kantiano y contractualista y que posee, por cierto, una fuerte visión escéptica, por el mismo RAWLS, en cuanto en su texto culmine, “A Theory of Justice” exige, al final del mismo, que los seres humanos, para que sean justos, deberían tener “pureza de corazón”, cuestión difícil de alcanzar.

454 ATIENZA, Manuel, Coloquio sobre Argumentación Jurídica efectuado en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, Noviembre 18, 2010.

455 WARDEN- FERNANDEZ, Janeth, *The Permanent Sovereignty Over Natural Resources: How It Has Been Accommodated Within the Evolving Economy*, CEMPLEM, Journal, the Centre for Energy, Petroleum & Mineral Law & Policy Annual Review - the Dundee Yearbook of International Natural Resources & Energy Law & Policy -2000<http://www.dundee.ac.uk/ceplmp/car/html/car4_contents.htm>(05.03.03). FRANCK, Thomas, op. cit., pp. 79-80.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica internacional la Corte Internacional de Justicia ha considerado la noción de Equidad en varios de sus sentencias. La Equidad ha sido incluida a propósito del tema de la discusión sobre delimitaciones marítimas compartidas mas no a propósito de los problemas de recursos naturales que pertenecen a un Estado y que siendo exportados lícitamente no se ha determinado la División de los posibles beneficios que pudieran obtenerse y, por tanto, es necesaria una División de los mismos de manera equitativa. La Corte Internacional de Justicia ha introducido la “Equidad” de manera o en la forma de “Principios Generales del Derecho”⁴⁵⁶.

Como ha sido puntualizado por FRANCK⁴⁵⁷, este concepto tiene su origen en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (predecesora de la Corte Internacional de Justicia). Sin embargo, la “Equidad” ha sido aplicada por la Corte Internacional de Justicia siguiendo la interpretación aristotélica de la “Equidad”. Mira, por tanto, a la rectificación de las normas jurídicas, de la ley, cuando su aplicación excesivamente restrictiva produce injusticias sumas.

En otras palabras, “Equidad” como rectificación implica que en el caso de la implementación del Derecho el juzgado o el legislador tiene autorización para alcanzar resultados jurídicos que pueden derivar en resultados prácticos (sociales, económicos o morales)⁴⁵⁸. “Equidad” en la interpretación del Derecho implica que el interprete, en el proceso de implementación, está autorizado para alcanzar resultados legales consistentes con el verdadero sentido del Derecho. En este sentido es posible afirmar que el Derecho puede regular de mejor manera la División de los beneficios que se puedan obtener de la utilización de los recursos genéticos a través de la Equidad.

En el Derecho Internacional Público la distinción entre “Equidad” como rectificación de la norma jurídica, como medio para llenar los vacíos de la ley, y para

456 FRANCK, Thomas, op. cit., p. 48.

457 FRANCK, Thomas, op. cit., p. 48.

458 Por ejemplo, que se determine una pensión más alta o de mayor cantidad de dinero para una persona en desprotección social.

llenar resultados prácticos injustos resulta aplicable. El profesor de Derecho Internacional Público ACKEHURST llama a estas diferentes formas de “Equidad” como “Equidad” *infra legem, praeter legem, saecundum legem*. Este no es, de acuerdo a la Corte Internacional de Justicia, un concepto abstracto de “Justicia” sino “Justicia” conforme a las normas jurídicas (Caso concerniente a la Plataforma Continental, citado por FRANCK)⁴⁵⁹. “Equidad” ha tenido su manifestación en ilícitos atípicos como el “Enriquecimiento injusto” (Caso de la “Fabrica Chorzow”)⁴⁶⁰, buena fe (el caso del Río Meuse juzgado por la Corte Permanente de Justicia Internacional)⁴⁶¹ y aquiescencia (Caso del Templo de “Preah Vihear” juzgado por la Corte Internacional de Justicia)⁴⁶².

Consecuentemente, tres diferentes sentidos de “Equidad” son importantes, a saber, la rectificación, la interpretación y la obligación. En el caso de interpretación y rectificación, “Equidad” resuelve un conflicto entre partes privadas o intereses privados. El tercero, resuelve problemas de toda la sociedad así también del Estado a fin de alcanzar el interés público que existe en toda sociedad y, por consiguiente, está obligado el Estado a dictar normas jurídicas que regulen la División Equitativa de Beneficios.

La importancia de la Equidad en la determinación de los recursos (no de los beneficios)

La “Equidad” es un tema de tremenda preferencia en materia de ubicación o colocación de recursos en poder de Estados diversos. Lo anterior no es menor porque como lo describen autores sobre el tema, Thomas FRANCK, por ejemplo⁴⁶³, o la Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, en su caso, la importancia de colocar recursos es vital en la materia a fin de dar solución a los conflictos

459 FRANCK, Thomas, op. cit., p. 49.

460 FRANCK, Thomas, op. cit., p. 50.

461 FRANCK, Thomas, op. cit., pp. 51-52.

462 FRANCK, Thomas, op. cit., pp. 53, 54.

463 FRANCK, Thomas, op. cit., pp. 61-73.

internacionales. En dichos conflictos podemos encontrar una variedad de hechos pero ninguno se refiere a los beneficios que se obtienen de recursos provenientes de otro Estado y sobre los cuales el Estado ejerce Soberanía habiéndose obtenido de manera ilícita o de manera lícita pero ausente la regulación de los beneficios y sin que se trate de la regulación de los recursos genéticos, por lo tanto, es algo nuevo aquello que discutimos.

Hans Kelsen y su opinión respecto de la “Justicia” y la “Equidad”

El profesor KELSEN muestra su escepticismo y polemiza con los principales concepto de “Equidad”, entendida como concepto teórico de “Justicia”, pero sin desconocer a la Justicia sino en su parámetro o movimiento absoluto aunque acepta la Justicia relativa. Es decir, lo que KELSEN aplica y “deconstruye” respecto de la Justicia es posible de aplicarse a la “Equidad” “reconstruyendo esta última o preguntándose por su esencia jurídica aunque, en mi opinión y del mismo modo de HART, sin negarla del todo. Pone a la Justicia en igualdad de condiciones a todos los conceptos sin aceptar ninguno. KELSEN en el texto citado parte y llega a una conclusión única, la imposibilidad de aprehender lo que es la Justicia⁴⁶⁴. Hemos puesto en duda, por imperativo normativo, la imposibilidad de alcanzar parámetros que permitan aprehender lo que es lo justo, lo equitativo, al caso concreto. Esta concepción acerca de la noción o idea de Justicia es irracional, emotiva y consecuente con el Concepto kelseniano de Ciencia y con el concepto kelseniano de racionalidad, es una tesis emotivista⁴⁶⁵.

KELSEN, sin embargo, indica que la Justicia es una característica posible mas

464 KELSEN, Hans, op.cit. , 1992, párrafo 1. Al hablar de Jesús y de la imposibilidad de determinar lo que es la Justicia. Es necesario apuntar que KELSEN redacta este opúsculo en vista a su Teoría Pura del derecho, en cualquiera de sus ediciones o a la Teoría del Derecho y del Estado en donde para alcanzar la pureza de la teoría indica que la misma no dice relación con la Justicia. Algunas opiniones en contra, de manera indirecta, FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos naturales*, Abeledo Perrot, 2000, Buenos Aires, (traducción Orrego, Cristobal, Madrid, Raúl), pp. 191 y ss. FINNIS desarrolla los que son los elementos de la Justicia. No se debe olvidar que es Herbert HART quien autoriza a FINNIS para estudiar esta materia lo que al menos cambiaría, según algunos la visión de HART, después de KELSEN, el más influyente positivista de su tiempo, sobre la materia cfr. Gardner, John, *Hart on Legality, Justice and Morality*, University of Oxford, Legal Research Paper Series, Paper number 44 /2010 (May 2010), p.2 in fine y p. 3.

465 CALSAMIGLIA, Albert, *Estudios preliminares a la traducción castellana de What is Justice de Hans Kelsen en CALSAMIGLIA, Albert, Racionalidad y eficiencia del Derecho*, Fontamara, 1993, p. 91.

“no necesaria del orden social”⁴⁶⁶. Respecto del actuar de un Ser humano este es justo sólo en relación a lo que socialmente es justo y, por tanto, es justo desde una segunda perspectiva o en un segundo orden⁴⁶⁷.

Es justo un Orden social determinado (y en este sentido KELSEN y RAWLS se acercan) cuando al regular la conducta de los Seres humanos logra satisfacer a todos y les permite lograr o alcanzar la felicidad⁴⁶⁸. Es decir, asume el criterio de la satisfacción, suponemos de necesidades y al criterio de la felicidad por la satisfacción de las necesidades como criterio básico a considerar. Reafirma lo anterior al decir que aspirar a la “(...) Justicia es el aspirar eterno a la felicidad de los seres humanos (...)”⁴⁶⁹. La Justicia solo se alcanza en comunidad y agrega que es Platón el primero en identificar esta característica al decir que Justicia se identifica con Felicidad, por este filósofo, sólo el justo es feliz y desdichado el que es injusto. El nuevo problema al cual deriva KELSEN es el de la Felicidad y su definición dado que la Justicia es Felicidad entonces, obviamente, aparece el problema de la esencia de esta última.

Sin entrar en las disquisiciones acerca de la felicidad se observa en KELSEN el proceso de destrucción de los conceptos que se han vertido sobre la “Justicia”. KELSEN, en su devenir ensayístico, desarrolla una materia de ardua discusión entre los procesalistas, cuestión acerca del fundamento del Derecho procesal, la noción de “conflicto”. Señala que no hay necesidad de Justicia sin la preexistencia del “conflicto”⁴⁷⁰.

Un conflicto se genera cuando un interés se podrá ver satisfecho “exclusivamente a costa de otro o, lo que es igual, cuando entran en contraposición dos

466 KELSEN, Hans, op. cit., 1992, capítulo I, número 1, párrafo 4.

467 KELSEN, Hans, op. cit., 1992, capítulo I, número 1, párrafo 4.

468 KELSEN, Hans, op. cit., 1992, capítulo I, número 1, párrafo 4.

469 KELSEN, Hans, op. cit., 1992, capítulo I, número 1, párrafo 4.

470 Al respecto basta con revisar el texto del profesor Montero Aroca, Juan, Derecho jurisdiccional, Tirant lo Blanch, tomo I, p. que lo debo al profesor Dr. Juan Burgos Ladrón de Guevara, de la Universidad de Sevilla. La cuestión del conflicto como base de la necesidad de Justicia en KELSEN se funda, en nuestra opinión en el hecho que en el Derecho Internacional Público la noción de conflicto se encuentra subyacente a la idea de Justicia, cuestión que el profesor KELSEN entendía extremadamente bien. La misma noción de suyo se deriva desde la Filosofía Jurídica o la Teoría General del Derecho, como lo presentaba KELSEN, a las diversas ramas del Derecho.

valores y no es posible hacer efectivos ambos, cuando pueden ser realizados únicamente en tanto y cuanto el otro es pospuesto o cuando es inevitable tener que inclinarse por la realización de uno y no del otro, estableciendo qué valor es más importante, lo cual, por ende, establecerá el valor supremo⁴⁷¹. Dice KELSEN aun que este es un problema de conflictos de valores imposible de alcanzar mediante un conocimiento racional que debe ser resuelto mediante un juicio determinado, al final, por factores emocionales y por ende, un juicio subjetivo y de lo anterior se deriva que su validez es para el sujeto que emite el juicio⁴⁷².

De lo expresado por KELSEN se deduce que en la Justicia (y en la Equidad como corolario práctico de la misma) se plantea un encuentro de intereses, una lucha entre los mismos y es por lo anterior que se requiere una solución, en nuestro caso, apartándonos respetuosamente de lo indicado por el jurista austriaco, mirando hacia parámetros convincentes para la distribución de los beneficios de los Recursos Genéticos Naturales.

Este estudio sobre la Justicia en KELSEN revela su crítica acérrima a la concepción iusnaturalista, así como marxista acerca de la Justicia⁴⁷³. Lo anterior no puede ser sino propio de un pensador imbuido del relativismo axiológico, presupuesto básico de lo que es fundamento de la democracia en KELSEN negando el que se pueda jerarquizar racionalmente valores de manera perenne⁴⁷⁴. La Ciencia no podría ser capaz de poder escoger dentro de los valores un orden racional y aun menos resolver un conflicto entre tales valores por medio de la racionalidad. Los valores más relevantes son los escogidos por medio de la voluntad del Ser humano⁴⁷⁵. KELSEN exige a las personas responsabilidad en sus elecciones morales sin esconderlas en aspectos como la

471 KELSEN, Hans, op.cit., 1992, capítulo I, número 2, párrafo 6.

472 KELSEN, Hans, op.cit., 1992, capítulo I, número 2, párrafos 7 a 10.

473 CALSAMIGLIA, Albert, op. cit., p. 91.

474 CALSAMIGLIA, Albert, op. cit., pp. 93-94.

475 CALSAMIGLIA, Albert, op. cit., p. 94.

moral u otros⁴⁷⁶. Es más, no se puede pensar en una teoría del derecho que tenga fundamentos en la noción de Justicia por lo que se ha indicado, no existe una noción de Justicia, única, válida para todo tiempo y lugar sino múltiples y diferentes⁴⁷⁷.

Análisis de Kelsen acerca de pensadores políticos

En Platón el justo es feliz aunque admite que no siendo justo se puede ser feliz y siendo justo se puede ser infeliz, según KELSEN⁴⁷⁸. A fin de lograr que se garantice la obediencia a la ley es que el Estado debe difundir que el hombre justo es feliz. Platón, según KELSEN, propugna que se debe ubicar a la Justicia, o lo que se entienda por ella, por encima de la verdad⁴⁷⁹. Las soluciones no son las mismas dependiendo de la jerarquía de los valores y del valor supremo que se considera como fundamental.

La Justicia podría ser resuelta desde una perspectiva metafísica, es decir, desde una perspectiva que está o se sitúa fuera del mundo que conocemos a un mundo trascendente. Este conocimiento se convierte en imposible de ser conocido por el conocimiento humano. La otra perspectiva es alcanzar ciertos principios fundamentales configuradores de valores absolutos, es decir, principios fundamentales pero que, en lo que expone KELSEN, están compuestos por “elementos emocionales de la conciencia”⁴⁸⁰. KELSEN indica que la determinación de valores absolutos o la definición de Justicia a través de este segundo planteamiento no poseen asidero y permiten justificar cualquier Orden social⁴⁸¹.

Podemos adelantar que el problema es de interpretación de lo justo y equitativo y que dentro del sistema jurídico se defina los parámetros para alcanzar en el cuerpo social y en su convencimiento lo justo y equitativo de “algo”. De no ser así, el uso o

476 CALSAMIGLIA, Albert, op. cit., p. 95.

477 CALSAMIGLIA, Albert, op. cit., p. 95

478 KELSEN, Hans, op.cit., 1992, capítulo I, número 5, párrafo 23.

479 KELSEN, Hans, op.cit., 1992, capítulo I, número , párrafo

480 KELSEN, Hans, op.cit., 1992, capítulo III, número 6, párrafo 37. .

481 KELSEN, Hans, op.cit., 1992, capítulo III, número 6, párrafo 38. Cuestión a la cual Rawls responde a través de su teoría de la Justicia.

empleo de los términos por el legislador llevan al deber de su aplicación y su imposibilidad de no aplicación con lo cual en obediencia a las normas y frente a la ausencia de conceptualización el edificio conceptual kelseniano y positivista se ve destruido porque en términos estrictos y puros debería no ser aplicada la norma jurídica.

Pero sigamos con KELSEN y su rechazo a las concepciones sobre la Justicia.

Analiza, luego a Platón dentro de esta distinción entre la Justicia producto de la Metafísica y la Justicia producto del razonamiento humano. Platón está dentro de la categoría “Metafísica” y es por lo anterior que desarrolla su “teoría de las ideas”. Las ideas son entes. Trascienden más allá de este mundo. Existen en una esfera inteligible. No existe Acceso para los seres humanos a las mismas debido a que los anteriores son prisioneros de sus sentidos. Estas ideas representarían valores-insisto en la visión kelseniana sobre Platón- de carácter absoluto que deben ejecutarse o manifestarse en el mundo de los sentidos sea o no la ejecución de manera completa. La noción del Bien Absoluto resulta central y de ahí derivan otros conceptos. A su vez, la noción de Bien, dice relación con la de Justicia, por tanto, la pregunta acerca del Bien es la pregunta acerca de la Justicia. Sin embargo, Platón no logra alcanzar respuesta y generalmente se ampara en la dialéctica a fin de comprender las Ideas y así alcanzar la respuesta final. Alcanzar el Bien Absoluto sólo es posible por aquellos que poseen la Gracia, una experiencia mística. Por tanto, al problema de la Justicia debería darse una respuesta mística⁴⁸².

Otra respuesta es la dada por Jesús, que del mismo modo que la respuesta platónica, es de carácter metafísico y se basa en el amor a Dios y en el actuar de Dios respecto del Ser humano que recibe esa respuesta⁴⁸³.

La respuesta racionalista, según KELSEN, estaría dada por la frase de “dar a

482 KELSEN, Hans, op.cit., 1992, capítulo IV, número 1, párrafo 37.

483 KELSEN, Hans, op.cit., 1992, capítulo IV, número 2, párrafo 38.

cada uno lo suyo”-atribuida a uno de los siete sabios de Grecia- que es absolutamente carente de vida, sin sentido debido a que no es posible determinar aquello que es “suyo”. Donde tal justificación es posible para cualquier tipo de orden social⁴⁸⁴.

Otra respuesta racional es la que se grafica en la frase “bien por bien, mal por mal” que, según KELSEN, carece de sentido por cuanto no es posible saber lo que es “bien” o “mal” en esta frase⁴⁸⁵.

Sin embargo, KELSEN manifiesta en este momento, lo que constituye el problema de la Justicia en el Orden jurídico, es decir, el saber si un Orden jurídico se muestra justo en la aplicación del principio de represalia que es principio caracterizado anteriormente, o en palabras más generales, si se muestra justo en la aplicación de cualquier principio que se presente como expresión de la Justicia⁴⁸⁶.

Luego KELSEN aborda el problema de la igualdad como principio o expresión de la Justicia. Todos los Seres Humanos, en la expresión de KELSEN, deben ser tratados de la misma manera. KELSEN, desde una perspectiva de la realidad jurídica aborda a la represalia como una forma de tratar por igual a las personas, por tanto, un principio de igualdad. El supuesto de igualdad absoluta por parte de los Seres humanos no admite sustentación. Se pretende eliminar de los sistemas jurídicos ciertas diferencias, el problema es determinar cuáles son las eliminadas. Dependerá de la situación de la persona que reclama o la mantención o la eliminación, y, especialmente, de los intereses que se tengan. Es por lo anterior, la imposibilidad de aplicar el principio, que el mismo debe descartarse, según KELSEN.

Luego KELSEN aborda un principio que es derivable del anterior, la igualdad ante la ley. Los órganos encargados de la aplicación del Derecho sólo pueden hacer distinciones legales, sino les es vedado distinguir. Sin embargo, no significa lo anterior

484 KELSEN, Hans, op.cit., 1992, capítulo V número 1 párrafo 40.

485 KELSEN, Hans, op.cit., 1992, capítulo V número 1 párrafo 40.

486 KELSEN, Hans, op.cit., 1992, capítulo V número 2 párrafo 41..

sino que el Derecho debe aplicarse conforme a su propio sentido, es decir, como expresión del principio de juridicidad que no dice relación con la Justicia o injusticia de un asunto⁴⁸⁷.

Otro criterio es el principio de igualdad en las relaciones de trabajo donde la participación en los productos o beneficios depende del trabajo que se ejecute. Aquí se plantea un problema, por KELSEN, la diferente capacidad de trabajo de los Seres humanos, con lo cual, el que trabaja menos se encontrará siendo recompensado igual que el que más trabaja. KELSEN afirma que la verdadera Justicia sólo se logra, en cuanto al beneficio del trabajo, cuando se aplica el criterio de la capacidad o de la necesidad, es decir, a cada uno según sus capacidades y a cada uno según sus capacidades. Aun así cabría la pregunta de cuáles capacidades nos permitirían determinar lo que le corresponde, agregando acerca del tipo de trabajo y cuánto del mismo puede pretenderse que realice de acuerdo a sus capacidades⁴⁸⁸. Sólo sería posible, lo anterior, en un orden comunista que, sin embargo, no es posible de prever, y, al menos en su versión marxista leninista, ha tenido serías dificultades como lo demuestran algunos de los problemas planteados en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Otro principio aplicable es la expresión de no hacer a otros lo que no se quiere se haga a uno mismo. El problema consiste en determinar cómo evitar el causar daño causando, a la vez, placer. Además que si se aplicara este principio, jurídicamente hablando, nos hallaríamos con personas que se encontrarían sin ser castigadas porque no podríamos aplicarle un castigo que a nosotros no nos agradaría se nos aplicara. Es más, KELSEN agrega, si se aplicara esta regla nos encontraríamos con que las personas deberían conducirse conforme a un orden objetivo y no es posible encontrarlo en esta

487 KELSEN, Hans, op.cit., 1992, capítulo V número 3 párrafo 42. .

488 KELSEN, Hans, op.cit., 1992, capítulo V número 4 párrafo 45.

regla debido a que ella presupone tanto la moral positiva como el Derecho positivo que la incluirá⁴⁸⁹.

Esta misma regla, en una perspectiva objetiva, según KELSEN, se modifica y aparece conforme a lo expresado por Immanuel KANT dado que deberíamos comportarnos de acuerdo a las normas generales del orden social y que desemboca en que los seres humanos deben actuar (o actúen) por medio de normas obligatorias para todos los seres humanos. El problema de este enunciado es determinar las normas que son obligatorias para todos los seres humanos⁴⁹⁰.

En cuanto a ARISTÓTELES, KELSEN critica la pretensión del Estagirita en cuanto éste pretendería a través de un sistema racional cuasi científico un sistema científico de carácter matemático. Lo anterior se logra mediante la aplicación de un principio de equidistancia, como el geómetra, cuando se ataca el problema de la virtud que en su más alta expresión se encuentra la Justicia. Una primera crítica es la de dar por evidente el conocimiento, por ejemplo, del vicio y de la virtud. Debería existir la autoridad que pudiera alcanzar la determinación del vicio y de la virtud.

La noción de la “doctrina del medio” es el reforzamiento del Orden social que preexiste que ha sido establecido por moral y Derecho positivo. Este sería un aporte político y no científico a fin de evitar las críticas.

En los siglos XVII y XVIII se plantea la escuela de Derecho natural de corte metafísico y racionalista donde existe una regulación completamente justa de las relaciones humanas surgida de la Naturaleza en general así como la del Ser humano. Un análisis de la Naturaleza nos permite encontrar normas immanentes que prescriben una conducta recta o justa del Ser humano⁴⁹¹. Se complementa lo anterior con la noción del Derecho natural donde se indica que “existe una regulación completamente justa de las

489 KELSEN, Hans, op.cit., 1992, capítulo V número 4 párrafo 47.

490 KELSEN, Hans, op.cit., 1992, capítulo V número 4 párrafos 51, capítulo VI, número I, párrafo 52.

491 KELSEN, Hans, op.cit., 1992, capítulo VI número 2, párrafo 53.

relaciones humanas surgidas de la Naturaleza: de la Naturaleza en general y de la naturaleza del hombre en tanto ser dotado de razón”⁴⁹².

KELSEN indica que en cualquiera de sus versiones no tiene una base científica el Derecho natural⁴⁹³. Enfrenta luego al iusnaturalismo a través de la falacia iusnaturalista donde se intenta explicar a través del deber ser, por un proceso de deducción, lo que es; en otras palabras se deduce de la naturales (sistema de hechos vinculados entre sí) lo que debiera ser, la conducta humana⁴⁹⁴. Las normas que establecen la conducta se originan en la voluntad humana. La razón humana sólo puede comprender y describir, señala KELSEN, no ordenar porque la norma de conducta debería basarse en la razón humana o en la Naturaleza, cuestión no posible de entender⁴⁹⁵.

Inclusive KELSEN da a conocer que los principios de Justicia alcanzados por los partidarios del Derecho natural son contradictorios entre sí. FILMER propone a la autocracia como gobierno y LOCKE a la democracia⁴⁹⁶. Como lo señala GARCÍA en un prólogo al libro de Karl ENGISCH sobre el razonamiento jurídico, las teorías del Derecho natural, particularmente las basadas en la opinión de Santo TOMÁS DE AQUINO, sirvieron en muchos casos para justificar autoritarismos⁴⁹⁷.

Finalmente, llega KELSEN a la conclusión, expuesta más arriba de una imposibilidad alcanzar nuevamente por medios racionales el fin, una norma de conducta justa con validez absoluta y, del mismo modo, una solución justa aceptando una opción relativista y, finalmente, la tolerancia en la aceptación de una Justicia relativa⁴⁹⁸. La

492 KELSEN, Hans, op.cit., 1992, capítulo VIII, número 1, párrafo 58.

493 KELSEN, Hans, op.cit., 1992, capítulo VIII, número 1, párrafo 59.

494 Se ha intentado reconducir la “falacia” a fin de entregar una respuesta. Se ha dicho que no existe la falacia iusnaturalista porque la misma sería sobrepasada por las nociones de ser y deber ser en cuanto las mismas no sería contradictorias sino que lo que “debe ser”, es. Si ello fuere posible entonces podríamos encontrarnos con la posibilidad de cruzar con luz roja la calle sin que se nos atropellara porque se sigue que no deben atropellarnos los autos que tienen luz verde, dado que somos seres humanos, por consiguiente, el cruzar con luz roja una calle no es problema, jamás moriremos en el intento, KELSEN, Hans, op.cit., 1992, capítulo VIII, número 1, párrafo 60.

495 KELSEN, Hans, op.cit., 1992, capítulo VIII, número 1, párrafo 61.

496 KELSEN Hans, op.cit., 1992, capítulo VIII, número 2, párrafo 62.

497 GARCÍA SAN MIGUEL, Luis, Prólogo en ENGISCH, Karl, Introducción al pensamiento jurídico, Guadajarra, Madrid, (traducción de Ernesto Garzón Valdés), 1956, p. II.

498 KELSEN, Hans, op. cit, 1992, capítulo IX, número 3, párrafo 70.

Justicia no estaría dentro del campo de lo racional. La pregunta que no seguiremos haciendo es qué queda de la Justicia si dicho concepto es incluido como derecho u obligación a fin de ser cumplido como parámetro de evaluación de un objeto y cómo alcanzarlo. Para un relativista, emotivista pero no escéptico que resulta difícil de entender y podría ser objeto de serias críticas a su inclusión dentro de un texto jurídico.

El profesor Elías DIAZ ha desarrollado, según Albert CALSAMIGLIA, que el relativismo kelseniano es relativo (no absoluto) con la posibilidad de dotar un número de valores dotados de objetividad racional. Esta opinión del profesor DÍAZ la comparto, KELSEN y HART en mi opinión jamás se opusieron a la existencia de valores, de que dichos valores fueren determinados racionalmente, y que se pudiera alcanzar valores así como establecer racionalmente valores unos superiores a otros⁴⁹⁹. La determinación de ser únicamente el orden el fin del Derecho se critica por el profesor DÍAZ, no es que no sea éste un objetivo pero arguye que no sea éste el único. Prueba lógicamente lo anterior el que el Derecho “ha pretendido negar a toda costa su absoluta identificación con la sola voluntad del más fuerte, intentando” la justificación y legitimación del Derecho mismo más allá del mero orden⁵⁰⁰. Traemos al profesor Elías DÍAZ a las expresiones relativas a esta materia por no poder considerársele como un iusnaturalista pero donde se abre la puerta, al menos, a investigar, como hemos efectuado aquí, una investigación científica jurídica acerca de la Justicia y la Equidad.

Es más, se afirma por el autor que al Derecho no le es indiferente el tipo de orden porque representa o tiene fundamento en un orden justo⁵⁰¹. El fundamento de la posición de KELSEN se encuentra en la razón positivista del siglo XIX y de la racionalidad y ello rechaza la noción única de Justicia o de Equidad. No rechaza, como a veces se afirma, la investigación acerca de la Justicia y de la Equidad. Aunque

499 CALSAMIGLIA, Albert, op. cit., p. 97.

500 DIAZ, Elías, Sociología y Filosofía del Derecho, Taurus Humanidades, 2ª edición, 1993, pp. 48-49.

501 DÍAZ, Elías, op. cit., p. 49.

CALSAMIGLIA diga lo contrario, el positivismo kelseniano si bien no puede haber en principio “una racionalización del tema de los valores” pero, como indica WALTER la noción principal es seguir la investigación sobre la Justicia y de la Equidad sin caminar por caminos investigativos recorridos y errados⁵⁰².

KELSEN defiende de una parte la Justicia como él la entiende, relativa a un momento y sociedad determinada, pero no permanente y universal considerando que la Ciencia no la puede hacer su objeto de análisis porque la Ciencia tiene como supuesto la racionalidad⁵⁰³.

A su vez, el profesor ROSS desarrolla de manera ajena a lo que ha señalado CALSAMIGLIA, una crítica acérrima a la pregunta qué es Justicia así como a la manera de discurrir de KELSEN en este punto. Concede ROSS la claridad y elegancia así como la sencillez de KELSEN en su escritura. Sin embargo, la crítica se inicia con el concepto de validez así como de norma básica hipotética porque debido a su “interpretación sociológica del derecho” habría un paso muy breve a la concesión que la norma indicada no tendría “cabida en el campo del conocimiento”. Con ello, señala ROSS que nos encontraríamos con una reminiscencia del iusnaturalismo, no superado, y se mantendría la “ideología” a “fin de reforzar el orden establecido”⁵⁰⁴.

Indica ROSS que KELSEN se acerca a la noción de felicidad social, cuestión comentada acá pero volvemos al problema de los valores, por cuanto hay que determinar los intereses humanos que componen la “felicidad social”, (por ejemplo, “pan, techo y abrigo” es diferente a “igualdad, libertad, propiedad”) y habría que efectuar algo contrario a lo que KELSEN ha criticado en materia de Justicia, determinar

502 CALSAMIGLIA, Albert, op. cit., p. 104, WALTER, Robert, Kelsen, la Teoría Pura del Derecho y el Problema de la Justicia, Universidad Externado de Colombia, 1ª Reimpresión, 1998, Bogotá, pp. 19-20.

503 CALSAMIGLIA, Albert, op. cit., p. 97.

504 ROSS, Alf, Kelsen, Hans, What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of the Science, Collected Essays, traducción de Genaro CARRIÓ, en ROSS, Alf, El concepto de validez y otros ensayos, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Distribuciones Fontamara S. A., 2ª Edición, 1993, pp. 35-26.

cuáles valores son anteriores a otros⁵⁰⁵. Hay aquí una lucha entre “filosofías” la kantiana, propia de la Escuela de Marburgo, y la empirista, relacionada a la tradición oxoniense de la filosofía. ROSS lo expone de manera cruda y agrega que KELSEN, más que argüir, confiesa y la filosofía que se encuentra en el fundamento es de carácter primitiva⁵⁰⁶. El fundamento de una Justicia relativa se encuentra, de acuerdo a ROSS, en la crítica contra el iusnaturalismo, también insatisfactoria por incompleta⁵⁰⁷.

Otra crítica es la manera de formular el problema donde la pregunta lo aquello que la Justicia está mal planteada debido a que desde el análisis lógico moderno no corresponde, carece de justificación alguna y posee la ambigüedad del significado⁵⁰⁸. Critica la pregunta por esencialista porque el objeto es determinar el uso de la palabra y no su esencia, por lo anterior, ROSS rechaza la pregunta efectuada y ello ocurre con la palabra “Justicia” que tiene usos diversos con significados diferentes, sea un “principio moral omnicompreensivo”, “legitimidad de una decisión según un orden establecido”, una “pauta o criterio para hacer buenas leyes” que, según ROSS, sería la forma en que KELSEN entendería este término⁵⁰⁹. Así este sentido sería relevante para una teoría acerca del Derecho y la Política.

ROSS critica a KELSEN diciendo que en los seis primeros ensayos aquello no se logra y por consiguiente Justicia alcanza un doble cariz en un mismo análisis, o es una pauta jurídica o es una aspiración moral. Lo anterior no deja de llamar la atención del comentarista pero llama a la atención de otro lector, KELSEN introduce el problema de la Justicia con JESÚS de Nazareth para luego hablar de buen o mal derecho *vis a vis* la Justicia. Sin embargo, pese a que en un primer momento o se piensa en un coterráneo de KELSEN, como se sabe, KELSEN era judío, pero hay que ser un poco más

505 ROSS, Alf, op. cit., p. 26.

506 ROSS, Alf, op. cit., p. 37.

507 ROSS, Alf, op. cit., p. 37.

508 ROSS, Alf, op. cit., p. 37.

509 ROSS, Alf, op. cit., p. 37.

benevolente con el maestro, de lo que ROSS ha podido serlo, KELSEN sólo efectúa un análisis de lo que pensadores creen o han dicho acerca de este concepto y con ello no manifiesta mayor importancia al mismo. Es un hecho, además, que la referencia a Jesús tiene más visos retóricos que científicos, finalmente éste fue muerto por ser judío, como judío y por los judíos. Pero un aspecto relevante que no entraré aquí es el relativo a la norma jurídica, cuestión que será analizada en otra ocasión. Nosotros nos detenemos en un aspecto puntual, la determinación de los elementos de un solo valor “Justicia”.

Los sentidos de las expresiones “Equidad” y “Justicia” en la Convención sobre Diversidad Biológica de 1992

La Equidad ha jugado un rol importante en el Derecho Internacional Público y en el Derecho ambiental, Es, a pesar de la crítica demoledora de KELSEN, la cual no compartimos en su ontología aunque sí en la excesiva pretensión de los que desarrollan el tema, junto con la ausencia de concreción en las materias correspondientes, un concepto, como muchos de la teoría jurídica y de la historia de la misma que requiere ser dilucidado.

La Convención sobre Diversidad Biológica de 1992 ha sido signada por la “Equidad”. Esta afirmación tan categórica se debe a que, como aparece de sus normas, la noción de “Equidad” viene a regular tanto la conservación, el uso sustentable o sostenible y la utilización de la diversidad biológica. En primer lugar desde la perspectiva de la Equidad intergeneracional, es decir, desde la perspectiva de lograr preservar o conservar hoy la biodiversidad para el futuro. La segunda, desde una perspectiva similar se pretende explotar recurso para lograr que el Ser humano pueda sobrevivir en el mundo y, a la vez, evitar la destrucción de la biodiversidad valorándola desde una noción de uso. Finalmente se regula la Equidad en lo que nos ocupa, la

División de los beneficios a nivel nacional cuando se han obtenido de la utilización de un componente de dicha biodiversidad, los recursos naturales. Es posible afirmar que implícitamente y explícitamente la Convención sobre Diversidad Biológica se regula de acuerdo a la Equidad desde diferentes perspectivas.

Al interpretarse la Equidad como una obligación internacional tiene dos sentidos, para las partes contratantes de la Convención sobre Diversidad Biológica:

1- Un estándar para las relaciones entre partes en relación a la División de beneficios.

2.- Es un estándar de implementación de las obligaciones internacionales expresados en el número siete del artículo 15.

En mi opinión la “Equidad” es un estándar para los Estados en sus relaciones para colocar beneficios que provienen de los Recursos Genéticos Naturales y estándar de implementación de las obligaciones internacionales a nivel nacional.

La Secretaría de la Convención sobre Diversidad Biológica ha puesto de relieve el problema de la repartición de los beneficios en varios documentos editados por la secretaria misma. El punto principal es que las autoridades nacionales puedan obtener Equidad así como acuerdos mutuamente aceptados a través de la toma de decisiones.

En la Convención sobre Diversidad Biológica, sin embargo, la expresión “Equidad” tiene significación, es empleada en el texto como elemento decisorio en la determinación de la manera o forma de División de beneficios. Este elementos de tremenda importancia porque si bien es empleado la Justicia arbitral (nacional generalmente en el caso chileno), se debe emplear por el legislador al aplicar un tratado a nivel naciones, es decir, en el caso en cuestión, en una ley, por cualquier país que en el cumplimiento de las obligaciones emanadas del artículo 15 número siete de la Convención, ejecute la obligación por cualquiera de los medios que la Convención

impone, así, es posible que dicha aplicación pueda ser:

- 1.- Legal
- 2.- Administrativa
- 3.- Política pública.

El punto es que, por mandato normativo debe efectuarse, es parte de la noción de obligación del Estado derivada de un acuerdo voluntario del mismo respecto de la norma jurídica internacional. Supuesto que fuere permitido por la Constitución del país de que se trate el asunto es determinar, pese a la oposición kelseniana, un concepto de Justicia y parámetros que satisfagan al menos la Justicia relativa. Lo anterior se logra a través de la interpretación de los conceptos “Equidad” y “Justicia”

Determinación de un criterio para aplicar la Equidad y la Justicia o la interpretación de los términos partiendo de la Convención sobre Diversidad Biológica

El tópico de la Equidad en materia de División de beneficios proveniente de Recursos Genéticos Naturales. Un concepto general de Equidad es el tratamiento justo de las personas⁵¹⁰. Justicia en el tratamiento de las personas, son personas las que detentan títulos para exigir lo que le corresponde en materia de beneficios y esas personas son los Estados, significa transparencia en la decisión y la posibilidad de conocer el criterio en la distribución de “algo”, en este caso, los beneficios.

Un primer problema al que hemos hecho alcance es el relativo a la determinación de beneficios, es decir, a la posibilidad concreta de poder desarrollar una comprensión intelectual del concepto de beneficio. Beneficio es algo que se obtendrá como un elemento positivo de algo existente. Sin embargo, ese algo se sujeta a un albur, la circunstancia incierta de ganancia o de ausencia de ganancia. Es por ello que en la

510 SINCLAIR, John, op. cit., p. 518.

conceptualización de nuestro desarrollo de estudio observamos que este concepto implica una visión diferente de la realidad basada en la idea de encontrarnos en un camino relacionado a una contingencia, supuesto o circunstancia, la presencia de un beneficio. Si pudiéramos conceptualarlo, podríamos decir que al dueño del auto, en el caso planteado al inicio, recibirá por el hurto (o préstamo forzado), una cantidad de dinero si esa cantidad es posible de ser obtenida del arriendo del auto.

Es posible afirmar, respecto de las nociones de “Justicia” y “Equidad” que no pueden ser conocidas intelectivamente, el que las mismas no pueden ser obviadas. Es un dato que aun en el desarrollo científico de la disciplina, la Ciencia Jurídica, existe un ulterior desarrollo de los conceptos de “Justicia” y “Equidad” aun cuando, como veremos, KELSEN se opone a los mismos. Sin embargo, a su vez, hoy en día es posible considerar que tales conceptos, cuando se incluyen en un texto jurídico estableciendo derechos y obligaciones, las mismas deben cumplirse. El problema, planteado en el inicio de esta tesis, es determinar el sentido y alcance de lo que es “Justicia” y “Equidad” y aplicarlo al ámbito jurídico específico de la División de beneficios, por naturaleza un acaso. Lo anterior sin tomar la posición de negar la posibilidad de determinación o alguna de las posiciones cónicas que abundan donde se duda, sin negar, de la respuesta.

Esta respuesta se sitúa en el plano interpretativo dogmático. Ahí es el caso de la solución de este asunto sin el cual no se cumple con la obligación internacional aplicable en cada país que es parte de la Convención. Existe, por tanto, una consecuencia de esta hipótesis, determinar lo justo y equitativo para la División o reparto de beneficios provenientes de los recursos genéticos, cuestión que si bien implícita en las afirmaciones anteriores se hace explícita en la presente.

Explicación del concepto de “Equidad” y “Justicia”

El concepto que podemos emplear sobre “Justicia” y “Equidad” en la División de beneficios obtenidos de los Recursos Genéticos Naturales es la siguiente, el equilibrio entre los derechos y las obligaciones para satisfacer los intereses de quienes reclamen su parte en la División de los beneficios. Los derechos y obligaciones son los que se generan por los Estados, los intereses se basan en dichos derechos y las obligaciones de otros Estados, los que reclaman su parte son los Estados en los beneficios de acuerdo a la División que habrá de efectuarse precisamente en conformidad a tales derechos y obligaciones declarados por la Convención conforme al artículo 15 número uno.

Los derechos declarados conforme a lo indicado por el artículo 15 número uno aludido definen lo que corresponde a cada Estado en los beneficios o al Estado y las personas naturales o jurídicas en el plano nacional.

Es más, si una persona natural o jurídica ha violado los derechos soberanos de un Estado no podrá jamás pedir la protección jurídica de su propio Estado porque, al hacerlo, se encontrará con que no tiene derecho debido a que se funda en una violación del derecho de otro, en este caso, los derechos soberanos del Estado sobre los recursos naturales.

Discusiones actuales en materia de Equidad y cuestiones a resolver

En materia de Equidad y Justicia, aplicada al problema que nos ocupa una primera respuesta es el escepticismo. Es decir, la negación de la posibilidad de determinación de lo que es justo o equitativo en la División de beneficios en razón de no poseer un parámetro para la dicha determinación⁵¹¹.

Por lo tanto, se arguye, debería dejarse de lado o simplemente obviarse tal

511 TEN KATE, Kate, LAIRD, Sarah, op. cit., pp. 12, 143, 330.

obligación internacional con lo cual las autoras se ubican, derechamente, en la opción de proponer la comisión de un delito internacional, un ilícito, la proposición de un incumplimiento.

Otra opinión que es escéptica sino francamente negativa a la opción de la determinación de Justicia y Equidad en la División de beneficios es la de LESSER⁵¹² donde sin la obtención de beneficios no es posible dividir equitativamente los mismos, cuestión obvia, pero que propone dejar sin sanción la extracción ilegal de los Recursos Genéticos Naturales, un problema no menor. En nuestra opinión, la Equidad termina siendo negada por las dificultades de establecerla entre varios sujetos, sin embargo, reiteramos, es el supuesto del artículo 15 en su número siete y en los números anteriores. A su vez, se hace muy difícil sino imposible lograr que se determinen los beneficios a obtener de manera anticipada.

Sin embargo, el escepticismo (acerca de la determinación de la Equidad entre diferentes sujetos) no es la única respuesta. Existe un núcleo que confía en la posibilidad de determinar la Equidad en la distribución de los beneficios entre los sujetos de Derecho a los mismos. Lo anterior en base a la predeterminación de los derechos como elemento central de dicho acto de determinación cuestión que efectúa la Convención en el caso de los Estados y que debería efectuar el Estado en la aplicación del artículo 15 en su número siete de acuerdo a algunos de los medios allí indicados. Luego de la determinación de los derechos los beneficios debería ser expresado en porcentajes sobre los mismos para finalmente lograr definir las cantidades de dinero que deberán tocarle a cada uno.

Importancia de la “Equidad” en la División de beneficios

El concepto de “Equidad” tiene relevancia en materia de decisión de tribunales

512 LESSER, William, Sustainable Use of Genetic Resources under the Convention on Biological Diversity: Exploring Access and benefit Sharing Issues, CAB international, New York, 1998.

internacionales como es el caso de la Corte Internacional de Justicia. Este tribunal, como nos hemos referido en otra parte de esta tesis doctoral, se ha encontrado en diversas oportunidades aplicando la “Equidad” según la ley, conforme a las fuentes que la misma Corte utiliza de acuerdo a las normas de fuente que son posible de leer en el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia o de los tratados o acuerdos internacionales que dan origen a la competencia de la Corte.

Sin embargo, definiciones precisas no son posibles de encontrarlas y, de todas las formas, fórmulas precisas no son posibles de ser halladas de manera concreta por obvias razones, se refieren en muchos casos a la División territorial.

A su vez y a diferencia de la conclusión kelseniana, un tribunal, por el *non liquet* (la obligación de dar solución a un asunto aun cuando no hubiere regulación jurídica para ello) debe aplicar conceptos de Justicia y Equidad. En ese sentido no se puede excusar de dar una solución y nosotros, como encargados de entender lo que es la Justicia y la Equidad en el contexto de la División de beneficios tampoco podemos dejar al menos de tratar la pregunta de qué es justo y equitativo en materia de División de beneficios derivados de la utilización de un recurso natural, en este caso, genético.

Es necesario clarificar un aspecto. La División o participación en los beneficios se refiere a las ganancias obtenidas de tales recursos. Existen diversos momentos de este proceso que son necesarios de considerar.

Primer momento, el recurso natural genético como parte de un recurso biológico. Es el caso de la papa o patata que contiene una gran cantidad de genes que la configuran. En este caso el Recurso Genético Natural, el gen, se confunde con el recurso biológico, fruta o verdura. En este caso no es posible hablar de beneficios derivados de los Recursos Genéticos Naturales, al menos en principio y desde la perspectiva de esta investigación porque nos encontramos con recursos biológicos que

son transados como alimentos sin importar, en principio, su composición genética.

Un segundo momento es el aislamiento del Recurso Genético Natural del resto del recurso biológico. Desde este instante, como se verá más adelante, existen posibilidades concretas de lograr obtener beneficios financieros del proceso de depuración del Recurso Genético Natural y que es relevante esta situación por cuanto de este compuesto, básico, natural, no desarrollado, es posible obtener beneficio financiero o económico.

Un tercer momento es el de los Compuestos Derivados de los Recursos Genéticos Naturales. La depuración continúa y la depuración puede ser diversa según sea el grado de depuración de los mismos compuestos. Pero los mismos son derivaciones del Recurso Genético Natural sobre los cuáles es posible obtener beneficios financieros o económicos.

La interpretación en los términos “equitativo” y “justo” cuando se dividen los beneficios

En el caso de la interpretación de las palabras indicados debemos precisar que los mismos se determinan de diversa manera y, según la opinión asumida en esta tesis, in concreto. Pero in abstracto es posible indicar algunos parámetros básicos que permiten dejar claro que la determinación de lo que es “justo y equitativo” no puede significar que una parte se lleva todo y la otra nada. Ciertamente no nos encontramos en el supuesto de los ilícitos atípicos a que hemos aludido más arriba pero tiene mucha semejanza sino un efecto jurídico similar porque se produce de una parte al apropiación de un Recurso Genético Natural y se le convierte en propiedad privada algo que la Convención sobre Diversidad Biológica ha declarado como parte de los Derechos soberanos de un Estado cualquiera sea su condición.

En segundo lugar, la determinación de mínimos de muy baja cantidad, (por ejemplo, cinco o diez por ciento) tampoco constituye una cantidad mínima que sea justa o equitativa. La misma no considera los esfuerzos de conservación en cualquiera de sus posibilidades. Es decir, es evidente que muchos Estados o han gastado o están dispuestos a gastar el dinero obtenido entre los beneficios y aunque así no fuera no corresponde definir la Equidad por el grado de conservación sino que debe ser un concepto objetivo.

Otro punto relevante en la determinación de la Equidad es que los porcentajes de reparte bordearan a lo menos un tercio para la parte que aporta aunque, en Justicia y Equidad debería ser el doble, dos tercios de un cien por ciento. Si se va a repartir una cantidad de beneficios en Justicia y Equidad no sólo supone repartirlo conforme a una distribución de carácter matemática rigurosa dividiendo por mitades sino debería serlo otorgando mayor cantidad a quienes no pueden efectuar la actividad de investigación y desarrollo pero aportan los Recursos Genéticos Naturales. Es decir, sea que se determine la Justicia y la Equidad de el reparto de beneficios antes que los mismos aparezcan o después que se devenguen los mismos, que dicha determinación provenga de un tercero, de las partes o de un procedimiento, el Estado que entrega los respectivo Recursos Genéticos Naturales, en virtud de la Justicia y Equidad es el que debe recibir una proporción mayor de dichos beneficios sea cual sea la justificación, debido a que es necesario lograr que se obtenga una proporción mayor que quien ejecuta la actividad de investigar y desarrollar el producto en un laboratorio debido a que la Justicia y Equidad, que no es un principio sino una obligación de éste y un derecho del Estado.

Mirando un ejemplo de KELSEN ¿Cuál es la diferencia entre un verdugo y una banda de forajidos que matan a otro? Que en el caso del verdugo mata por imperativo

jurídico, en el caso de los forajidos matan violentando la norma jurídica⁵¹³. En el caso de la Equidad ¿Cuál es la diferencia entre contar con justificación para evitar que se cumpla la exigencia de Equidad y no contar con la misma siguiendo la regla jurídica establecida por la ley? El que en la primera se aduce cualquier razón (en este caso ausencia de justificación) para evitar cumplir con la obligación o cumplirla entregando una cantidad mezquina o reclamando que no debería recibirse nada porque “pertenece a la humanidad” o falacias de tipo similar y en el segundo caso nos encontramos con una situación diferente donde de lo que se trata es de cumplir con una norma objetiva, el artículo 15 número siete. Lo dicho para la Equidad es aplicable a la Justicia como medio de calificación del reparto o calificación de los beneficios⁵¹⁴.

Más aun, no podremos tener una noción exacta de lo que son pero podemos afirmar que no podemos dejar de entender lo que no son. No es equitativo ni justo el hurto de Recursos Genéticos Naturales y por ende merece ser castigado como una violación a los derechos y las obligaciones establecidas en el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica consistente en la devolución de los recursos, derivados, beneficios y la cancelación de cualquier título de propiedad sobre tales recursos, sus derivados o productos (bienes) obtenidos de los mismos. No es equitativo ni justo el que habiéndose obtenido lícitamente los Recursos Genéticos Naturales y sus derivados así como los productos (bienes) obtenidos de los mismos, no se pague una compensación por los mismos⁵¹⁵.

El problema que aparece es el de la injusticia y de la inequidad cuando la

513 KELSEN, Hans, op. cit., pp. 57-59.

514 Este concepto “Justicia y Equidad”, además de ser doblemente exigente, no fue considerado entre los comentaristas de la Convención sobre Diversidad Biológica donde generalmente se habló de “Access and Benefit Sharing” y, como he apuntado más atrás, se le engó estatus de existencia a los derechos y obligaciones fundados en la inexistencia de parámetros para determinar el carácter de uno u otro. Como muestra un botón, un texto que hoy es la interpretación auténtica de la Convención sobre Diversidad Biológica en su artículo 15 a saber ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre Diversidad Biológica Montreal, 2011, en su artículo 4 número 4 expresamente señala: “4. Este Protocolo es el instrumento para la aplicación de las disposiciones sobre acceso y participación en los beneficios del Convenio” dentro de la sección relativa a la relación con otros tratados o convenios (el Protocolo es un tratado que será analizado en lo que nos importa), por consiguiente un documento oficial, que a la fecha de redacción de investigación no está vigente pero que de estarlo contendrá esta (y otras) incongruencias entre el título y la norma jurídica contenida (el título es un medio de interpretación pero no es obligatorio como norma) nos muestra la ausencia de concordancia entre una norma jurídica (Convención y sus derechos y obligaciones) y la interpretación (en este caso auténtica) que es y devendrá, el protocolo.

515 GREEN, Leslie, Germ of Justice, Oxford Legal Research Paper Series, Paper No 60 / 2010, p. 1. exposición efectuada en 2008 por el autor en la Universidad Central de Londres, particularmente en su seminario de filosofía jurídica.

extracción es lícita. Lo que no puede negarse es que la repartición de tales beneficios debe existir. El problema sería saber en qué porcentajes. Si se trata de dos, a lo menos podríamos indicar que un cincuenta por ciento por parte (Estado y persona privada o pública o Estados). Pero si se incluyeran terceros (suponiendo la extracción de los recursos desde diversos Estados) entonces debería repartirse en tantas partes cuantos Estados y persona existan (suponemos que una empresa que se encarga de la elaboración es una persona o natural o generalmente jurídica). En este caso, la expresión “debería”, como palabra, solo expresa un condicional que se basa en una primera aproximación, lógica, debe tocarle a cada uno tanto cuanto le corresponde por participación en la producción del producto dados sus títulos de detentadores de derechos. La detentación de un derecho es el criterio básico, desde nuestra perspectiva, que establece la norma jurídica, el artículo en comento. Luego habrá que estarse a un criterio de mayor sustancialidad, por ejemplo, los grados de cuidado, las necesidades, los conocimientos que se pudieren haber generado producto del análisis de las consecuencias del Recurso Genético Natural en su vida silvestre, a saber, el uso medicinal del recurso biológico en la salud de las personas, pero esto último no es objeto de esta investigación.

Al situar el problema de la “Equidad” y la “Justicia” en la División de los beneficios desde una perspectiva interpretativa resulta necesario entender qué es la interpretación y como opera respecto en relación a las palabras aquí empleadas y, finalmente, en la División de los beneficios. Interpretar significa definir el sentido y alcance de enunciados. Si la Metodología del Derecho es la disciplina jurídica que se “ocupa del estudio de los instrumentos técnicos necesarios para conocer, elaborar, y enseñar ese objeto de conocimiento que denominamos ‘derecho’”⁵¹⁶ se hace necesario saber cómo aplicar este conocimiento técnico a fin de conocer el Derecho y en

516 FIX-ZAMUDIO, Héctor, Metodología, docencia e investigación jurídica, Porrúa, México, 1995, p. 27.

particular estas palabras o enunciados.

KELSEN indica el objeto de la ciencia jurídica, asunto en el cual estamos trabajando en esta tesis, creación de ciencia, está constituido por un sistema normativo que “regula la conducta externa y recíproca de los hombres, así como el conjunto de actos que son determinados por la norma de un Orden jurídico y crean o aplican dichas normas.”⁵¹⁷.

En este sentido se hace imprescindible, entonces analizar el sentido y alcance de la norma, mas no de lo que quizás se quiso cuando se elaboró la norma, cuestión que no se encuentra ni es fácil de ser determinada en este caso. La interpretación dice KELSEN, dice relación con que el Derecho tiene que ser aplicado por un órgano jurídico porque debe indicar el sentido de las normas que aplicará y, por consiguiente, debe interpretar esas normas⁵¹⁸. La interpretación puede ser interpretación auténtica, u oficial o por el órgano de aplicación del Derecho y la interpretación particular. La interpretación puede ser pública u oficial o privada o doctrinal.

La interpretación pública u oficial puede, a su vez, puede ser legal, es decir, contenida en una ley, sea en la misma ley donde se contenga la norma a interpretar, por ejemplo, que en la Convención sobre Diversidad Biológica se hubiere contenido la definición de lo que es justo y equitativo o sea en otra ley como por ejemplo que se estableciera en otro tratado, convención o protocolo qué es “justo” y “equitativo”. La interpretación judicial es la que se desarrolla por el órgano judicial, en el caso que nos ocupa, puede ser establecida por un tribunal internacional o por tribunales nacionales. Pero, de acuerdo al artículo 15 número siete debe pensarse en interpretaciones administrativas de los términos porque órganos administrativos podrían encontrarse en la necesidad de desarrollar los conceptos de “Equidad” y “Justicia”. Más aun, podría

517 FIX-ZAMUDIO, Héctor, op. cit., p. 27.

518 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, p. 349.

pensarse en una interpretación de órganos públicos encargados de políticas públicas a fin de definir lo que es “justo” y equitativo” en dicho contexto. Debo indicar que todos los casos se encuentran presentes y son derivados del artículo y número correspondientes. Finalmente existe una interpretación privada o doctrinal que es la que nos corresponde efectuar a quienes trabajan en el ámbito jurídico y es la que nos concentraremos aquí utilizando los modelos tradicionales en esta materia debido a que de la forma anterior podremos comprender tanto lo relativo a la División de beneficios de manera pública y privada (por órganos estatales o a través de contrato, si caben) los problemas con las normas de carácter o propias de la propiedad intelectual e industrial y su aplicación a nivel nacional así como los orígenes y razones para la responsabilidad jurídica derivada de su incumplimiento.

La interpretación de la “Equidad” y la “Justicia” en esta materia tiene tres grandes aristas. Una primera se representa por una “Equidad” y una “Justicia” retributiva. Una segunda se representa por una “Equidad” o “Justicia” distributiva. Una tercera se expresa a través de una “Justicia” o “Equidad” procedimental. En los tres casos nos encontramos con diversas formas de resolver el problema del criterio a emplear a fin de establecer la Equidad y la Justicia de la División de los beneficios. Un asunto relacionado es la forma de emplear los criterios, a saber, el momento para desarrollar los mismos⁵¹⁹.

La pregunta acerca del momento oportuno se considera relevante porque es la manera o forma de justificar frente a quienes tienen interés en la División, un interés basado en algún título y no sólo en la mera expresión del interés mismo y así fundamentar racionalmente y lógicamente la División de tales beneficios. La definición de los criterios debe resolverse, en mi opinión, de acuerdo a tres supuestos que son

519 FINNIS, John, op. cit., pp. 191-193, ARISTOTLE, *Nichomachean Ethics* (Translated and Edited by Roger Crisp), Cambridge University Press, Cambridge, 2004, Book 5, pp. 81 y ss. (1129a ss).

presentados aquí, primero si la División de los beneficios se efectúa por un tercero, segundo si la División de beneficios se efectúa por las partes mismas a través de una negociación o en tercer lugar, si la División de beneficios se efectúa sobre la base de un procedimiento que permita determinar la Equidad del resultado.

En el primer caso, la División efectuada por un tercero, deberá recibir y aplicar criterios de carácter distributivos en que la “Equidad” y la “Justicia” se ejecutarán a través de fórmulas derivadas de la decisión de un tercero. Es el caso, en la aplicación del artículo 15, cuando en la División de los beneficios derivados de la explotación de los Recursos Genéticos Naturales de dos Estados se tienen que determinar el beneficio del recurso (que pertenece a uno pero en que otro ha efectuado la explotación) y deben someterse a lo indicado por un tercero, por ejemplo, conforme a las normas de la Convención misma, el sometimiento del asunto a un tribunal de los contemplados en la misma Convención o a un tercer Estado que fije los montos que deberá recibir cada beneficiario. También se plantea este caso cuando se analiza la situación en el Derecho nacional, es decir, cuando en el Orden jurídico nacional un tercero debe decidir.

En el segundo caso, la División efectuada por las partes, se deberá aplicar criterios de carácter retributivos, es decir, la “Equidad” y la “Justicia” deberá ser ejecutada por las partes de acuerdo a un proceso de negociación o de desarrollo de imposiciones que son finalmente aceptadas. Es este el caso en que dos o más Estados negocian la determinación de lo que es justo o equitativo en materia de División de beneficios cuando un Estado es el detentador de la Soberanía sobre los Recursos Genéticos Naturales y el otro Estado es el encargado de ejecutar los procedimientos de explotación de los recursos. Es posible además que se pueda plantear entre el Estado que detenta la Soberanía sobre los Recursos Genéticos Naturales y el Estado que explota el recurso, la persona que desea poder explotarlo.

Finalmente existe un tercer criterio, la “Justicia” o “Equidad” procedimental donde tal “Equidad” o “Justicia” se plantea en la situación muy particular de encontrarnos frente a un procedimiento que regule el tema de la División de beneficios y que siendo tal procedimiento debidamente preestablecido, permitiendo a las partes o al postulante al Acceso y a la División de los beneficios el resultado debería ser justo y equitativo.

En los dos primeros casos nos encontramos con una “Equidad” y “Justicia” aristotélica y en el tercer caso nos encontramos con una fórmula de Equidad desarrollada por el filósofo estadounidense John RAWLS⁵²⁰.

La “Equidad” en la Convención de Diversidad Biológica tiene un importante rol en el balance de beneficios obtenidos de la utilización de los Recursos Genéticos Naturales por el Estado, considerando sus diferentes problemas económicos.

Los Estados o pueden imponer el modo o manera en que la Equidad habrá de ser establecida (procedimiento) o indican de manera directa lo que se considera equitativo en la División de beneficios sancionando el enriquecimiento sin causa producto de la extracción ilegal de Recursos Genéticos Naturales.

Los beneficios a obtener de los Recursos Genéticos Naturales

Los beneficios provenientes de los Recursos Genéticos Naturales, en principio, son ventajas de carácter económicas o financieras. Tales ventajas deben ser consideradas por los Estados como derivación de una segunda serie de posibles ventajas, entrenamiento para sus científicos (si es posible lo anterior de acuerdo a los

520 ARISTOTLE, op. cit., 2004, Book 5, pp. 81 y ss. (1129a ss), ARISTOTLE, Nichomachean Ethics, Book 5, (2000) <<http://www.interlog.com/~girbe/ethics5.html>>(03.04.09), ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco, Proyecto Espártaco, Chile, 2012 < <http://www.proyectoespártaco.dm.cl>> (20.09.11), AZCÁRATE, Patricio de, Moral a Nicómaco, Edición Medina Navarro, Madrid, 1873, Libro 5, donde se indica que la Justicia es propia del Ser humano y debe ejercerse por éste sobre la base de su alcanzar un justo medio donde distingue ARISTÓTELES la Justicia distributiva de la retributiva y el efecto corrector de la Equidad (comom aplicación por los tribunales y los Seres humanos de esta virtud denominada Justicia), RAWLS, John, A Theory of Justice, Harvard University Press, Massachussets, 1999, en particular por su completitud, FREEMAN, Samuel, The Cambridge Companion to Rawls, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 4 ss. Su idea se relaciona con una sociedad democrática y el mayor concepto de Justicia para la misma, FREEMAN, Samuel, op. cit., p. I. RAWLS Y ARISTÓTELES son autores totalmente contrarios a las ideas del otro por tiempo, tradición, et cetera. CRIS, Roger, Introduction, en ARISTOTLE, op. cit.,(Translated and Edited by Roger Crisp), 2004, pp. XXI-XXII. Pero conviene en la necesidad de explicar los que la Justicia sea, del mismo modo KELSEN, Hans, op. cit., 1993.

términos en que se desarrolle una investigación científica), entrenamiento a para científicos en cuestiones prácticas como recopilación, conservación in situ y conservación ex situ, delineamiento de usos sostenibles de los recursos biológicos sin destruir los Recursos Genéticos Naturales.

Los beneficios derivan de la extracción de los recursos. Este es el primer acto de carácter jurídico y cualquier otro tipo de acto, por ejemplo, la incorporación de investigación industrial no tienen sentido y no tendrá efecto sino con la extracción de los Recursos Genéticos Naturales.

En esta investigación hemos partido de un supuesto, un Estado un Recursos Genéticos Natural por lo tanto a ese Estado el beneficio correspondiente. ¿Qué sucede en otros supuestos? Es una cuestión que no se abordará aquí.

Es, sin embargo, necesario, dejar claro que la existencia de beneficios, como se verá a propósito del análisis de contratos internacionales sobre Recursos Genéticos Naturales debe ser suficiente para los involucrados, aquellos que detenten derechos sobre tales recursos. De no ser así la exploración y explotación, en un plano estrictamente jurídico, provocaría la destrucción del objeto de la norma jurídica, los Recursos Genéticos Naturales, sin que hubiere una retribución por dicha exploración, explotación y destrucción. El Estado, en definitiva, no cumpliría con los objetivos de la Convención sobre Diversidad Biológica y no protegería, por tanto, los Recursos Genéticos Naturales.

Los beneficios pueden ser monetarios y no monetarios. Los beneficios monetarios pueden ser una cantidad por cada uno de las muestras obtenidas de la extracción de los recursos, pagos en avance, pago único del total, y royalties. Los beneficios no monetarios pueden ser los salarios, intereses locales a proteger los recursos, beneficios en productos específicos, la infraestructura y los beneficios en

información. La creación de capacitación así como las posibilidades de entrenamiento son otros de los beneficios no monetarios⁵²¹.

La División equitativa de los beneficios

La División de beneficios provenientes de la utilización o explotación de los recursos genéticos es, sin duda, un tema que es complejo. Dada su complejidad es que la solución al imperativo establecido por la norma del artículo 15 número siete de la Convención sobre Diversidad Biológica debe efectuarse “caso a caso”, es decir, enfrentados a la ausencia de normas de División de dichos beneficios o a la ausencia de solución de todos los problemas se debe proceder a alcanzar la tal solución respecto del caso mismo a fin de determinar las características de éste y luego, determinado su supuesto de hechos, proceder a fijar la solución correspondiente determinando la determinación misma de las cantidades correspondientes.

Antes de esta fórmula de aplicación específica de los conceptos retributivos, distributivos o procedí miéntales se debe contar con que los derechos de los Estados sean debidamente protegidos en el Derecho Internacional Público, comparado y nacional. Así el criterio de determinación de lo que es equitativo debe ser definido a través de Términos Mutuamente Acordados (donde prima la noción de la retribución), o a través de tribunales internacionales o nacionales (donde la noción de procedimiento y de distribución tiene clara aplicación) o a través de normas legislativamente aprobadas o impuestas por la administración (en cuyo caso se aplica el criterio distributivo). En cada uno de los criterios, a su vez, deberá contenerse un sub-criterio para la determinación, así puede ser la contribución a la conservación del recurso, la contribución a su exploración o explotación del mismo. La necesidad de cada Estado también puede ser un sub-criterio de determinación. Finalmente, a fin de decidir de manera definitiva el

521 TEN KATE, Kerry, LAIRD, Sarah, op. cit., pp. 60-65.

asunto se aplica el procedimiento que se encuentra contenido en el número anterior donde se define de manera definitiva lo que corresponde a cada uno de los que reclama beneficios de los Recursos Genéticos Naturales.

Los conocimientos tradicionales y locales

Otro de los temas que se confunden a propósito de los Recursos Genéticos Naturales son los conocimientos tradicionales y locales que no tienen relación con los Recursos Genéticos Naturales sino de manera tangencial (y que, en muchos casos, no son sino el hacer creer que dichos conocimientos, que tienen sino todos, muchos de los requisitos para ser científicos) están íntimamente asociados al descubrimiento de compuestos en los Recursos Genéticos Naturales. Actuarían como una especie de efecto indiciario, aviso o indicación de la existencia de un compuesto.

Además, la supuesta titularidad sobre los Recursos Genéticos Naturales se basaría en que los conocimientos tradicionales serían la base o fundamento del conocimiento para el desarrollo de los Recursos Genéticos Naturales y, a la vez, son dueños de los recursos o de la diversidad biológica debido a títulos ancestrales.

Todos los anteriores argumentos se estrellan con la realidad jurídica en cuanto la Convención sobre Diversidad Biológica distingue claramente que la titularidad sobre los Recursos naturales le corresponde a los Estados y la titularidad sobre el conocimiento tradicional a los seres humanos, basta con leer el artículo 8 letra “j” de la Convención. Más aun, es de suyo que la titularidad sobre dichos recursos podría corresponder a los “pueblos” o a la “nación”, por ejemplo, conforme al artículo 1 inciso dos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales donde se expresan “supuestos de hecho” de este tipo pero es necesario puntualizar que considerando al Estado como representante de pueblos o nación y en caso alguno a

individuos de la especie humana o comunidades o grupos.

Es decir, no podemos sino entender estas normas jurídicas sino como complementarias pero reguladoras de objetos jurídicos diferentes, complementarias en cuanto todo conocimiento tradicional dice relación, en el contexto de la Convención sobre Diversidad Biológica, con Recursos Genéticos Naturales pero no todos los Recursos Genéticos Naturales, muy probablemente un número inmenso de los mismos (cuestión que no podemos tratar aquí) no dicen relación con el conocimiento tradicional.

Conclusión

Los conceptos de Justicia y Equidad poseen una antigua amplia vida en la filosofía y en el Derecho, es decir, tienen un origen en la Grecia clásica y llega hasta hoy.

Hay autores intentando definirla, otros niegan su existencia y algunos la consideran o podrían considerarla como parte del Derecho cumpliendo diversas funciones.

Sin embargo, al incorporarse en una norma jurídica, en el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica, no es posible evitar o negar su vigencia, interpretación y aplicación por cuanto es una norma imperativa en cuanto la participación en los beneficios de los Recursos Genéticos Naturales debe ser calificada finalmente como justa y equitativa.

Cabe la pregunta obvia de en relación a qué un resultado es “Justo” y “Equitativo”. Cualquiera sea la opción tomada en relación a estos términos no cabe duda el deber de determinar al menos el sentido de los mismos, así como otros asociados a estos conceptos, por ejemplo, “división de beneficios” complementado por “derivado de la utilización de recursos genéticos”, es decir, relacionados a uno de los

aspectos más interesantes de toda la investigación, es cómo poder alcanzar el ámbito donde la Justicia y la Equidad se encuentran porque los requisitos son dos, no uno, entender qué es la Justicia, un concepto teórico o general y la Equidad, un concepto concreto o particular derivada que en el Orden jurídico nacional la definición de la concreción y aprobación de esta División de beneficios, tan específica, debe hacerse considerando los derechos esgrimidos, principalmente, por el Estado en representación de todos los nacionales de dicho Estado, pero, además, debe pensarse en la manera o forma de auxiliar o compensar a dicho Estado (Justicia, pago en razón de derechos, equidad, compensación más allá de los derechos) y la misma debe ser no inferior a la mitad de lo ganado, sino, no hay acuerdo.

Es necesario distinguir del proceso de determinación de los beneficios como justos y equitativos la participación de titulares de conocimiento tradicional porque yerra quien considera la existencia de Recursos Genéticos Naturales como supuesto de conocimientos tradicionales involucrados.

Esto resulta necesario de ser distinguido a tiempo, si hay conocimientos tradicionales los mismos deben ser debidamente compensados independientemente de un pseudo deber científico de obtener los recursos a toda costa, si así fuera, utilizando el mismo razonamiento debería entregarse gratuitamente la tecnología y los conocimientos protegidos por patentes para desentrañar tales recursos pero, a la inversa, no se puede aceptar derechos de quienes no se les ha reconocido en el texto jurídico. Tales derechos, derivados de los conocimientos tradicionales, sólo pueden ser desarrollados en la medida de su reconocimiento de manera individual o comunitaria a personas pero no a un ente como el Estado.

Lo anterior se verifica normativamente inclusive en cuanto los conocimientos tradicionales ingresan a un sistema de propiedad privada (comunitaria o no en cuanto

sus titulares pueden ser comunidades locales o indígenas) y los Recursos Genéticos Naturales se encuentran situados en un artículo y una norma jurídica diferente cuyo fundamento son las relaciones entre Estados y no entre sujetos de Derecho privado.

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO III

EL PROBLEMA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL Y LOS RECURSOS GENÉTICOS

,

Segunda Parte

Capítulo III

El problema de la propiedad intelectual e industrial y los recursos genéticos

Introducción

Hemos titulado “problema” de la propiedad industrial e intelectual en relación a los Recursos Genéticos Naturales a este capítulo. Desde ya, “problema” o “conflicto” son sólo expresiones que tienen como objeto indicar la variedad de normas posibles de regular un mismo objeto jurídico, Recursos Genéticos Naturales que se encuentran en el territorio de un Estado.

El carácter de “problema” o “conflicto” se provoca sólo porque no existe claridad en la interpretación jurídica para entender lo que son los derechos soberanos y la propiedad intelectual e industrial así como actos delictivos en el Orden jurídico internacional y nacional que estudiados y analizados a nivel internacional manifiestan la violación de normas jurídicas internacionales y, a lo menos, un ilícito atípico, el Abuso del Derecho⁵²².

Esos ilícitos atípicos pueden tener, en este caso, su inicio o producción a nivel nacional.

Pregunta a contestar

El tópic o pregunta a responder es el problema de la relación jurídica entre el artículo 15, el artículo 16, el artículo 8 de la Convención sobre Diversidad Biológica y

522 El origen de la figura se encuentra en el Derecho francés posterior al Código Civil de Napoleón. ATIENZA, Manuel, MANERO, Juan Ruiz, op. cit., p. 33 aunque otros la sitúan en la regula iuris del Derecho romano, particularmente, el Digesto, MOISSET, Luis, El abuso del Derecho, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, p. 1. En ella se indica que los actos lícitos no siempre son honrados o conforme a la honra y, por consiguiente, la ausencia de la misma, trae la deshonra y la contradictoriedad con el Derecho. Se la caracteriza por un actuar conforme al derecho positivo, la norma jurídica, pero contrario o a conceptos extrajurídico (buena fe, fines sociales del derecho u otro del mismo carácter) o conceptos jurídicos que sustentan al Orden jurídico, como por ejemplo, el derecho ajeno. En España se indica una monografía como recepcionadora del concepto, en Chile el Código Civil chileno en la definición de Derecho real (“no siendo contra la ley o contra derecho ajeno) estaría vigente desde 1855. ATIENZA, Manuel, MANERO, Juan Ruiz, op. cit., p. 33, República de Chile, op. cit., 2008, artículo 582, p. 162.

el artículo 27 del Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio, mencionado como el “Acuerdo”.

El fundamento de esta pregunta se encuentra en la necesidad de saber si existe relación entre estas normas jurídicas aunque adelantamos, como hipótesis, que los objetos jurídicos regulados por la norma jurídica, los “supuestos de hecho” conceptuales o prácticos, son diferentes.

Pero el problema es aun más profundo, se estudia aquí la relación en un Orden jurídico internacional (aplicable al Orden jurídico nacional) de normas jurídicas internacionales públicas con otras normas jurídicas internacionales consideradas privadas y disponibles y ahora son de carácter público al contenerse en un tratado internacional regido por el Derecho Internacional Público pero aplicable a Estados y luego a personas naturales y jurídicas dentro de los mismos Estados.

Ello dice relación con el tema de las consecuencias de los mencionados derechos, particularmente el tema de los derechos derivados de la competencia o también mencionados como antimonopolios⁵²³.

Un ejemplo: la Unión Europea

A fin de entender el problema de la relación jurídica entre la propiedad intelectual y otras propiedades o derechos analizados en la “Directiva de Biotecnología” en la Unión Europea tiene un nuevo régimen para licencias obligatorias de invenciones tecnológicas y licencias cruzadas de invenciones tecnológicas⁵²⁴.

Las reglas jurídicas sobre licencias obligatorias se refieren al problema de las

523 ANDERMAN, Steven, *The competition law/IP ‘interface’: An introductory note* en ANDERMAN, Steven, *The interface between intellectual property rights and competition policy*, IPAcademy and Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. I,

“Si en esto hay conflictos potenciales producto el sentido usado por cada sistema para alcanzar esos objetivos” (promover innovación y crecimiento económico). La regulación antimonopolio genera en límites que han sido establecidos al ejercicio del derecho exclusivo garantizados por leyes de propiedad intelectual. A la inversa, el ejercicio ilimitado de los derechos de propiedad intelectual que pueden afectar derechos de terceros producto del monopolio jurídico y comercial que provoca. Es decir, de derecho y de hecho limitan los derechos de otros.”. ANDERMAN, Steven, op. cit., p. 14.

524 ANDERMAN, Steven, op. cit., p. 14.

relaciones entre uso de patentes y el uso de derechos sobre variedades de plantas⁵²⁵.

El caso, desde el punto de vista normativo, se refiere a las normas jurídicas que se enfrentan por el artículo 12 número uno donde se prohíbe que un criador de plantas pueda explotar o adquirir una patente anterior.

Podrían postular por una licencia no exclusiva obligatoria para usar la invención pagando un derecho o regalía (royalty).

También es posible la oferta de licencia cruzada a un precio módico⁵²⁶. Como se insinuó, la discusión aquí planteada se expresa de manera patente en el mismo contexto de la Unión Europea.

Quizás cambien un poco los problemas en sí mismos, es decir, sean otros los objetos jurídicos a regular o los argumentos a esgrimir pero el problema principal es evitar que un conjunto de normas jurídicas tengan “uso”, sean esgrimidas no sólo como conjunto regulador sino como forma de protección de beneficios o situaciones jurídicas cuya causa eficiente es contraria a otras normas jurídicas de rango superior que regulan estos objetos jurídicos.

Las mismas tienen como Orden jurídico regulador el Derecho público internacional o nacional a través de normas jurídicas que pertenecen a dicho carácter, clase o categoría y que tienen preponderancia por encontrarse en la parte más alta del Orden jurídico (supuesto que el mismo sea piramidal).

Además, no sólo afectan derechos esenciales del Estado sino objetos jurídicos específicos, en otras palabras, normas jurídicas de un Estado conviertan en lícito un acto cuyos orígenes son ilícitos, en la especie, el hurto de Recursos Genéticos Naturales, o de animales, plantas o microorganismos, la posterior protección jurídica de la propiedad

525 ANDERMAN, Steven, op. cit., p. 14

526 ANDERMAN, Steven, op. cit., p. 14

industrial sobre los derivados de tales recursos o seres vivos.⁵²⁷. Así se configura, además, otra forma de Abuso de Derecho.

La propiedad intelectual e industrial, concepto

Los derechos de propiedad intelectual e industrial son un “conjunto de intereses que una persona tiene respecto de propiedad intelectual”, y propiedad intelectual es “un conjunto de productos intangibles de la actividad humana”⁵²⁸.

En el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio este conjunto de productos intangibles han sido definidos conforme al artículo 1 número dos⁵²⁹ como todos los que constituyen la segunda parte del referido convenio y son:

- 1.- En general, derechos de autor y derechos conexos⁵³⁰.
- 2.- Programas de ordenador y compilaciones de datos⁵³¹.
3. - Protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas (grabaciones de sonido) y los organismos de radiodifusión⁵³².
4. - Marca de fábrica o de comercio⁵³³.
5. - Indicaciones geográficas⁵³⁴.
6. - Dibujos y modelos industriales⁵³⁵.
7. - Patentes⁵³⁶.
8. - Esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados⁵³⁷.
9. - Protección de la información no divulgada⁵³⁸.

527 ANDERMAN, Steven, op. cit., p. 15.

528 ABBOT, F., Cottier, T., Curry, F., The International Intellectual Property System Commentary and Materials: Part One, Kluwer Law International, Dordrecht, 1999, p. 21.

529 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados al Comercio, Marrakesh, 1994, artículo 1 párrafo dos <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.doc>, 25 de octubre 2010.

530 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, op. cit., Parte II, Sección 1.

531 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, op. cit., artículo 10.

532 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, op. cit., artículo 14.

533 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, op. cit., sección II artículo 15.

534 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, op. cit., sección III, artículo 22.

535 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, op. cit., sección IV, artículo 25.

536 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, op. cit., sección V, artículo 27.

537 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, op. cit., sección VI.

Los objetos de protección jurídica tienen tanto a la propiedad intelectual como industrial, objetos que son producto o del talento o del ingenio, bajo el sistema de derechos.

No es objeto de nuestro análisis la distinción entre un tipo de propiedad (Intelectual) de otro (Industrial) pero baste consignar que se pretende con el primero proteger el “talento”, es decir, la capacidad de producir una poesía, una sinfonía o acordes de música y con el segundo el “ingenio”, un nuevo medicamento.

La línea que diferencia a ambos objetos es tenue pero, a su vez, se distingue desde la perspectiva del objeto de protección o la capacidad de generar objetos de reproducción industrial y que sirven a la industria, o, la capacidad de generar objeto de reproducción artística, que sirven a la expresión de dicha producción artística.

Reiteramos que hoy día tal distinción, si bien no es superflua, tiene áreas donde las normas jurídicas no pueden describir el supuesto de hecho normativo, particularmente conceptual en estas materias y quizás aquello sea la razón de la carencia de claridad en cuanto al conjunto de normas no independientes, más aun, al Orden jurídico, que regula los diferentes aspectos de esta materia.

No olvidemos, además, que el objetivo de la regulación en comento es el uso de los productos del talento y del ingenio en materia comercial, podría desarrollarse alguna actividad en ambos no comerciales donde obviamente estas normas jurídicas carecerían de aplicación por no constituir el supuesto de hecho descrito. Hechas estas breves aclaraciones pasamos al siguiente punto.

Recursos Genéticos Naturales y propiedad intelectual e industrial (Acceso y División Equitativa de Beneficios)

Desde un inicio hemos indicado que nuestra tesis en esta materia se resume en la

inexistencia de conflictos jurídicos por cuanto las normas de propiedad intelectual y de Acceso y División Equitativa de Beneficios regulan objetos jurídicos y contienen supuestos de hecho diferentes. Sin embargo es posible apuntar algunas discusiones. Así es posible indicar:

1.- La ausencia de regulación (laguna jurídica) de las convenciones internacionales en análisis, Convención sobre Diversidad Biológica, Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio de Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio.

2.- Aplicación errada del sistema de patentes, de las normas jurídicas de patentes, a los Recursos Genéticos Naturales.

Un primer debate se planteó en la firma y ratificación de la Convención sobre Diversidad Biológica dado que por una parte los países subdesarrollados o en vías de desarrollo pusieron dificultades a la firma de este tratado debido a temores derivados de la posibilidad de la violación de sus derechos relacionados con los Recursos Genéticos Naturales y de otra parte los Estados Unidos de América que no ratificó la Convención debido a críticas derivadas de la desprotección de los derechos de propiedad intelectual que en su opinión se plantearían en dicha Convención ⁵³⁹.

La naturaleza de la propiedad intelectual e industrial en el Derecho Internacional Público y comparado

El problema planteado en este apartado es la duda que se genera de la calidad del Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio y si la misma es o no propia de las normas jurídicas que constituyen el Orden jurídico internacional.

Lo anterior es una duda provocada por las normas que configuran el tratamiento

539 McCONNEL, Fiona, *The Biodiversity Convention: A negotiation history*, Kluwer Law International, Dordrecht, 1996, p. 34.

del Derecho de propiedad intelectual, íntimamente relacionado o incorporado dentro de la estructura del Derecho privado, es decir, disponible. Es decir, una estructura jurídica pero con razonamientos jurídicos diferentes⁵⁴⁰.

Las normas jurídicas de propiedad intelectual en el Orden jurídico internacional son propias de Derecho Internacional Público. Se encuentran contenidas en un tratado internacional que se rige conforme a las normas jurídicas y a la estructura del Derecho Internacional Público⁵⁴¹ y que, aunque parezca lo contrario, basta con dicha inclusión para que la estructura y razonamiento jurídico impositivo.

Además el artículo 8 del Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio indicado contiene una referencia al “interés público” y aunque referido a las limitaciones de la norma jurídica o normas jurídicas contenidas en el tratado el interés público es un concepto de orden general que sirve para entender el sentido de la aplicación internacional del Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio.

Sin embargo, por sobre todo, los deseos de reducir distorsiones y obstáculos al comercio internacional, fomentando una protección adecuada y eficaz a tales derechos⁵⁴² es que nos encontramos con el fundamento jurídico y exegético de la generación de un tratado internacional que contenga normas jurídicas internacionales reguladas por el Derecho Internacional Público que expresamente se indica son de Derecho privado.

Por consiguiente, los derechos, si bien disponibles y transables son de carácter público y no privados como erradamente indica el Preámbulo, el que sean disponibles no cambia la protección jurídica y la incorporación dentro de un Orden jurídico definido y público.

540 La cuestión no es menor, expresamente se indica en el Preámbulo del citado convenio: “Reconociendo que los derechos de propiedad intelectual son derechos privados.” ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO., op. cit., considerando número 4.

541 PAUWELYN, Joost, Conflict of norms in public international law: How WTO law relates to other rules of International Law, Cambridge University Press. 2003, p. 17.

542 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, op. cit., considerando número 1.

Además las normas jurídicas internacionales relacionadas a las formas de protección de este tipo de propiedad deben armonizarse a las normas jurídicas internacionales relacionadas con los derechos de los Estados sobre los Recursos Genéticos Naturales derivados de la Soberanía y que si bien tienen a los mencionados recursos como bases poseen una regulación bajo el Derecho Internacional Público que es diferente en cuanto al escalón en que cada una se encuentra primando la segunda sobre la primera.

Algunos autores, en este contexto, han avanzado una derogación del artículo que regula el sistema de patentes en el Acuerdo dado que derogaría, en el razonamiento jurídico de los autores citados, al artículo 15 de la Convención estableciendo, según ellos, un sistema de Acceso *sui generis* a los recursos genéticos, en general y a los Recursos Genéticos Naturales, en particular, es decir, nuevo y único pero sin explicar en que consisten ambas características⁵⁴³.

Lo anterior resulta, a lo menos, poco serio desde cualquier punto de vista, particularmente jurídico, primero porque se trata de proteger productos del ingenio y del talento y revisar, investigar y recoger muestras en cualquier terreno, río, lago u otra fuente de este tipo de recurso es una actividad material que por el sólo hecho de ejecutarla no implica que la misma sea de carácter conceptual o intelectual sino que de carácter material.

Segundo que un sistema de patentes tienen por objeto proteger invenciones producto del ingenio y lo que se haya ante nosotros en la naturaleza sea natural o derivado siempre mantendrá el carácter primigenio, es decir, el supuesto de hecho será el mismo, un producto o proceso natural que posee características que habrán de depurarse pero que tienen como base el producto o proceso natural.

543 WORLD TRADE ORGANIZATION, TRIPS: reviews, article 27.3 (b) and related issues Background and the current situation, (17.07.03), <http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/art27_3b_background_e.htm>(27.10.03).

Tercero, ese producto o proceso natural se encuentra protegido por derechos derivados de la Soberanía y salvo que exista una reformulación de la realidad jurídica, la Soberanía es base fundamental del Estado (de no ser así no se explica la existencia de los mismos aunque exista discusión en sus contornos, los franceses viven en Francia y no en España y viceversa y por algo que existen fronteras custodiadas entre México y Estados Unidos de América) y los derechos que de la misma se derivan tienen que necesariamente encontrarse en una relación de superioridad sobre derechos que (a confesión del propio tratado) son privados aunque se encuentren y regulen por un Orden jurídico internacional público y que, una vez constituidos, tengan la protección del Derecho Internacional Público pero que no puedan luego ir en contra de las bases de este tipo de Orden jurídico internacional público, la Soberanía como una de esas bases.

Es el Estado el que representa a la Nación y vela porque no sean violados ni sus derechos ni los derechos de otros Estados porque tal violación implica la violación de los derechos de los seres humanos que constituyen la Nación.

En el Derecho comparado similares discusiones han tenido efecto o lugar durante los últimos veinte años.

En esta misma investigación se ha observado que se indican que la constitución de una serie de normas jurídicas que regulen el Acceso y la División Equitativa de Beneficios a nivel nacional provocaría un claro problema con las normas jurídicas nacionales relacionadas con las patentes o las obtenciones vegetales⁵⁴⁴.

En este sentido tales observaciones se hacen o considerando que la aplicación internacional del convenio y de la Convención habrán de derogar las normas sobre Acceso y División de beneficios de forma equitativa o manteniendo tales normas jurídicas los enunciados jurídicos que interpretan las mismas deberán efectuar la actividad de poder ordenar su modo de aplicación o, finalmente, establecer normas

⁵⁴⁴ Vease en este trabajo el caso chileno, Indio y Brasileño.

jurídicas que interpreten y apliquen las mismas normas jurídicas (convenio y convención).

En este devenir jurídico deberá el legislador, necesariamente, proceder a ejecutar la actividad de interpretación, aplicación y digámoslo, ejecución de tales normas jurídicas nacionales pero con objetivos diferentes, unos destinados a la protección jurídica de Recursos Genéticos Naturales y el otro destinado a la protección jurídica de obras del ingenio humano donde el descubrimiento no es el fundamento de las mismas sino la creación intelectual.

Posibles conflictos o contradicciones normativas

Existirían ciertos conflictos posibles entre convenciones internacionales que se proyectan a las normas nacionales oposición de normas y la preeminencia del Derecho Internacional Público sobre el Derecho nacional y sobre las normas de carácter privado y su preeminencia en materia de Acceso a los Recursos Genético naturales y la División de beneficios sobre los mismos *vis a vis* las normas sobre propiedad intelectual que amparan ilícitos atípicos internacionales. Es decir, el artículo 27 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual o significaría la derogación tácita del artículo 15 de la Convención o llevaría a la posibilidad de proteger por medios jurídicos la apropiación indebida de Recursos Genéticos Naturales o derivados en cuanto los mismos sería posible colocarlos bajo los derechos de propiedad industrial, particularmente patentes o requeriría una nueva interpretación concordante los artículos referidos. La realidad jurídica es otra.

No hay conflicto entre el artículo 27 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio con el artículo 15 del Convenio porque jurídicamente este último regula el Acceso a los Recursos Genéticos

Naturales así como la División de beneficios derivados de su utilización que debe ser equitativa.

Además, el artículo 27 regula las patentes, patentes sobre productos y procesos, exclusiones del patentamiento sobre todo aquello posible de ser patentado, inclusión y determinación de un sistema de protección diferente al de las patentes (*sui generis*), para el caso de algunos objetos jurídicos como “plantas, animales” así como “procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas y animales” y todos ellos cuando “no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos”⁵⁴⁵.

En otras palabras, en general los procedimientos no biológicos o microbiológicos y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas, animales se incluyen en el patentamiento, el resto, plantas, animales se excluyen cuando así lo determine cada Estado Parte⁵⁴⁶.

La determinación del grado de cumplimiento se define por cada Estado Parte de acuerdo a su leal saber y entender. Es posible que la determinación del Acceso y la División de beneficios puedan efectuarse sin prefigurar acuerdo alguno sobre la propiedad intelectual sobre los recursos genéticos. Sin embargo, no significa con la ausencia de acuerdo el que se pueda colegir que se obtienen tales derechos debido a actos jurídicos sobre los recursos mencionados que implican generar un compuesto derivado como no significa obtener la propiedad sobre un auto por convertir un viejo auto robado en un nuevo convertible. La ilicitud en la obtención, la ausencia de voluntad del dueño o de quien detente derechos sobre tales recursos son títulos para impedir la obtención de otros derechos sobre los Recursos Genéticos Naturales o sus Compuestos Derivados.

Pueden sancionar la extracción ilegal de los recursos sin relacionarlos a la

545 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *op. cit.*, artículo 27, número 3, letra “b”.

546 ¿Qué dirán los que critican la técnica legislativa o de redacción de los tratados y otros textos internacionales cuando expresan que habrían obligaciones que no se irán a cumplir dado que se otorga la facultad de cumplir o no la obligación contenida en el texto en la “medida de lo posible” frente a este artículo que otorga la misma facultad pero la decisión de aplicar o no esta excepción es propia y no sujeta a condición alguna?

propiedad intelectual sino sólo aplicando normas jurídicas como la contenida en el artículo 15 de la Convención. Los Recursos Genéticos Naturales no son posible de ser patentados en sí mismos sino que deben ser patentados como combinación de recursos genéticos de otra forma no cumplirían con los requisitos de novedad, actividad inventiva, y la susceptibilidad de aplicación industrial⁵⁴⁷.

Es decir, no sólo corresponde determinar la patentabilidad de Recursos Genéticos Naturales sacando de la posibilidad las normas jurídicas específicas que permiten o facultan al Estado Parte definir excluyendo de la patentabilidad a ciertos objetos jurídicos o supuestos de hecho plantas ya animales, sino que la definición de los patentable sólo se determinará en el procedimiento de interpretación y aplicación cuando cumplan (o no) los requisitos establecidos en el número uno del artículo 27 y en la mayoría de los Órdenes Jurídicos nacionales donde los requisitos de novedad, inventividad, aplicabilidad industrial se establecen como fundamentales.

Los requisitos no son nuevos ni únicos. No sólo en los casos que aquí se plantean sino en el Orden jurídico nacional de un grupo muy importantes de Estados los requisitos indicados son absolutamente imprescindibles.

El fundamento de tales requisitos se encuentra en la necesidad de evitar confusión entre supuestos de hecho, una es la base del patentamiento y otra diferente es la posibilidad de proteger jurídicamente objetos de hecho que no son nuevos o cuya existencia era anterior a la solicitud de protección.

Así es posible considerar un objeto material, genético, existente en la naturaleza, como preexistente y por consiguiente, carente de novedad. No repetiremos aquí lo indicado en cuanto al momento de la novedad pero bástenos indicar que tal requisito debe cumplirse al momento de la solicitud de protección y no se configuraría tal requisito si se patentara un compuesto natural originario o derivado de un Recurso

547 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, op. cit., artículo 27, número 1,

Genéticos Natural o un recurso de este tipo.

Es por lo anterior que se rechaza esta posibilidad de solicitar la protección jurídica aun antes que la misma se configure por la ausencia de novedad. Lo expresado respecto de la novedad es aplicable a los otros requisitos indicados anteriormente.

Si incluimos la exclusión facultada por el artículo 27 referido, cada Estado podría ejecutar una doble revisión, el cumplimiento de los requisitos generales y, si hubiere indicado una de las excepciones incorporadas por la aplicación del artículo 27 incluir tal excepción⁵⁴⁸.

Casos: artículos de la Convención sobre Diversidad Biológica y el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio

Es necesario preguntarse, de todas formas y pese a que jurídicamente los objetos regulados y los supuestos de hecho son diferentes, si los casos que se colocan como ejemplos son o no válidos.

El desarrollo de la ciencia es demasiado rápido y, por consiguiente, de manera completa y compleja con lo cual podría modificar los fundamentos de la interpretación y aplicación jurídico-normativa.

Un “leve” cambio en el ácido desoxirribonucleico

El caso *Diamond v Chakrabarty* describe de manera aproximada esta situación jurídica. En 1981 la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió 5 votos contra cuatro que una bacteria tiene capacidades no posibles de encontrar en bacterias encontradas originalmente o naturalmente, es decir, era una bacteria nueva.

Además la bacteria no se encontraba bajo la ley de los fenómenos naturalmente

548 A esto lo podemos considerar como una de las interpretaciones que comparte fundamentos con otras interpretaciones, cfr. ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, *Intellectual Property, Technology transfer, and genetic resources*, Paris, 1996, pp. 3-7.

ocurridos. Por consiguiente, es patentable bajo las leyes de dicho país debido a la importancia que dicha bacteria poseía por ser nueva⁵⁴⁹.

Pero la “novedad” era entendida en un sentido amplio dado que el cambio en la respectiva bacteria original, en el Recurso Genético Natural, fue mínimo⁵⁵⁰.

Uso abusivo del derecho a la protección de la propiedad intelectual protegido por patentes: Recibir algo por nada

Un segundo caso es aquel explicado al principio de este trabajo.

Una persona natural o jurídica obtiene un Recurso Genético Natural de manera que no corresponde a lo que se establece por la Convención sobre Diversidad Biológica y las leyes nacionales que interpretan y aplican la Convención (o sólo las primeras y no las segundas o viceversa según corresponda), solicita y le es concedida la protección de la patente u otro medio de protección de la propiedad intelectual.

Entonces, el fundamento de la protección, si bien legal, jurídicamente viola otras normas del mismo carácter que son la esencia de los derechos de otro Estado, en la especie, los derechos derivados de la Soberanía de otro Estado. Es extensible esta posibilidad o supuesto a los presentados o planteados al inicio de esta tesis en el capítulo I pero, en general, a cualquier acto ilícito sea el supuesto que sea.

En este segundo caso, el cambio no se produce sino una vez obtenido el Recurso Genético Natural porque al modificarse el mismo puede obtener la respectiva patente, es un producto y quizás un proceso o procedimiento nuevo pero en su caso existe una discusión acerca de los derechos que se han planteado como fundamentales para la

549 UNITED STATES SUPREME COURT. Sidney A. Diamond, Commissioner of Patent and Trademarks v. Ananda M. Chakrabarty, et al. 447 U.S. 303, 1981. Certiorari to the United States Court of Customs and Patent of Appeals No. 79-136. Lo que indicó la sentencia fue que un microorganismo hecho por un ser humano, fabricado por éste, es una materia patentable como algo que ha sido manufacturado o hecho a manos o asunto de composición. Es decir, cualquier Recurso Genético fuere creado por un ser humano puede ser patentable. Esto no fue, como podría pensarse, una discusión de carácter jurídico privado. La Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo que revisar el problema de la supremacía constitucional de la Constitución Política de los Estados Unidos aplicando dicha supremacía asentada en sentencias anteriores, la primera, la famosa “Marbury v. Madison”. Debo indicar que además la sentencia discurre acerca del problema de las normas jurídicas protectoras de las invenciones protegidas por la constitución indicada así como la discusión del alcance de las normas jurídicas legales y la posibilidad que el tribunal pueda o no crear normas jurídicas.

550 UNITED STATES SUPREME COURT. op. cit. ROBINSON, Douglas, MEDLOCK, Nina, Diamond v. Chakrabarty: Retrospective on 25 Years of Biotech Patents, Intellectual Property and Technology Law Journal Volume 17, Number 10, 2005, pp.12-15.

protección de los recursos, los derechos de él o los Estados y los derechos de personas que han obtenido ilícitamente tales Recursos Genéticos Naturales.

En el primer caso, por una cuestión derivada de la misma estructura escalonada del Derecho, planteada por KELSEN, nos indica que una norma inferior, la que protege la propiedad intelectual, protegida por los derechos humanos, no es posible violar otra norma jurídica que constituye la esencia de uno de los sujetos de Derecho Internacional Público, y que es una norma jurídica como la que reconoce los derechos de la Soberanía sobre los recursos naturales, sea genéticos o de otro tipo.

El problema de los “conocimientos tradicionales” y de los “conocimientos locales”

En términos generales, el conocimiento tradicional es la creación intelectual de los indígenas y de las comunidades locales o de conocimiento obtenido a través de la tradición.

Este conocimiento, a diferencia del planteado por KELSEN⁵⁵¹, tiene características relacionadas con los Recursos Genéticos Naturales usando diferentes formulas de conocimiento y no es el meramente mitológico o producto del mito o de razones o fundamentos. Así se distingue:

- 1.- “Conocimiento de uso previo, actual o potencial de plantas, especies de animales, así como suelo y minerales.
- 2.- Conocimiento de usos de preparación, proceso, almacenamiento de especies.
- 3.- Conocimiento de especies individuales (métodos de plantas y criterio de cuidado selectivo).
- 4.- Sistemas de clasificación de conocimiento como taxonomía tradicional de plantas”⁵⁵².

551 KELSEN, Hans, op. cit., 1945.

552 DUTFIELD, Graham, Protecting traditional knowledge and folklore: A review of progress in diplomacy and policy formulation, UNCTAD and ICTSD, Geneva, 2002. p. 9.

Una definición más compleja que permite entender de manera más comprensiva pero muy difícil⁵⁵³ es la siguiente:

“Un cuerpo de conocimiento creada por un grupo de personas a través de generaciones viviendo en contacto cercano a la naturaleza. Ello incluye un sistema de clasificación, un juego de observaciones empíricas acerca del medioambiente, y un sistema de auto administración que gobierna el uso del recurso”⁵⁵⁴.

Conforme se ha mencionado anteriormente, los Recursos Genéticos Naturales poseen ciertas características que los relacionan a conocimientos que pertenecen a personas o grupo de personas que se configuran o conforman en comunidades.

Lo anterior no es nuevo no sólo porque los titulares de derechos pueden ser uno, varios o muchos en un grupo humano y no es la primera vez que se relaciona al intelecto y al aprendizaje y el conocimiento.

Este derecho se relaciona con los derechos soberanos sobre los Recursos Genético Naturales debido a que tienen o poseen un efecto indiciario o permiten considerar que un determinado Recurso Genético Natural posee características buscadas para poder obtenerse muestras y proceder.

En algunos casos, el término empleado es rechazado o aceptado donde los indígenas serían los custodios e investigadores desde muchos siglos⁵⁵⁵.

Es por lo anterior que los pueblos indígenas consideran que tales recursos son parte de su herencia porque tienen el conocimiento de sus características.

Así es también que el Estado donde existen indígenas pueden enfrentar dos tipos

553 Para un reconocimiento del conocimiento tradicional en el Derecho internacional que parece novedoso ver: Meyer, Anja, *International Environmental Law and Human Rights: Towards the explicit recognition of traditional knowledge*, RECIEL, 10 (1) 2001, pp.37-46. Desgraciadamente no dice mucho además del análisis de los diferentes textos, algunos vigentes otros meras declaraciones.

554 DUTFIELD, Graham, *The Public and Private Domains: Intellectual Property Rights in Traditional Ecological Knowledge*, WP 03/99, OIPRC Electronic Journal of Intellectual Property Rights <<http://www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP0399.html>>.1999. Otra definición es: "(...) innovaciones y prácticas de personas indígenas y comunidades locales que contienen un estilo de vida tradicional relevante para la conservación y uso sustentable de la diversidad biológica." Sin autor, *Voluntary Guidelines for the conduct of cultural environmental and social impact assessment regarding developments proposed to take place on, or which are likely to impact on, sacred sites and on lands and waters traditionally occupied or used by indigenous people and local communities*, Venezuela, 2006, artículo 2 letra "h".

555 POSEY, Darell, *Commodification of the sacred through intellectual property rights*, *Journal of Ethnopharmacology*, Volume 83, Issues 1-2, November, pp. 3-12

de argumentos, una basada en las afirmaciones⁵⁵⁶ de ser protegidos por el Estado usando el Derecho Internacional Público cuando el conocimiento tradicional de indígenas ha sido usado para producir productos o procedimientos que serán patentados por compañías transnacionales.

De ahí que el conocimiento tradicional puede ser útil para poder encontrar la distinción genética y la secuencia genética que sirven para saber cuáles son las características que pueden auxiliar a la creación de nuevos medicamentos y otros productos como semillas o mejora de las mismas.

En el caso de Recursos Genéticos Naturales los indígenas han debido ejercer sus derechos a nivel internacional y en sistemas jurídicos foráneos a fin de que le sean reconocidos los mismos y se proceda a rechazar patentes o sus solicitudes debido a la ausencia de novedad en las características de dichos recursos o sus compuestos⁵⁵⁷.

El conocimiento tradicional ha sido contemplado como parte de una obligación de ser reconocido a nivel nacional, además de dividir los beneficios derivados de dicho conocimiento que se encuentra contemplada en el artículo 8 letra “j” de la Convención sobre Diversidad Biológica.

No hablamos, por consiguiente, de un conocimiento carente de vigencia jurídica sino que se encuentra plenamente vigente la norma jurídica a nivel internacional que lo reconoce y establece la obligación de reconocimiento a nivel nacional.

Sin embargo, aun este reconocimiento ha sido cuestionado por los indígenas en cuanto es el Estado el que define tal conocimiento y determina su extensión⁵⁵⁸ lo que generalmente es mal visto por ellos porque desean que todo sea considerado conocimiento tradicional a fin de impulsar la devolución de sus tierras.

Ellos proponen derechos internacionales para individuos siguiendo algunas

556 DUTFIELD, Graham, *Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity*, Earthscan Publications Ltd. London, 2002., p. 20

557 DUTFIELD, Graham, *op.cit.*, 2002, 42, Ahuya 2003.

558 RICHARDSON, Benjamin, (2001) *Indigenous people, international law and sustainability*, RECIEL 10, pp. 4-8

teorías de Derecho Internacional Público⁵⁵⁹.

Contrario a lo que se piensa e indica por algunos autores y autoras⁵⁶⁰ el Derecho Internacional Público se ha preocupado del tema desde más de veinte años. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha desarrollado en su artículo 1 número dos un reconocimiento a los pueblos sobre los recursos naturales incluyendo a indígenas y comunidades locales⁵⁶¹.

Dentro de las propuestas que se han desarrollado en esta materia debemos indicar que el Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, con una técnica de redacción muy interesante a diferencia de otros recientes textos sobre el punto, ha desarrollado la posibilidad de proteger este conocimiento en virtud del artículo 15 debido a que es parte de la propiedad intelectual, sea en su forma artística o sea en su forma científica en cuanto la noción de ciencia podría ser aplicable al conocimiento tradicional en virtud de ser un tipo de conocimiento, “racional, exacto, verificable y por consiguiente, falible”⁵⁶², organizado y buscado a través de un procedimiento que tiene las características o tendría las características indicadas.

Aun más, el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su decisión número 24 del año 2000⁵⁶³ expresó la necesidad de proteger los conocimientos a través de algún medio al efecto y uno de dichos medios es el de la propiedad intelectual contenido en las garantías del artículo 15.

Otra posibilidad es lograr proteger tales conocimientos a través del sistema de indicaciones geográficas pero resulta un poco extraño dado que supone que lo anterior se refiere a un producto que proviene de un área determinada del territorio de un país y

559 SANDS, Phillip, *Principles of International Environmental Law*, 2nd Edition, Cambridge University Press, 2003.

560 MAYER, Anja, *op.cit.*, pp.37-46.

561 REPUBLICA DE CHILE, Promulga Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, Suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969, Decreto 326), Diario Oficial de 27 de mayo de 1989.

562 BUNGE, Mario, *La Ciencia, su método y su filosofía*, Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires, 1976, p.9.

563 UNITED NATIONS ORGANIZATION, Commission on Economic, Social and Cultural Rights, (2000) 24th session (Geneva, 23 November to 1 December 2000) <[http://www.ishr.ch/About%20UN/Reports%20and%20Analysis/CESCR-24th Session.htm](http://www.ishr.ch/About%20UN/Reports%20and%20Analysis/CESCR-24th%20Session.htm)> (27.07.04)

su relación con un producto. Lo anterior es, sin embargo, innovador aunque no exento de críticas⁵⁶⁴.

Existe una tercera propuesta que ha logrado aceptación como el establecimiento de excepciones al patentamiento en base a la ausencia de novedad al configurar una prueba de existencia de la característica y que la misma era conocida a través de “registros” de conocimiento tradicional. El caso Indio es un ejemplo de este tipo.

Sin perjuicio que diferentes compañías arguyen que la regulación del Acceso a los Recursos Genéticos Naturales y el conocimiento sobre los mismos son obtenidos a través de mercados internacionales⁵⁶⁵ otros han puesto de relieve que el uso de este conocimiento ha sido de manera ilícita sin pago alguno pese a los beneficios que se han obtenido⁵⁶⁶.

Como se ha expresado anteriormente, hoy aparece a través del artículo 8 letra “j” la obligación de obedecer a nivel nacional (en el territorio y en el Orden jurídico nacional de todo Estado Miembro) el que la División de beneficios derivados del conocimiento tradicional y, a la vez, siguiendo a KELSEN y HOHFELD, es un derecho de todos y cada uno de los miembros que sean titulares de tal derecho que puede ser ejercido de manera individual o colectiva.

Hay casos en el Derecho comparado, acciones “de clase”, por ejemplo, que permiten a grupos no necesariamente unidos por lazos culturales cercanos sino lejanos entre ellos (son miembros de una misma nacionalidad pero no de una misma nación, pueblo o comunidad) para ejercer acción por la violación masiva de sus derechos.

En este caso la acción en el sentido procesal, el derecho a la jurisdicción⁵⁶⁷, es ejercida por la totalidad de la comunidad indígena o local.

564 DOWNES, David, Using Intellectual Property rights as a Tool to Protect Traditional Knowledge, Center for International Environmental Law, Washington D.C., 1997, RODRIGUEZ, Silvia y Camacho, María Antonieta, Bioprospecting in Costa Rica: Facing new dimensions of Social and Environmental Responsibility in Utting, Petter, The Greening of Business in Developing Countries: Rhetoric, Reality and Prospects, Zed Books, London, 2002, pp. 58-76.

565 TEN KATE, Kerry, y LAIRD, Sara, op.cit., pp. 45-49.

566 FISHER, William., Theories of Intellectual Property in MUNZER, Stephen, ed., New Essays in the Legal and Political Theory of Property, Cambridge University Press, 2001, pp. 177-192.

567 CHIOVENDA, Guiseppe, LaAccion en el sistema de los Derechos, Edeval, 1993, (traducción de Santiago Sentís Melendo)

Así también puede ser ejercida tanto ante los tribunales del Estado en donde ellos se encuentren a fin de obtener protección en el Orden jurídico de otros Estados o ante tribunales en cuyo Orden jurídico y territorio se hubiere cometido la violación de su conocimiento tradicional al no efectuarse la División de beneficios.

Este no es el objeto principal de mi estudio pero he querido limitar la incidencia de esta materia, a veces extremadamente poco clara en cuanto a las normas jurídicas y su relación con los Recursos Genéticos Naturales a través de una interpretación armónica de las normas jurídicas internacionales dejando claras las diferencias de supuestos de hecho y objetos jurídicos⁵⁶⁸.

Conclusión

Como expresáramos al principio del capítulo, no existen problemas o conflictos normativos. La afirmación anterior supone distinguir entre actos lícitos y actos ilícitos en los Órdenes jurídicos internacional y nacional. La ilicitud conlleva la imposibilidad de aplicar el marco u Orden jurídico regulador de actos lícitos, es decir, son excluyentes unos con otros. Esta conclusión es derivable de KELSEN porque como lo hemos indicado de anteriormente no cabe confundirse respecto de la licitud e ilicitud de la actividad reguladora, la primera, lícita, regula aspectos ejecutados de manera normal o común por sujetos respecto del objeto jurídico, la segunda se mantiene al margen del supuesto de hecho y en Derecho público, por no ser permitida deberíamos considerar, también conforme a KELSEN, la norma de clausura: Lo no permitido por el Orden jurídico, necesariamente está prohibido, por consiguiente, si se infringe el Orden jurídico a través de la inejecución de un supuesto de hecho descrito por la norma y, a su vez, la ejecución de un acto humano (pero no jurídico) diferente al descrito por la norma

568 Para entender la confusión en este asunto y no salir de la misma por llevarlo a confusiones mayores, TSILOUMANIS, Asterios, et al., Is policy towards intellectual property addressing the real problems? The case of unauthorized appropriation of genetic resources, Journal of Agricultural and Environmental Ethics, Vol., 16, 2003, pp. 605-616.

(por consiguiente, contrario o al menos no acorde con el Orden jurídico) debe aplicarse la sanción correspondiente.

Si los actos son lícitos se aplica el artículo 15 números uno y siete y los demás posibles o no de ser aplicados.

Si el acto es ilícito sigue aplicándose el artículo 15 número uno, pero es el Estado, con la facultad para conferir o confiriendo protección jurídica por medio de sus normas jurídicas dentro de su Orden jurídico, debiendo reaccionar, de una parte rechazando la solicitud o cancelando la protección concedida y de otra sancionando al sujeto por la comisión de un acto ilícito nacional (la Convención sobre Diversidad Biológica es una norma jurídica del Orden jurídico nacional) con una posibilidad de incurrir dicho Estado en un acto ilícito internacional por omisión de rechazo del acto jurídico nacional y por comisión de un ilícito atípico.

Si los actos son ilícitos respecto del Acceso y la División Equitativa de Beneficios derivados de la utilización de conocimiento tradicional, la consecuencia es la misma, es decir, se aplican sanciones derivadas del Derecho Internacional Público o, inclusive, cabría la posibilidad de exigir en el país donde se cometió el ilícito (la protección jurídica de la invención a través de la patente), como parte de la Convención sobre Diversidad Biológica, se pidiera la sanción contra quien haya ejecutado dicho ilícito.

Respecto del conocimiento tradicional, se encuentra debidamente resguardado por las normas jurídicas internacionales referidas, sea la Convención o los tratados internacionales sobre derechos humanos como un bien intangible, derechos sobre propiedad intelectual, el objetivo es lograr el cumplimiento de los derechos pudiendo ejercerse acciones a fin de sancionarse a quienes cometen ilícitos indicados pero eso no es objeto específico de esta investigación doctoral y si bien nuestra tesis puede servir de

auxilio para un razonamiento similar se pueda proponer (por analogía de razonamiento) la protección de dichos conocimientos creemos lo mejor el estudio del mismo en otro trabajo.

Es aplicable, sin embargo, la misma razón o el mismo razonamiento a ambos casos, es decir, si en el caso del conocimiento tradicional no existe una norma jurídica reguladora de la materia salvo la contenida en el artículo 8 letra “j” de la Convención sobre Diversidad Biológica. Si bien la misma apunta a un objeto jurídico diferente “conocimiento tradicional” no a los Recursos Genéticos Naturales, la distinción y las consecuencias jurídicas descritas más arriba son plenamente aplicables aunque no desarrollaremos aquí este punto.

Es necesario recalcar, la Convención sobre Diversidad Biológica contiene obligaciones internacionales y son plenamente aplicables al Orden jurídico nacional a fin de no sustraer de la persecución y sanción jurídica a los sujetos incumplidores con los supuestos de hecho de las normas jurídicas en comento. Si fueren perseguidos o no de manera efectiva es un asunto fuera de la competencia del Derecho, al Orden jurídico, no le compete pero una cuestión es clara, no se escribiría tanto sobre este asunto si no fuere porque la norma posee efectividad. Es posible afirmar, entonces lo siguiente: el Artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica, es plenamente vigente y requiere de ser considerada y ejecutada debidamente por los sujetos de Derecho.

CAPÍTULO IV

ACCESO Y DIVISIÓN DE BENEFICIOS A TRAVÉS DE ACUERDOS O CONTRATOS PÚBLICOS Y PRIVADOS, UN ACUERDO GENERAL

Capítulo IV

Acceso y División de beneficios a través de acuerdos o contratos públicos y privados, un acuerdo general

Introducción

Es un lugar común entre quienes han estudiado esta materia, o al menos así ha sido desde hace algún tiempo, encontraron solución al problema del Acceso a los Recursos Genético Naturales en contratos, forma jurídica de solución a la transferencia de los recursos, de manera principal, y, en algunos casos, única, entre el Estado donde éstos se encuentren y la persona, natural o jurídica que solicita el Acceso⁵⁶⁹.

Más aun, la División de beneficios es, sin duda, la que se debe solucionar a través de esta fórmula es decir, la División es el objeto de los contratos a través del consentimiento de las partes.

No cabe duda que en este contexto el contrato es una solución “innovadora”, pero, extraña, por lo siguiente, primero, interpretar el artículo 15 de la Convención como fuente de relaciones contractuales entre Estados o particulares y el Estado, lleva a que los sujetos de Derecho Internacional Público sean considerados fuera de la regulación de un tratado internacional, la Convención, algo que en sí mismo es contrario a las normas jurídicas internacionales.

Segundo, se interpreta fuera del alcance mismo de la Convención de Viena de Derecho de los tratados o de la Convención de Diversidad Biológica porque sólo se refiere a Consentimiento Informado Previo cuestión que, como se podrá entender, no indica que tal consentimiento deba expresarse en un contrato, podría serlo en alguna de las diversas formas de manifestación de voluntad del Estado en el Orden jurídico

569 Por todos, CABRERA MEDIAGLA, Jorge, op. cit., 2002.

internacional o la suscripción de tratados internacionales con Estados que deseen ejecutar actividad investigativa o que quieran promover la misma entre sus súbditos.

Tercero, la expresión “Consentimiento Informado Previo” y la expresión “Términos Mutuamente Acordados” contenidas en un tratado internacional que posee como partes a Estados entienden las mismas que son éstos los que celebran tales actos, siendo o debiendo ser mayoritariamente, tratados.

Cuarto, (como ocurre en algunos países) la modificabilidad de los contratos es otro problema. Los contratos, en el Orden jurídico nacional se encuentran protegidos por normas jurídicas constitucionales (derivando la protección de la propiedad sobre las cosas incorpóreas) por considerar a los contratos no sólo lógicamente sino jurídicamente protegidos por los derechos reconocidos⁵⁷⁰. Esto puede violentar o violenta la garantía y el reconocimiento de una convención o tratado internacional de la Soberanía del Estado sobre los recursos naturales, en este caso, genéticos. El contrato se tornaría inmodificable jurídicamente (y generaría dificultades en la interpretación y aplicación como veremos más adelante, en el caso brasileño) con lo cual impediría la aplicación jurídica de los Derechos soberanos.

Quinto, esta investigación no niega la posibilidad emplear un acuerdo de voluntades entre personas naturales o jurídicas, o, personas naturales o jurídicas y el Estado, sobre un objeto jurídico o de Derecho, pero, es necesario recalcar, que no es esta la solución jurídica incorporada en la Convención de Diversidad Biológica (en sus artículo 15 números dos y siguientes) cuando reguló el procedimiento a través del cual se solucionaría el problema del Acceso y la División Equitativa de Beneficios.

Ciertamente, existe alguna literatura que propugna lo contrario⁵⁷¹, pero no es determinante debido a que sería contrario al Derecho, y, por cierto, han habido muchos

570 GUZMAN, Alejandro, op. cit., 1995, pp. 27 y ss., JANA, Andrés, MARÍN, Juan, op. cit., pp. 21 y nota 10.

571 BIRNIE, Patricia and BOYLE, Allan, op. cit., 2002.

casos cuya opción ha sido este sistema de determinación de Acceso y División Equitativa de Beneficios sufriendo, sin embargo, críticas tremendas como se verá a su efecto en el caso costarricense.

Es posible “leer” el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica en “clave” privada y compartir los éxitos que algunas instituciones, pienso en el Instituto de Biodiversidad (Inbio) de Costa Rica, han obtenido y que fueron los que llevaron a muchos, incluidos los delegados que discutieron esta materia en Nairobi del año 1989 a 1992, a que la solución a los problemas de Acceso y División Equitativa de Beneficios se basaba en contratos celebrados entre entes privados y el Estado o puramente entre personas naturales o entre persona naturales o jurídicas y entes descentralizado a quien a través de alguna norma jurídica dictada para el asunto se le otorgaba competencia para llegar a un acuerdo ⁵⁷².

Sexto, no es necesario recordar aquí que la Convención expresa como obligaciones las de un Consentimiento Informado Previo y de Términos Mutuamente Acordados, ya indicadas anteriormente. Deseamos subrayar, como es lógico, que todas estas soluciones tienen críticas por cuanto una convención internacional entre Estados es de carácter público, jamás de carácter privado y se rige por el Derecho Internacional Público y es el caso del artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica.

Séptimo, es necesario indicar que existen y han existido normas, es decir, han iniciado su vigencia normas, en cada país, situando jurídicamente a los Recursos Genéticos Naturales bajo la Soberanía del Estado y, por consiguiente, sometidas a sus derechos soberanos. Es decir, aun antes de la existencia de la Convención se requería que el Estado verificara, autorizara y tomara parte en el contrato, acuerdo o cualquier denominación que se quiera dar a un acuerdo entre partes sobre los Recursos Genéticos

572 Acerca de estas soluciones ver COUGHLIN, Michael, Jr., Using the Merck Inbio agreement to clarify the Convention on Biological diversity, *Columbia Journal of Transnational Law*, Volume 31, No 2, pp 337-375, 1993. En una entrevista efectuada al ex Embajador Vicente Sánchez quien fuere el negociador principal en Naitorbi expresó que el Director de INbio señor Rodrigo Gámez habría expuesto su solución contractual al tema del acceso y a la división de beneficios.

Naturales debido a que están bajo su Soberanía y no bajo el sistema de propiedad privada, estas normas jurídicas son internacionales y se refieren a los Pactos indicados en capítulos anteriores.

Octavo, es dable señalar, además, que en las legislaciones de muchos países los recursos naturales de cualquier tipo tienen una reglamentación especial basada en normas constitucionales y legales que establecen requisitos o condiciones para su transferencia. Y, si lo anterior no fuere suficiente, la misma Convención en su artículo 15 número uno y en otros artículos indica la Soberanía y los derechos soberanos de los Estados como normas jurídicas imperativas a aplicar.

Por consiguiente, la solución contractual pareciera no meditada de manera debida, es decir, considerando los requisitos jurídicos que se deben cumplir en el Derecho y, sin perjuicio del análisis que hacemos aquí, debemos indicar que la fuente jurídica en la legislación interna, (normas jurídicas nacionales) reconociendo la respectiva norma jurídica nacional y a la interpretación nacional de la Convención es el fundamento de la norma jurídica que admite un contrato como forma de aplicación de la Convención. En este caso, entonces, se interpreta de manera diferente lo que señala la respectiva norma jurídica y el Orden jurídico. A mayor abundamiento, la Convención no establece tácita o expresamente contratos de Acceso o División Equitativa de Beneficios.

¿Podrían ser otros actos jurídicos?

Los Estados son libres de manifestar su voluntad a través de otros actos jurídicos internacionales, incluyendo una cuestión debatida hasta hace poco en doctrina y práctica, las declaraciones unilaterales de voluntad. Sin embargo, de la lectura atenta del artículo 15 y en el contexto de un tratado internacional no se podría sino colegir la idea

de otra manifestación de voluntad bilateral entre sujetos de Derecho Internacional Público regidas por el Derecho Internacional Público, los tratados. Así además se evitan actos ilícitos de parte de particulares, representantes o no del Estado y se les controla efectivamente.

Los problemas de los acuerdos entre Estados para el Acceso y la División de beneficios

En materia de acuerdos inter-estatales o tratados para el Acceso y la División equitativa de beneficios resulta fundamental enfrentar el problema de la imposibilidad de acuerdo debido a la naturaleza del objeto de estudio que no es el caso en materia de recursos genéticos de plantas, animales y microorganismos de la naturaleza (o Recursos Genéticos Naturales). La Convención tiene su procedimiento jurídico para ejecutar el Acceso y la División equitativa de beneficios y, además, tiene medios jurídicos para permitir que se puedan celebrar actos jurídicos que admitan esta posibilidad.

Así cuando miramos a la noción de una convención internacional (varias o muchas) sobre Acceso y División Equitativa de Beneficios no debemos olvidar que tal noción se fundamenta en la libertad para alcanzar acuerdos entre Estados sobre los Recursos Genéticos Naturales.

Tales acuerdos pueden incluirse en tratados internacionales destinados para tal efecto (por ejemplo, “Tratado entre Estado X y Estado Y sobre Acceso y División Equitativa de Beneficios sobre Recursos Genéticos Naturales”) otros tratados internacionales de cualquier carácter (por ejemplo, “Tratado de Libre Comercio entre Estado X y Estado Y” contiene en su capítulo X regulación sobre Acceso y División Equitativa de Beneficios sobre Recursos Genéticos Naturales”) en contratos

internacionales entre Estados sobre la materia (por ejemplo, contrato internacional sobre aprovisionamiento de Recursos Genéticos Naturales entre entes administrativos encargados de la naturaleza de un país que poseen, además, representación por el Estado al cual pertenecen, para celebrar dicho contrato) y contrato internacionales entre Estados y entes particulares, que no tratamos.

En el tercer caso, contratos internacionales entre Estados, pasamos desde una regulación internacional de carácter pública a una regulación internacional de carácter privada. El caso en cuestión fue el siguiente:

La Universidad de Arizona decidió llegar a un acuerdo con una serie de universidades e instituciones y personas a fin de recolectar material genético en la forma de recursos biológicos o partes de recursos biológicos, una planta completa o una hoja de una planta.

Caso Convenio INTA-University of Arizona⁵⁷³

El caso que nos ocupa mayor tiempo en este ámbito es el acuerdo que en la década de 1990 se celebró entre la Universidad de Arizona y una serie de otras universidades latinoamericanas por las cuales dichas universidades procedieron a efectuar la entrega de recursos genéticos y biológicos a las universidades norteamericanas, particularmente a la Universidad de Arizona, al “grupo” formado por las universidades latinoamericanas y norteamericanas se le denominó el “Grupo Internacional Cooperador de Biodiversidad” (ICBG) iniciado en 1992⁵⁷⁴.

Este acuerdo es fruto de un proyecto de investigación que fuere financiado por las siguientes entidades, Instituto Nacional de Salud, Fundación Nacional de Ciencias,

573 RIBERA, Teodora, Agentes bioactivos de la diversidad biológica en tierras áridas de América, República de Argentina, 2011, < <http://www.indigenas.bioetica.org/icgb1.htm> > (25.10.2011) página de una profesora de la Universidad de Buenos Aires que reproduce al

PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, Agentes bioactivos de la diversidad biológica en tierras áridas de América, República de Argentina, 2011. Este documento revela que este acuerdo es fruto o consecuencia de un proyecto de investigación internacional ICBG que se inició en 1993 y concluyó en 1996.< <http://www.prodiversitas.bioetica.org/icgb1.htm> > (25.10.2011).

574 INTERNATIONAL COOPERATIVE BIODIVERSITY GROUP, Welcome, Bethesda (Maryland), 2012 < <http://www.icbg.org/> > (05.11.2011).

Departamento estadounidense de Agricultura, coordinado por el Centro Fogarty International, todos de los Estados Unidos de Norteamérica ⁵⁷⁵.

El objeto del proyecto fue el descubrimiento y desarrollo de “productos farmacéuticos y agentes de protección cosecha de plantas y de microbios de ecosistemas áridos y semiáridos en Chile, Argentina, y México”⁵⁷⁶. Según se indica el estudio pretende promover el desarrollo económico de las áreas donde las plantas son recogidas y conservar los recursos biológicos⁵⁷⁷.

Los investigadores provinieron de la Universidad de Arizona, de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Instituto de Recursos Biológicos de Buenos Aires, Universidad Nacional de la Patagonia, Centro Nacional Patagónico de Chubut todos de Argentina y Universidad Nacional Autónoma de México⁵⁷⁸.

El convenio se firmó el 2 de febrero de 1998, sin embargo, es la renovación de un convenio del año 1986. Las partes fueron la Universidad de Arizona situada en Tucson, Estado de Arizona, y el Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria de la República de Argentina (INTA), con domicilio en Castelar, Provincia de Buenos Aires, República de Argentina⁵⁷⁹.

Se consideró como fundamento la investigación que las partes desarrollaban en materia de drogas anti cáncer y antimicrobianas y otros “compuestos biomédicos y agroquímicos”⁵⁸⁰. Además de la investigación del potencial de los “productos naturales,

575 PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, op. cit., p.1.

576 PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, op. cit., p.1.

577 PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, op. cit., p.1.

578 De Estados Unidos, Dra. Barbara Timmermann, de Argentina, Ingeniero Agrónomo Enrique Suárez (Director del Instituto Nacional de Tecnología de Alimentos, INTA), Edgardo Saavedra, (Decano de la Facultad de Ciencias Naturales, Universidad Nacional de la Patagonia), Dr. Rodolfo Casamiquela y Bióloga Ana María Beeskow (Centro Nacional Patagónico), de Chile, Profesora Gloria Montenegro (Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Ciencias Biológicas Departamento de Ecología), de México, Dr. Robert Bye (Universidad Nacional Autónoma de México, Jardín Botánico, Instituto de Biología), Dr. Rachel Mata (Departamento de Farmacia, Facultad de Química), Estados Unidos, la mencionada Barbara Timmermann, Mary Lou Espósito (University of Arizona, Department of Pharmacology and Toxicology), Dr Susanne Valcic (University of Arizona, Department of Pharmacology and Toxicology), Dr Gerald Wächter (University of Arizona, Department of Pharmacology and Toxicology), Bárbara Hutschinson (Oficina de Estudios de Tierras Andinas), Carla Casler (Oficina de Estudios de Tierras Andinas), Michael Haseltine (Oficina de Estudios de Tierras Andinas), Jerry Henzel (Oficina de Estudios de Tierras Andinas), Sudha Ram (Oficina de Estudios de Tierras Andinas), Faiz Currim (Oficina de Estudios de Tierras Andinas), Guoxiang Wang (Oficina de Estudios de Tierras Andinas), Joshua Rosenthal (Fogarty International Center), Scott Franzblau (Institute of Tuberculosis Research, College of Pharmacy, University of Chicago-Illinois), Alexandra Fairfield (National Institute of Allergy and Infectious Disease), William Maiese (Wyeth-Ayerst Research Laboratories), Mark Eppler (BASF Corporation). PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, op. cit., pp. 2-4.

579 PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, texto.< <http://www.prodiversitas.bioetica.org/icgb3.htm>> (25.10.2011), p. 1.

580 PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, texto, op. cit., p. 1.

el descubrimiento y desarrollo de nuevas drogas” se pretendía “la promoción de la conservación y uso sustentable de la diversidad biológica” se reconoce la obligación de compensar a las organizaciones y personas del país proveedor “en el caso de comercializar droga o agroquímico, desarrollado a partir de un organismo colectado dentro de las fronteras”⁵⁸¹.

Las preguntas que deben formularse en este momento de la investigación y a consecuencia del acuerdo contenido en estas frases son cómo y a quién (cómo se celebren un acuerdo como el expresado y quién o quiénes lo celebraron).

La primera pregunta la analizaremos enseguida, la segunda pregunta no puede sino contestarse señalando que hay un error conceptual y una violación de las normas de la Convención sobre Diversidad Biológica que expresamente indica que son los Estados quienes reciben tales beneficios, salvo que, como se ha indicado en esta investigación, se trate de “conocimiento tradicional” en cuyo caso el beneficio se concreta en las personas detentadoras de los derechos reconocidos como propiedad intelectual derivados de la actividad humana de generar conocimiento y protegidos internacionalmente por el artículo 8 letra “j” de la Convención sobre Diversidad Biológica pero que no es objeto de análisis en estas líneas. Jurídicamente no se presentó el mandato del Estado en la forma jurídica que hubiere correspondido a fin de poder efectuar la investigación química correspondiente. Se planteó que debían ser los recursos referidos sino de acceso público al menos de Acceso para las entidades públicas o privadas involucradas (algunas son universidades privadas otras instituciones públicas).

El INTA tiene acceso a las fuentes de muestreo, colecciones in situ o directamente a animales, plantas y microorganismos. De otra parte, conforme al

581 PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, op. cit., p.1.

proyecto antes mencionado ICGB las partes acuerdan asociarse “legalmente”⁵⁸².

El cómo habremos de enfrentarlo ahora.

Sin perjuicio de las materias accesorias a esta investigación seguimos proponiendo que existe una violación a los derechos de los Estados en convenios como éste conforme a como lo hemos expresado en un principio, dado que son contratos donde no se respetan las normas jurídicas del Estado en donde se investigan las muestras.

Las regalías se harán por pago de la Universidad de Arizona al INTA de cinco (5%) de regalías netas en dólares americanos, después de ser:

- 1.- Convertida en dólares americanos.
- 2.- Recibidas por la Universidad de Arizona.
- 3.- Que derive de la venta neta de cada Producto dentro de los 90 días de percepción de la Universidad de Arizona de tales regalías.

Pero si se generan finalmente regalías producto de una muestra de “un material colectado en territorio argentino conduzca a la identificación de una muestra de la cual sea derivado finalmente un Producto” entonces el contrato establece que la Universidad Arizona depositará en un en un fondo de “necesidades locales específicas y proyectos de conservación” (no se indica dónde) del cincuenta por ciento de cualquier regalía recibida por la Universidad de Arizona. Estas regalías corresponderán a las que se generen por las ventas netas del Producto. Debe mantenerse por acuerdo entre la Universidad de Arizona, la Universidad Nacional de la Patagonia y el INTA. Se debe consultar a representantes del gobierno nacional y provincial como la “gente local y las comunidades”.

Hay innumerables preguntas de corte jurídico en esta serie de obligaciones. En lo que se refiere a esta investigación la pregunta relevante es si no existe un conflicto

582 PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, texto, op. cit., p. 1.

entre las primeras obligaciones de un pago del cinco por ciento y la obligación de pago del cincuenta por ciento. No aparece claro de la redacción si el cincuenta por ciento se obtiene del cinco por ciento o si existe otro tipo de sistema de cálculo⁵⁸³.

Sin embargo, antes del pago de cualquier regalía, lo indica el mismo artículo, se debe pagar la Universidad de Arizona los costos de la propiedad intelectual y propiedad industrial que se imputan a las ventas netas del producto.

El control de dicho contrato, las regalías es posible a través de un contador independiente pero sujeto a una serie de restricciones, suponiendo, primero, que el pago es imputado a INTA, además el contador debe ser aprobado por la Universidad de Arizona, y que el contador sea “razonablemente aceptable para la Universidad de Arizona”⁵⁸⁴.

Discusión acerca del contrato

Este caso fue largamente discutido porque se inició antes de la entrada en vigor de la Convención sobre Diversidad Biológica pero debería regirse tanto por la ley del contrato como por otras normas de carácter imperativo internacional. El punto es si se tenía por las universidades involucradas la representación jurídica del país de que se trate. En principio aquello no podía considerarse como posible dado que la representación jurídica de un país en relación a un contrato internacional, sólo es posible por medio de una ley, máxime si se trata de recursos naturales, no cabría respecto de un tratado por cuanto el Derecho Internacional Público, en ambos casos, establece a determinadas autoridades y bajo muy específicos requisitos la calidad de representantes de un Estado⁵⁸⁵.

583 PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, texto, op. cit., pp. 4-5.

584 PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, texto, op. cit., pp. 4-5.

585 PASTOR RIDRUEJO, José, Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales, 15ª edición, Tecnos Madrid, 2011, pp.23-24, pp.473 y ss. Donde explica el autor el “desdoblamiento funcional” de los órganos del Estado, de una parte, internos, de otra parte, externos o internacionales. Internamente el Derecho constitucional y Administrativo de cada país definirá el representante del Estado que velará por los Derechos derivados de la Soberanía estatal sin poder ejecutar actividades de manera independiente sino regidas por ambas disciplinas

Al respecto ninguna ley nacional fue dictada en el sentido señalado sino que se conversó directamente con personas en las universidades del grupo y se las consideró como representantes directas del proyecto de representación, al menos así se deduce de las firmas del contrato y la ausencia de referencia en el mismo a algún acto jurídico que acreditara su representación jurídica.

Lo que resulta aun más complejo son los argumentos aprobando o desaprobando el mismo contrato, expresados por científicos y personas naturales y jurídicas acerca de este proyecto.

Los doctores MASIEU y CHAPELA expresaron una opinión favorable a este proyecto de investigación pero relatan la opinión contraria al mismo por parte de los principales actores, los indígenas, de quienes se quiso, en el caso del contrato del mismo tenor que el aquí presentado, entre la Universidad de Georgia en los Estados Unidos de América y la Universidad Nacional Autónoma de México, indígenas aportantes de sus conocimientos tradicionales. Las objeciones al contrato fueron que no existía legislación que proteja y regule el Acceso a Recursos Genéticos Naturales, tampoco que existiera una base legal que protegiera su conocimiento tradicional y sus recursos naturales, la necesidad de protección internacional desde el punto de vista jurídico de dichos conocimientos tradicionales, la ausencia de beneficios para las “hambrienta población indígena de la zona”, la transformación de un componente único generado por los mayas de manera comunitaria se privatizaba, es decir, pasaba al dominio de un país o proyecto investigativo⁵⁸⁶.

Una segunda y no menos importante crítica es que el precio inicial es muy bajo,

jurídicas y aun otras como el Derecho civil y comercial si corresponde. En el caso de la representación externa el Derecho internacional limita dicha actividad a sólo un grupo reducido de sujetos. En el caso de marras, cualquiera puede firmar convenios o contratos internacionales privados que sólo pueden ser regulados por ley su utilización. MALANCZUCK, Peter, *Ackehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th revised edition, Routledge, London-New York, 1997, p. 77.

586 MASSIEU, Yolanda, CHAPELA, Francisco, Acceso a recursos y biopiratería en México, *Revista El Cotidiano* 114, julio-agosto, México, 2002, pp. 72-87. En lo que se refiere al caso de BIOAMAZONIA y NOVARTIS descrito más adelante ver, FILOCHE, Geoffrey, FOYER, Jan, La bioprospección en Brasil y México, ¿Un nuevo Dorado? Entre la inestabilidad de las prácticas y la permanencia de las representaciones, *Mundo Amazónico* 2, 2011, 17-42.

en México, en las zonas áridas está ejemplificado por una cantidad importante de productores de lechuguilla (*Euphorbia antisiphilitica*) vendida a muy bajo precio alcanzando precios más altos en las transacciones posteriores. Su producción es de extrema dificultad. Poseen importancia alta desde un punto de vista social (dan trabajo y proveen de comida), aunque muchas veces se les mira como de poca importancia en otros sentido porque se les asigna un valor complementario más que un valor potencial, similar al caso de los recursos genéticos de plantas animales y microorganismos, originarios de la naturaleza o no domesticados. Además el valor debería incluir el costo de recolectarlo, lo que hace más difícil aun asignarle un precio⁵⁸⁷.

Un tercer aspecto criticable es considerar la División de los beneficios provenientes de la utilización de los recursos genéticos de manera equitativa como un “principio”. Está de moda esa palabra derivada, probablemente, de las ideas de un pensador norteamericano⁵⁸⁸. Sin embargo, no es que no pueda hablarse de “principios”, es que enmascaran en este caso, al menos, a derechos y obligaciones contenidos en la Convención sobre Diversidad Biológica⁵⁸⁹. Es un hecho que KELSEN utiliza tal palabra como sinónimo de fundamento lógico del conocimiento pero jamás va más allá pensando en que pudiera ser un concepto extra jurídico porque significa mezclar ámbitos del conocimiento como el de la ontología, gnoseología u otros. Estamos dentro del ámbito de lo que el Derecho es y no de lo que debe ser y la noción de “principio” se restringe a la idea de o al concepto de fundamento lógico.

587 ARNELLA, Miguel Ángel, YAÑEZ, Lourdes, Recursos naturales alternativos y la conservación de la biodiversidad, en Instituto Nacional de Ecología, Economía Ambiental: Lecciones de América Latina 1ª Edición, México, 1997, pp. 205-212.

588 DWORKIN, Ronald, A Matter of Principle, Harvard University Press, Cambridge, 1985, pp. 33-79. La concepción del profesor Dworkin, a quien conocí en Valparaíso en 1993, se refiere a determinar cómo resuelven los casos los tribunales, un análisis de casos, y cómo deberían decidirse, considerando cómo es que el Estado usa la fuerza coactiva sobre los sujetos, algo parecido a la noción de considerar a Don Corleone (de la película El Padrino) y su ideal por el cuál él envía a herir o matar a alguien, como cuando ordena no aplicar sino una paliza a un muchacho que no cumple con casarse con una chica a quien ha pedido matrimonio y cuyo padre acude a Don Corleone para castigar la afrenta. El ideal de Corleone es que se le castigue pero sin matarlo, sólo se le aplique algún daño. Como se puede ver existe una tremenda influencia de Dworkin en la noción o revitalización del concepto principio pero la misma no posee sino cierto peso considerando que un principio debería representar una obligación y en muchos casos no es sino un raciocinio jurídico.

589 ROSENTHAL, Joshua, Equitable Sharing of Biodiversity: agreements on genetic resources, en Instituto Nacional de Ecología, Economía Ambiental: Lecciones de América Latina 1ª Edición, México, 1997, p. 241.

Situación de las partes en el contrato, los derechos y la Equidad

Desde el punto de vista jurídico la Universidad de Arizona actuó como representante de los Estados Unidos de Norteamérica. Las entidades universitarias en América del Sur habrían actuado como representantes, cada una, de sus respectivos Estados. Tales representaciones cometieron dos errores básicos, no tienen la norma jurídica que hubiere otorgado expresamente la calidad invocada y, además, transfirieron recursos, bienes, que requieren de ser transferidos entre Estados por vía oficial (según se nos indicó extraoficialmente, eran enviados a través del servicio postal), es decir, dispusieron de bienes regulados internacionalmente desde la década de 1960 por tratados internacionales que los colocaban bajo la Soberanía del Estado en representación de los “pueblos”⁵⁹⁰ y tras 1992 les establecen derechos sobre ellos que, desde el punto de vista histórico-jurídico, se han reconocido por los Estados pero cuya consagración en términos formales y explícitos en tratados internacionales faltaba.

Si los miramos desde el punto de vista de la Equidad, un acuerdo alcanzado habiendo violado normas jurídicas fundamentales, ilícito por consiguiente, con los porcentajes y obligaciones indicadas, exiguos a todas luces cualquiera sea la razón, necesariamente lleva a preguntarse si siquiera existe la misma cualquiera sea la razón o razones para el mismo, si la consideración al desarrollo de la ciencia y al desarrollo humano fueran las razones, como al parecer lo fueron dadas las explicaciones en el inicio del contrato. Ello nos lleva considerar que no debió haberse contratado, cualquiera fuere el fundamento, un contrato de carácter ilícito y con porcentajes exiguos (aunque los porcentajes no lo fueren sigue siendo ilícito) debe rechazarse para no constituirse en autor, cómplice o encubridor de un ilícito cualquiera sea su naturaleza. Sin embargo, de acuerdo al mismo contrato, éste posee el sentido de un contrato de carácter oneroso, obligaciones para ambas partes, donde ambas asumen beneficios y

590 El artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresamente así lo indica, REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., artículo 1.

pérdidas.

El mayor beneficio es que una empresa podrá contar con muestras obtenidas de manera inmediata y un pago exiguo por ellas, nada, y un posible pago en caso de posibles beneficios.

En una calificación de la Equidad en esta materia necesariamente llegaríamos a la conclusión de una imposición donde se excluye a la misma. La Justicia y la Equidad operan retribuyendo, en un proceso de relación entre partes iguales que establecen derechos y obligaciones recíprocos, la inclusión de derechos y obligaciones cuya ausencia de reciprocidad es notable nos lleva a cuestionar la Justicia y Equidad de la misma. Es mejor no prestarse para un acto jurídico que en sí constituye o puede constituir un ilícito no sólo internacional sino ilícito penal y administrativo en cada uno de los países en donde se ejecutó el contrato.

Los problemas de los acuerdos entre Estado y particulares para el ingreso

Al respecto es posible apuntar con seriedad lo relativo a los problemas que enfrentan los Estados al firmar con particulares contratos o actos de concesión sobre Recursos Genéticos Naturales.

Existen aquí una serie de confusiones relacionadas con el tipo de norma jurídica que regula el tema, la naturaleza jurídica de los Recursos Genéticos Naturales, el estatuto normativo jurídico aplicable, las normas de representación y autorización de parte del ente estatal que conoce y autoriza al ente (persona natural o jurídica privada) la respectiva transacción, los términos de la transacción y su consagración en el contrato, el contrato y su idioma, la ley aplicable al contrato, las obligaciones y derechos contenidos en el contrato mismo, las obligaciones y derechos que pudieran tenerse con terceros a propósito del conocimiento tradicional, la transferencia de la propiedad o el

sólo arriendo del recurso y del conocimiento, los análisis de carácter tecnológico sobre el recurso, los tipos de instrumentos, procedimientos y análisis científico-tecnológico sobre los recursos, la solución de las controversias, la propiedad sobre los resultados de la investigación, la propiedad sobre los elementos de carácter químico que pueden luego ser utilizados para poder desarrollar recursos genéticos de índole diversa. Analizaremos uno a uno los elementos que hemos explicado:

1.- Tipo de norma jurídica que regula el tema

En el contrato Bioamazonia-Novartis

En el contrato Bioamazonia-Novartis no se hace referencia sino a la Convención de Diversidad Biológica pero desde una perspectiva general, relacionada con los requisitos para el ingreso o Acceso y la noción de División de beneficios de carácter equitativo sin una mención expresa a alguna norma jurídica internacional. Es necesario indicar que la ausencia de referencia no hace inaplicable las normas jurídicas internacionales porque éstas tienen una aplicación *erga omnes* supuesta su vigencia. En el caso de conflicto se hace referencia a las normas conforme a las cuales debería aplicarse las normas jurídicas de Brasil y serán solucionadas las disputas de acuerdo al tribunal de la ciudad de Sao Paulo, Estado de Sao Paulo, Brasil⁵⁹¹.

En cuanto a los derechos de propiedad, (cuestión cuestionable dado que se ejercen derechos derivados de la Soberanía sobre recursos naturales y no de propiedad) se indica que los mismos pertenecen a BioAmazonia⁵⁹².

En el contrato INTA-Universidad de Arizona

En este contrato se hace referencia a la ley misma del contrato, es decir, al contrato mismo, sin referirse a otro cuerpo normativo. En el preámbulo, sin embargo,

591 BIOAMAZONIA, Contrato (principal) Bioamazonia-Novartis, Sao Paulo, 2000, p. 4, número 5 letra "e". En el procedimiento de acceso hoy día en Brasil existe una serie de requisitos a cumplir, además del respectivo permiso que debe solicitarse por medio de un formulario de postulación. El más relevante de entre todos es la aprobación del proyecto por parte del respectivo Consejo de la Biodiversidad. <<http://www.probem.br/abs>> (25.04.10).

592 BIOAMAZONIA, op. cit., Anexo 1, número 4.1.

existe una breve referencia al “espíritu del Marco de la Convención sobre Diversidad Biológica de las Naciones Unidas”. El contrato y sus derechos y obligaciones se interpretarán de acuerdo a las leyes de la “jurisdicción apropiada, sin referencias cláusulas incompatibilidad legal”⁵⁹³.

En el contrato con el Estado venezolano

Se regula el contrato en lo que no fuere regulado por el contrato mismo por la Ley de Diversidad Biológica (venezolana), la Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones, la Decisión 345 de la Comunidad Andina de Naciones, la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, la Ley Orgánica del Ambiente, la Ley Forestal de Suelos y de Aguas, la Ley de Protección a la Fauna Silvestre todas las que no fueren de la Comunidad Andina de Naciones son normas jurídicas venezolanas, y agrega el contrato en lo que importa “y cualquier otra Normativa Legal Nacional o Acuerdo Internacional suscrito por la República Bolivariana de Venezuela que le sea aplicable”⁵⁹⁴.

2.- Naturaleza jurídica de los Recursos Genéticos Naturales

En el contrato Bioamazonia-Novartis

En el contrato no existe un reconocimiento o definición de la naturaleza jurídica de los Recursos Genéticos Naturales solo se refiere a recursos provenientes de plantas, hongos y microorganismos, pero indirectamente existe reconocimiento de la calidad de recursos naturales de origen brasileño debido que en la sección de “tecnología de la información” se indica en la letra “b” que se establece un software creado por Waters

593 PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, texto, op. cit., p.1 (Preámbulo) y artículo 12. La determinación de los requisitos de acceso en Argentina no son claros y desgraciadamente el procedimiento no tiene una clara configuración.

594 REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA E INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS, Contrato de acceso a los recursos genéticos, Caracas, 19 de mayo de 2003. Los requisitos para el acceso, en Venezuela, además de los indicados en estas líneas (contrato de acceso) se indican como un “permiso de acceso a recursos genéticos” del Ministerio del Poder Popular del Medio Ambiente (MINAMB). Además, del contrato y del permiso se requiere una copia de proyecto conforme al tipo de proyecto que se habrá de desarrollar. Si es necesaria la bioprospección porque es necesaria la fuente del proyecto en la naturaleza se debe solicitar los permisos correspondientes y anexar los recaudos solicitados. Finalmente, en caso que el trabajo de campo se efectúe en un área del territorio nacional declarada “parque nacional” debe solicitarse un permiso en el Parque Nacional correspondiente. INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS, Marco legal, UEG, Permisología para el trabajo genético donde los Recursos Genéticos Naturales están protegidos por ley, La Convención sobre Diversidad Biológica de 1992, la Ley Venezolana de Diversidad Biológica, y debe solicitarse un permiso, <<http://www.ivic.ve/ecologia/ueg/?mod=marco.php>> (05.03.2010).

Corp. Milford, MA denominado Millenium 32 donde se deja constancia de que es una plataforma de gerenciamiento de “informaciones sobre cromatografía líquida” y así se deja constancia que en el proyecto se aplicarán materiales computacionales sobre un producto de origen brasileño. Expresión de la naturaleza jurídica de los objetos jurídicos, no hay⁵⁹⁵.

En el contrato INTA-Universidad de Arizona

En este contrato no se hace referencia a considerar a los Recursos Genéticos Naturales como tales aunque se hace referencia a la Convención sobre Diversidad Biológica donde se encuentra tal denominación y, a su vez, en el texto no hay referencia sino a “muestras” es decir, al Recurso Genético Natural independiente del recurso biológico o separado de éste⁵⁹⁶.

En el contrato con el Estado venezolano

No se hace referencia a la naturaleza jurídica de los Recursos Genéticos Naturales pero se indica que están sometidos a la Soberanía bajo los derechos soberanos que posee este así sobre los recursos y entendemos que la misma está fijada en la Convención sobre Diversidad Biológica a la cual hace referencia de manera incorrecta la Ley de Biodiversidad de Venezuela⁵⁹⁷.

3.- Estatuto normativo jurídico aplicable

En el contrato Bioamazonia-Novartis

El único estatuto jurídico aplicable al contrato internacional son las leyes de Brasil, referidas a propósito de las controversias y la ley del contrato sin haber referencia a ley alguna de carácter brasileña o de otro país (ejemplo, Suiza).

En el contrato INTA-Universidad de Arizona

595 BIOAMAZONIA, op. cit., En su totalidad.

596 PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, texto, op. cit., artículo 1.

597 REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA E INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS, op. cit., artículo 13, REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Ley de Diversidad Biológica, Caracas, 2000, artículos 72 a 78.

En este caso no hay referencia a un Orden jurídico normativo específico sino que debe ser determinado por la interpretación del contrato⁵⁹⁸.

En el contrato con el Estado venezolano

Se regula el contrato en lo que no fuere regulado por el contrato mismo por la Ley de Diversidad Biológica (venezolana), la Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones, la Decisión 345 de la Comunidad Andina de Naciones, la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, la Ley Orgánica del Ambiente, la Ley Forestal de Suelos y de Aguas, la Ley de Protección a la Fauna Silvestre todas las que no fueren de la Comunidad Andina de Naciones son normas jurídicas venezolanas, y agrega el contrato en lo que importa “y cualquier otra Normativa Legal Nacional o Acuerdo Internacional suscrito por la República Bolivariana de Venezuela que le sea aplicable”⁵⁹⁹.

4.- Normas de representación y autorización de parte del ente estatal que conoce y autoriza al ente (persona natural o jurídica privada) la respectiva transacción

En el contrato Bioamazonia-Novartis

En el considerando “D” se deja constancia que Bioamazonia, institución sin fines de lucro y de “interés público” será la encargada de ejecutar los objetivos científicos de un programa de investigación, PROBEM, creado éste para ejecutar investigación pero sin constituir un ente o persona jurídica (Considerando “C”)⁶⁰⁰.

En el contrato INTA-Universidad de Arizona

De una parte en las definiciones se incluye a UNP, la Universidad Nacional de la Patagonia que actúa como recolector, del INTA como proveedor de muestras a UNP. Es decir, INTA aparece como el representante de Argentina y la Universidad de Arizona

598 PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, texto, op. cit., artículo 12.

599 REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA E INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS, op.cit., p. 1.

600 BIOAMAZONIA, op. cit., pp.1-2, considerandos “C” y “D”.

tendría que ser representante de Estados Unidos de América aunque aparece actuando por sí⁶⁰¹. Se declara, sin embargo, que INTA posee personería y autoridad legal para negociar y firmar este contrato. Sin embargo, se indica antes que es el INTA quien debe recabar los permisos y debe mantener los mismos para coleccionar, transportar y entregar las muestras⁶⁰².

En el contrato con el Estado venezolano

De manera completa, por medio de un decreto, se hace presente en la parte expositiva del contrato, el poder o mandato que inviste la firmante y que es otorgado por la República Bolivariana de Venezuela donde aparece que el mismo ha sido debidamente publicado en diario que al efecto existe para tal actividad y así conocido de todos y vigente. La contraparte posee una autorización debidamente cursada conforme a las normas legales venezolanas⁶⁰³.

5.-Términos de la transacción y su consagración en el contrato

En el contrato Bioamazonia-Novartis

Se establecen una serie de obligaciones de pago y de entrega de Recursos Genéticos Naturales quedando en propiedad de Novartis todas las “invenciones que resulten de los trabajos de la Novartis como cepas escogidas, inclusive Compuestos Directos y Compuestos Derivados”⁶⁰⁴.

En el contrato INTA-Universidad de Arizona

Se establecen obligaciones de INTA y de la Universidad de Arizona. INTA tiene como obligación la provisión de muestras, obtener y mantener permisos asegurar la personería y autoridad legal para negociar y firmar el contrato, usar los fondos y pagar los costos, asegurar las muestras obtenidas sean obtenidas con el consentimiento de los

601 PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, texto, op. cit., artículo 1 y artículo 2

602 PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, texto, op. cit., artículo 3 incisos segundo y primero.

603 REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA E INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS, op.cit., p. 1.

604 BIOAMAZONIA, op. cit., número 4.3

locales quienes “sus recursos intelectuales sean utilizados, mantener registro de los gastos, obligación de emplear residentes o ciudadanos en República de Argentina con entrenamiento adecuado adecuados en las disciplinas” correspondientes, exclusividad del envío de Muestras con la Universidad de Arizona⁶⁰⁵. Existen obligaciones del INTA para el suministro de muestras⁶⁰⁶. Se indican al INTA el criterio para la recolección de muestras y garantías que el INTA efectuará análisis de consultas y evaluación ambiental y una serie de obligaciones de conservación⁶⁰⁷.

La Universidad de Arizona, a su vez, debe cumplir con las siguientes obligaciones, compensaciones o pagos para equipamiento, y elementos para la colección y el herbario, viajes del personal, pago sobre la base de continuidad de provisión de muestras por INTA y sujeto a financiamiento la Universidad de Arizona una serie fondos, gastos del personal, y debe continuar pagando sujeto al aprovisionamiento de muestras, si no hay muestras tiene la facultad la Universidad de Arizona de disminuir o derechamente no pagar. También corresponde a la Universidad de Arizona revelar o analizar las muestras a través de subcontrato con otra u otras empresas⁶⁰⁸.

En el contrato con el Estado venezolano

Se conceden derechos para la obtención y utilización de los recursos genéticos que se encuentran en condiciones in situ (en el territorio de Venezuela) y ex situ, tiene la obligación de mantener determinadas líneas de investigación. La obligación de adjuntar como anexo al contrato de los nuevos proyectos que pudieren aparecer. El instituto debe recabar el permiso a través del Consentimiento Informado Previo del proveedor del componente intangible y el deber de suscribir con dicho proveedor el mencionado proveedor un acuerdo que será anexado al contrato a que nos hemos referido pero en calidad de determinación de beneficios del componente intangible

605 PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, texto, op. cit., artículos 2 y 3 y 7.

606 PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, texto, op. cit., Apéndice A.

607 PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, texto, op. cit., Apéndice B y C.

608 PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, texto, op. cit., artículos 4, 5, 6.

asociado al recurso genético. Las obligaciones dicen relación con la investigación científica, la capacitación del “sector oficial”, de divulgación de los proyectos a nivel nacional, permisos para poder efectuar investigación de Recursos Genéticos Naturales in situ y ex situ así como solicitud de permiso para exploración de Recursos Genéticos Naturales en los casos que se trate de una investigación en terrenos particulares.

Tiene la obligación el Instituto de Investigaciones Científicas Venezolanas de permitir el Acceso a la información al ministerio mencionado⁶⁰⁹.

El Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales concede a Instituto de Investigaciones Científicas Venezolanas derechos para la obtención y utilización de recursos genéticos in o ex situ. Los funcionarios del ministerio pueden participar en las investigaciones del instituto. En cada proyecto el ministerio tiene la facultad de autorizar o no autorizar él o los mismos⁶¹⁰.

6.- Contrato y su idioma

En el contrato Bioamazonia-Novartis

El contrato entre Bioamazonia y Novartis es en inglés y portugués⁶¹¹.

En el contrato INTA-Universidad de Arizona

No existe referencia a los idiomas pero se entiende tanto el español como el inglés que son los idiomas en caso de arbitraje⁶¹².

En el contrato con el Estado venezolano

El texto es en español⁶¹³.

7.- Ley aplicable al contrato, las obligaciones y derechos contenidos en el contrato

609 REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA E INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS, op.cit., artículos 4 a 15.

610 REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA E INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS, op.cit., artículos 4 a 15.

611 BIOAMAZONIA, op. cit., número 6 letra “k”, p..7.

612 PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, texto, op. cit., artículo 11.

613 REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA E INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS, op.cit.

mismo

En el contrato Bioamazonia-Novartis

En este contrato los derechos y las obligaciones se rigen por la ley misma del contrato, el contrato mismo. Además se hace referencia a la Convención de Diversidad Biológica de 5 de junio de 1992 de la cual tanto Brasil y Suiza son signatarios según el contrato y serán cumplidas⁶¹⁴.

En el contrato INTA-Universidad de Arizona

En este contrato se aplican las normas jurídicas estatuidas por el propio contrato así como las de la Convención sobre Diversidad Biológica por mención del contrato⁶¹⁵.

En el contrato con el Estado venezolano

La legislación de Venezuela y las decisiones de la Comunidad Andina de Naciones son aplicables⁶¹⁶ y, del mismo modo, la Convención sobre Diversidad Biológica de la cual Venezuela es parte.

8.- Obligaciones y derechos que pudieran tenerse con terceros a propósito del conocimiento tradicional

En el contrato Bioamazonia-Novartis

En este caso es Bioamazonia la encargada de asumir las obligaciones que se generen por la adquisición de recursos genéticos de plantas, hongos y microorganismos, en este contrato, cuando se hayan adquirido en virtud de conocimientos tradicionales de comunidades indígenas o comunidades locales⁶¹⁷.

En el contrato INTA-Universidad de Arizona

Se debe obtener, “cuando sea posible, el consentimiento informado necesario para crear (sic) este Contrato y llevar a cabo actividades bajo él, de representantes

614 BIOAMAZONIA, op. cit., Anexo 1y en la totalidad del contrato.

615 PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, texto, op. cit.,

616 REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA E INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS, op.cit., artículo 23.

617BIOAMAZONIA, op. cit. en la totalidad del contrato.

apropiados o cuerpos de gobierno de Pueblos Indígenas que tradicionalmente residen en o usan un área en la cual esas actividades van a ser realizadas.” y se acuerda que cuando “sea posible el consentimiento informado de cualquier otra persona local con autoridad legal para regular el Acceso a un área en la que esas actividades van a ser conducidas”⁶¹⁸.

En el contrato con el Estado venezolano

En este contrato se debe contar con el “Consentimiento Informado Previo” del titular del componente intangible y suscribir un acuerdo que se anexará al contrato estudiado⁶¹⁹.

9.- Transferencia de la propiedad o el sólo arriendo o concesión del recurso y del conocimiento

En el contrato Bioamazonia-Novartis

En materia de Recursos Genéticos Naturales, las muestras se encuentran bajo la Soberanía del Estado brasileño pero las invenciones que resulten del trabajo de Novartis con las “Cepas Escogidas”, inclusive los Compuestos Directos y Compuestos Derivados. Así también en materia de venta de Compuestos Directos y Compuestos Derivados (derivaciones y derivados o derivados de los Recursos Genéticos Naturales) Novartis tiene el derecho exclusivo a requerir y mantener protección de patente para producir, hacer, usar, vender, es decir, transferir los mencionados compuestos⁶²⁰.

En el contrato INTA-Universidad de Arizona

En este contrato hay reconocimiento de la “propiedad de Argentina” sobre las “muestras e información asociada”. Probablemente un error de concepto respecto del

618 PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, texto, op. cit., apéndice C.

619 REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA E INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS, op.cit., artículo 4.

620 BIOAMAZONIA, op. cit., Anexo 1, número 4.2 y 4.3.

término “propiedad”⁶²¹.

En el contrato con el Estado venezolano

En este caso sólo se trata de una especie de concesión, es decir, se mantienen de manera expresa y no sólo por el efecto de ser aplicable normativa complementaria la respectiva⁶²².

10.- Transformación de Recursos Genéticos Naturales del Estado a propiedad privada debido a que los derivados son de propiedad o los derechos intelectuales son temporal o perpetuamente de una persona jurídica de Derecho privado

En el contrato Bioamazonia-Novartis

En el caso del contrato Bioamazonia-Novartis lo anterior ocurre en dos ámbitos, en el anexo número uno, visto en el número 9 y el punto 4 del Anexo 2. Aquí se indica que los derechos de cualquier invención que se relacione a, o que resulte de, testeo por cualquiera de las partes en Compuestos Originales deberán ser de propiedad conjunta de Bioamazonia y Novartis. En caso que sea posible obtener la protección de patente para, o relativa a, un compuesto original, Novartis solicitará, a su propio costo y criterio, intentar y obtener tal protección en conjunto con los nombres de Novartis y Bioamazonia, la cual prestará toda la asistencia necesaria solicitada para este objetivo. Novartis deberá tener propiedad sobre todos los derechos en cualquiera de las invenciones relativas a Compuestos Derivados. La Novartis deberá tener el derecho exclusivo de obtener protección de patente respecto de cualquier tal invención relativa a Compuestos Derivados, a su propio costo y criterio⁶²³.

En el contrato INTA-Universidad de Arizona

En caso de que una muestra genere un producto la patente de protección a fin de

621 PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, texto, op. cit., artículo 3.

622 REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA E INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS, op.cit., artículo 4.

623 BIOAMAZONIA, op. cit., número 4.1.

comercializarlo y licenciarlo tanto la patente como la licencia tendrán de titulares a INTA y a Universidad de Arizona⁶²⁴.

En el contrato con el Estado venezolano

Expresamente se mantienen los derechos derivados de la Soberanía sobre los Recursos Genéticos Naturales a nivel nacional e internacional sea sobre los recursos o sus derivados en cualquiera de sus formas, se incluyen las patentes⁶²⁵.

11.- Análisis de carácter tecnológico sobre el recurso

En el contrato Bioamazonia-Novartis

En este caso corresponde a Bioamazonia recolectar anualmente 10 mil cepas microbianas que cumplen una serie de características, hongo solo, endofítico, *et cetera* y luego efectuar un análisis de medio microbiano con HPLC-UV para luego enviar tales cepas a Novartis Pharma. Como indicáramos ya, existe aplicación de tecnología de información donde se aplica al origen y naturaleza de las muestras, los datos analíticos generados en el Brasil con entrega de cierto software por Novartis donde es posible efectuar análisis por medio de estos de los orígenes y otros detalles relevantes. Además se creará una base de datos espectroscópicas de la Novartis para productos naturales microbianos⁶²⁶.

En el contrato INTA-Universidad de Arizona

Según el contrato habrá análisis que se ejecutará por INTA y UNP en una primera instancia y luego por una empresa contratada al efecto⁶²⁷.

En el contrato con el Estado venezolano

Existe un análisis de carácter tecnológico sobre los Recursos Genéticos Naturales principalmente en Venezuela pero también en el extranjero en caso que sea

624 PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, texto, op. cit., artículo 8.

625 REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA E INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS, op.cit., artículo 13.

626 BIOAMAZONIA, op. cit., Anexo 1, partes A y B.

627 PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, texto, op. cit., artículo 5.

necesario. No hay descripción de los procedimientos tecnológicos a ejecutar⁶²⁸.

12.- Tipos de instrumentos

En el contrato Bioamazonia-Novartis

Es un contrato de carácter privado, al menos así se hace aparecer, inclusive lleva como denominación “Acuerdo de Cooperación” y dos anexos⁶²⁹.

En el contrato INTA-Universidad de Arizona

Es un contrato de carácter privado con “Apéndices”⁶³⁰.

En el contrato con el Estado venezolano

Es un contrato de carácter público o de Derecho público tanto porque una de las partes actúa en dicha calidad como porque se deja constancia de los Derechos derivados sobre la Soberanía⁶³¹.

13.- Definiciones de los elementos

En el contrato Bioamazonia-Novartis

Se definen términos como campo, Líder de proyecto de la Bioamazonia, Cepas Escogidas, Compuesto Directo, Compuesto Derivado, Compuesto Directo Derivado Conocido, Compuesto Directo Derivado Nuevo, Fecha de entrada en vigor, Compuesto Directo Conocido, Ventas líquidas, Compuesto Directo Nuevo, Líder de proyecto Novartis, Plazo de Royalty, EFS, POP, Steering Committee, Territorio, Área, Compuesto Original Nuevo, Compuesto Original⁶³².

En el contrato INTA-Universidad de Arizona

Se definen los siguientes términos, a saber, ventas netas, colector, compañía,

628 REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA E INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS, op.cit.,

629 BIOAMAZONIA, op. cit.,

630 PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, texto, op. cit., en su totalidad.

631 REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA E INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS, op.cit., página 1 y artículo 13.

632 BIOAMAZONIA, op. cit., Anexo 1, Anexo 1,

país de recolección, GWLHDC, etnobiólogo, indígena o aborigen, persona o comunidad local, patente, planilla de datos de colección, producto, muestra, UNP⁶³³.

En el contrato con el Estado venezolano

Se definen términos como Acceso, autoridad nacional competente, comunidad indígena, afroamericana o local, condiciones in situ, condiciones ex situ, contrato de Acceso, diversidad biológica, producto derivado, producto sintetizado, recursos biológicos, recursos genéticos⁶³⁴.

14.- Reconocimiento de los derechos soberanos

En el contrato Bioamazonia-Novartis

No existe reconocimiento directo de tales derechos de forma o manera expresa sino que hace referencia a la Convención sobre Diversidad Biológica a propósito de obligaciones “financieras y otras”⁶³⁵.

En el contrato INTA-Universidad de Arizona

No existe reconocimiento, salvo la obligación de INTA de cortar con la autorización legal para proveer los Recursos Genéticos Naturales, además del reconocimiento de la Convención sobre Diversidad Biológica.

En el contrato con el Estado venezolano

Hemos indicado que tal reconocimiento es expreso⁶³⁶.

15.- División de los beneficios equitativamente, es decir, de manera de considerar a lo menos en proporción del aporte

En el contrato Bioamazonia-Novartis

Existe propiedad conjunta sobre las posibles Compuestos Directos, los

633 PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, texto, op. cit., artículo 1.

634 REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA E INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS, op.cit., artículo 1.

635 BIOAMAZONIA, op. cit., Anexo 1, número 7.1 y Anexo 2 número 6.2

636 REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA E INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS, op.cit., artículo 13.

Compuestos Derivados son de Novartis, así como las invenciones, los derechos de patentes sobre los Compuestos Derivados y las invenciones son de Novartis, respecto del resto se concede una licencia de forma permanente a Novartis por Bioamazonia a fin de ser comercializada y sólo podría existir algún grado o asunto relevante al momento de transferirse dichos derechos además de una base de datos que indique dónde, en qué circunstancias y con cuáles o tales características ha sido encontrada la muestra. Respecto de dineros sólo se pagará por Cepa Escogida no por muestra obtenida del campo, y sobre ella será pagada una suma de cien francos suizos y por extracto de cien francos suizos que puedan ser 10 mil extractos microbianos, un millón de francos suizos, un millón de francos suizos en equipamiento, en total dos millones de francos suizos⁶³⁷.

En el contrato INTA-Universidad de Arizona

Según lo indicado la Universidad de Arizona depositará el cincuenta por ciento de cualquier regalía recibida por la universidad, cuando dichas regalías deriven de las ventas netas y se deposita la suma que corresponda en un fondo para “necesidades locales específicas y proyectos de conservación en Argentina”. En general no se paga sino una vez recuperados los costos⁶³⁸.

En el contrato con el Estado venezolano

No hay una determinación previa del beneficio, clases y características así como su Equidad sino que hay sólo una referencia al contrato que deberá contener dicha determinación pero sin calificarla de equitativa sino producto de la negociación⁶³⁹.

16.- Solución de las controversias

En el contrato Bioamazonia-Novartis

637 BIOAMAZONIA, op. cit., Anexo 1,

638 PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, texto, op. cit., artículo 6

639 REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA E INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS, op.cit., artículo 12.

En el contrato se indica que se solucionarán las controversias por medio del arbitraje indicando un procedimiento para la solución y la determinación de los árbitros⁶⁴⁰.

En el contrato INTA-Universidad de Arizona

Se recurre, en caso de controversia a mediación y arbitraje, este último siguiendo las reglas que para el efecto ha desarrollado la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho comercial internacional⁶⁴¹.

En el contrato con el Estado venezolano

En este contrato o se resuelve la controversia por tribunales administrativos, de mutuo acuerdo o los tribunales de Caracas, Venezuela⁶⁴².

17.- Propiedad sobre los resultados de la investigación

En el contrato Bioamazonia-Novartis

Los resultados de la investigación o son de propiedad conjunta entre Bioamazonia y Novartis o son de propiedad de Novartis⁶⁴³.

En el contrato INTA-Universidad de Arizona

El Derecho de propiedad no es adquirido por la Universidad de Arizona cuando se trate de las muestras pero los productos se protegerán por medio de derechos de propiedad industrial cuyos titulares son las partes.

En el contrato con el Estado venezolano

En este contrato el Estado venezolano mantiene la propiedad y los derechos derivados de la Soberanía⁶⁴⁴.

640 BIOAMAZONIA, op. cit.,

641 PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, texto, op. cit., artículo 11

642 REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA E INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS, op.cit., artículo 24.

643 BIOAMAZONIA, op. cit.

644 REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA E INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS, op.cit., artículo 13.

Propuesta de convertir en un modelo de Acceso a los contratos

Recientemente ha habido una interesantísima propuesta, fundada en la mejoría de los usuarios desde una perspectiva económica⁶⁴⁵. Esta opción se fundaría además en la gobernabilidad de los Recursos Genéticos Naturales. Considera que el Acceso y la División de beneficios sería, según la autora, un mecanismo de incentivo económico a fin de incentivar la conservación de la biodiversidad⁶⁴⁶.

El fundamento estaría basado en que habría una demanda de contratos tipo que auxiliaría a bajar los costos de transacción. Sin embargo, como se ha puesto de relieve en estas líneas no hay una relación directa entre estos elementos, División de beneficios de manera equitativa, baja de costes de transacción y contratos tipo. Si dichos contrato tipos auxiliaran a bajar tales costos y, cumplieran con la División de beneficios de manera equitativa, sería positivo pero aquello no necesariamente significa que la Equidad en vista a una proporcionalidad considerando las partes y lo que han invertido en conservación y desarrollo y de otra parte en investigación y desarrollo.

Además, resulta lógico considerar usuarios, conforme a los términos de los contratos como quienes imponen obligaciones a los proveedores e inclusive, en los contratos que se negocian con grandes compañías transnacionales, la posibilidad de la modificación de los respectivos contratos en su objeto (la colecta de Recursos Genéticos Naturales de determinada área en un número determinado) por la mera voluntad del “usuario” lo que en general se considera un Abuso del Derecho por el carácter unilateral de tal modificación⁶⁴⁷.

KELSEN claramente indica las prestaciones que nacen de un contrato⁶⁴⁸. Las mismas suponen igualdad pero la existencia de derechos soberanos sobre dichos

645 TAUBER, Sabine, Contract standardisation as an instrument for Access and Benefit-Sharing under the Convention on Biological Diversity. A Governance analysis of transactions with genetic resources. University of Bonn, Germany, 2011.

646 TAUBER, Sabine, op. cit., p.3.

647 En la doctrina se indica a esta situación un actuar permitido pero causante de un daño. ATIENZA, Manuel, MANERO, Juan Ruiz, op. cit., p. 57.

648 KELSEN, Hans, El contrato y el tratado, Ediciones Coyoacán, México, 2007, pp. 27 y 31.

recursos (no basta una enunciación y repetición de las mismas normas jurídicas contenidas en la Convención sobre Diversidad Biológica) modifica el razonamiento debido a que no estamos frente a un contrato tradicional sino a uno en que una de las partes es un Estado a menos, como es lógico, que nos enfrentemos al caso en que privados, por ejemplo el denominado “Kew Garden” transfiera Recursos Genéticos Naturales (semilla de papas) chilenos a una empresa en Indonesia. En dicho caso hay nuevamente un problema con los derechos derivados de la Soberanía sobre los recursos dado que tales derechos sólo podrían ser transferidos con la voluntad del Estado, voluntad real y no aparente.

Si aun este argumento no fuere suficiente basta con señalar que es el Estado en cuyo territorio se encuentra el recurso el que decide qué y cómo va a vender y por cuanto y si, finalmente, no ejecuta actividad alguna sobre tales recursos lo que está amparado por la Convención sobre Diversidad Biológica. Por tanto, una respuesta como la planteada, contratos tipo, es interesante (fue propuesta anteriormente por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y la Secretaría de la Convención sobre Diversidad Biológica pero no ha tenido aceptación porque además de la evidencia esgrimida que funda mis afirmaciones existen, finalmente, dos razones muy sencillas para rechazar una opción como la planteada, a saber, la libertad contractual que permite a cada parte en un contrato entrar dentro del procedimiento de convención y llegar al resultado mismo y el que el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica se refiere a sujetos de Derecho Internacional Público, no ha sujetos de Derecho privado sean naturales o jurídicos.

Conclusión

Mirando interpretar la Convención por medio de acuerdos entre personas

naturales o jurídicas actuando a través de un acuerdo de voluntades privadas, un acto jurídico bilateral internacional entre sujetos de Derecho en calidad de privados, contratos (Términos Mutuamente Acordado) celebrados entre partes en diversos Estados cuyo objeto son los Recursos Genéticos Naturales, se comprende las falencias de la solución contractual, serias deficiencias imposibles de soslayar jurídicamente.

Convertir aquello perteneciente a la Nación toda en el bien de unos pocos o de uno sin título alguno viola las normas jurídicas del mismo modo cuando el Estado adquiere (a través de una expropiación) para sí sin ningún título o razón jurídica o fundamento normativo. Modificar la calidad de los sujetos, de las personas que celebran tratados internacionales, convenciones internacionales, por personas (naturales o jurídicas) privadas es un error mayúsculo. El Derecho acepta contratos entre Estados y particulares. Hay un sector amplio y necesario de considerar en el Derecho Internacional Público (de las inversiones extranjeras) y en el Derecho nacional (Derecho administrativo) regulando las expresiones más relevantes y las soluciones más importantes para los contratos internacionales. Pero pensar la tal solución como incorporada en la Convención sobre Diversidad Biológica como la única o aun la principal es un error basado en la ausencia de conocimiento del Derecho Internacional Público y del Derecho ambiental en donde tales actos son mirados en general con cuidado y regulados expresamente de manera muy definida y jamás a través de expresiones generales y abstractas, propias de obligaciones internacionales contenidas en un tratado internacional regulando a dos o más Estados en su calidad de personas jurídicas internacionales, sujetos de Derecho Internacional Público.

Si bien es una solución propia del Derecho privado, en razón del acuerdo de voluntades puede parecer perfecta, tanto el uso de recursos naturales regulados por normas de Derecho público y la forma de afectarse jurídicamente a terceros y la

ausencia de respeto por dichos derechos, particularmente derivados de los conocimientos tradicionales, hace caer un manto de duda sobre los contratos de transferencia de recursos naturales. Es más, no ahondaremos aquí en las asimetrías económicas de los negociadores de los contratos en el Orden jurídico nacional o internacional violentando la noción de igualdad entre las partes y, por consiguiente, los beneficios, producto de las negociaciones precontractuales, finalmente determinados al momento de la celebración o las fijadas luego de la determinación de los procedimientos para definir los beneficios, si bien justos conmutativamente, distan de ser equitativos porque los que menos tienen y más han aportado históricamente a través de la protección jurídica o la titularidad de derechos reconocidos internacionalmente o por el Orden jurídico nacional son los obtentores de un extra o un plus desde la Equidad.

Ciertamente no son las partes en una transferencia de recursos naturales deban preocuparse de derechos de terceros (el Estado y las comunidades locales o las comunidades indígenas) pero hay suficiente evidencia de la protección jurídica garantizada por tratados internacionales a los cuales en este trabajo hemos hecho referencia de manera constante.

Respecto de los contratos propiamente Equidad, derechos soberanos sobre los recursos naturales no son respetados en razón de las tremendas diferencias entre las obligaciones de quienes suscriben tales contratos como proveedores de los recursos y quienes reciben tales recursos⁶⁴⁹. Los contratos privados o más cercanos al Orden jurídico privado intentan, pese a las limitaciones derivadas del reconocimiento de los derechos derivados de la Soberanía, llevar a un proceso de exclusividad de derechos donde los sujetos son titulares de un Derecho privado sobre derivados de los

649 A fin de observar la misma propuesta de la investigadora, WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, Model Access and Benefit Sharing Agreement between Access Provider and Access Party, proposed by the Australian Government, <<http://www.wipo.int/tk/en/databases/contracts/list.html>> (15.04.11). Es posible afirmar, por tanto, que la tesis doctoral carece de originalidad porque esta página indica que esta propuesta viene de mediados de la década de 1990 sino desde el principio de dicha década.

Compuestos Originales o Recursos Genéticos Naturales o mantienen una propiedad común donde representantes del Estado se atribuyen derechos más allá de las normas constitucionales o legales y, por cierto, internacionales, pueden permitir tal interpretación.

Los contratos públicos cumplen con las obligaciones contenidas en la Convención sobre Diversidad Biológica; el Estado, representado legalmente, asume la responsabilidad de las obligaciones, y aunque, como hemos sostenido, el contrato público o sometido a Derecho público es un interpretación incorrecta de la citada Convención, sin embargo, es aceptable si un Estado decide establecer tal sistema como medio de ejecutar el procedimiento de Acceso. Sin embargo, pese ser la ley del contrato (pública o privada) determinada por el contrato mismo, es finalmente la Convención la reguladora de estas materias y el artículo 15, objeto de análisis, sólo aceptaría convenios inter-estatales pero no estatales privados o privados salvo si la ley así los admitiera pero, en tal caso, se debe mirar a otros artículos de la Convención citada admitiendo tal posibilidad porque, de no ser así, sería establecido por el desarrollo legislativo del Estado pero no se regularían ni se ampararán en los derechos y obligaciones internacionales contenidos y reconocidos en la Convención sobre Diversidad Biológica. Estos contratos deben aplicar alguno de los principios propios de la Justicia amparados, según se fundamenta, en los derechos de los Estados e integrar la Equidad basados en los derechos esgrimidos por Estados como conservadores de los recursos en su territorio.

TERCERA PARTE

CAPÍTULO V

INTERPRETACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONALES, LOS TRATADOS QUE REGULAN LOS RECURSOS GENÉTICOS NATURALES

Capítulo V

Interpretación de normas jurídicas internacionales, los tratados que regulan los Recursos Genéticos Naturales

Introducción

El tema de interpretar, es decir, entender el sentido y alcance de algo que se nos representa física e intelectualmente, se hace necesario para comprender, en esta tesis doctoral las concordancias y relaciones jurídicas entre normas jurídicas dictadas en diferente tiempo y de diferente origen pero que tienen dos características, son internacionales y se refieren al mismo objeto de estudio, los Recursos Genéticos Naturales. He afirmado anteriormente que la Teoría Pura del Derecho, el libro y la teoría, por su carácter gnoseológico, es significativamente una teoría acerca de la interpretación del Derecho, que permite ser propiamente una teoría hermenéutica del Derecho, ello, aventuramos, hace al capítulo sobre la interpretación en el libro, breve⁶⁵⁰.

La interpretación científica

KELSEN indica que en la Ciencia del Derecho el proceso de determinación del sentido y alcance es diferente del de los Órganos Jurídicos. Señala que en el proceso de la Ciencia del Derecho:

“Es aquella pura determinación cognoscitiva del sentido de las normas jurídicas.”⁶⁵¹.

Es de esta afirmación que es posible extraer consecuencias, a saber, que esta

650 Inclusive en su obra la hermenéutica no ocupa formalmente una gran cantidad de de textos (formalmente porque la obra en sí es una hermenéutica de lo que el Derecho es), cfr. CRACOGNA, Dante, Cuestiones fundamentales de la Teoría Pura del Derecho, Distribuciones Fontamara, 1998, p. 67, LIFANTE VIDAL, Isabel, La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 52 y la autora indica que KELSEN no mira ni al legislador ni al juzgador, técnica, y volitivo en la elección de una de las opciones que plantea la norma superior y la científica, que se analizará, es una descripción de significados atribuibles a una norma, p. 23. Es más LIFANTE citando a un gran jurista italiano indica que es lo más débil de su teoría. KELSEN, Hans, op. cit., 1993, pp. 355 ss.

651 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, p. 355. Isabel LINFANTE VIDAL indica que la interpretación en KELSEN “es el proceso consistente en establecer el sentido de la norma”, LINFANTE VIDAL, Isabel, op. cit., p. 54, lo que afirma la autora no hace sino confirmar lo afirmado, la norma jurídica en KELSEN es parte del Orden jurídico y como tal se efectúa una hermenéutica del Derecho a través de su descripción.

determinación cognoscitiva no es la creación de norma jurídica alguna, la misma sólo es creación del Derecho; es incapaz de colmar las Lagunas del Derecho ya que ello es posible sólo por los Órganos de Aplicación Derecho; tal interpretación sólo puede exponer los “significados posibles de una norma jurídica” y las decisiones que se deban tomar de tal interpretación sólo puede ejecutarla el respectivo Órgano Jurídico Competente.

Finalmente, en esta interpretación, algo que analizaré más adelante, KELSEN avanza en la idea de no existir una respuesta correcta en la interpretación científico jurídica⁶⁵². Cualquier intento en esta dirección aparece, de acuerdo a KELSEN, como una forma de encubrir un aspecto de carácter estrictamente político jurídico al pregonar una ficción, la de la única interpretación o del sentido “correcto” único⁶⁵³.

En este sentido, es necesario entender que la interpretación jurídica se refiere a la creación y aplicación del Derecho⁶⁵⁴.

Tal interpretación auxilia a entender lo que nosotros podemos observar como discusiones no sólo a propósito del tema que es objeto de análisis sino de las relaciones jurídico normativas a nivel internacional entre comercio y medio ambiente, derechos humanos y una serie de otros ámbitos de singular importancia. Ésta forma de mirar la interpretación, sin embargo, no siempre ha sido la hermenéutica de esta manera.

Un ejemplo de la interpretación clásica es el Código Civil chileno en sus artículo 19 al 24 donde se mira primero a la letra (sentido de la ley) clara, líquida, se mira al tenor literal, para luego, de carecer de la misma claridad o liquidez se llega al espíritu o la intención. Si fuere necesaria la segunda actividad el Código Civil chileno ofrece ocupar la clara manifestación de la tal intención o espíritu, luego en la historia fidedigna del establecimiento de la ley, el contexto ilustra el sentido de sus partes, la armonía y

652 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, pp. 355-356

653 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, p. 356.

654 MORESO, Juan, Vilajosana, Joseph, op. cit. en KELSEN, Hans, op. cit., 2011 p.27.

correspondencia entre sus partes debido a tal contexto y, finalmente, el “espíritu general de la legislación” y la “equidad natural”⁶⁵⁵.

Normas dependientes unas de otras

Esta forma de interpretación se refiere a normas jurídicas que tienen o no el carácter de independencia⁶⁵⁶. Las normas jurídicas que no son independientes poseen la característica que forman un “bloque” o conjunto que pueden y deben interpretarse en conjunto a fin de dilucidar el sentido y alcance de ellas para su debida correspondencia y armonía, pero, sobre todo, poseen unidad lógica debido a los enunciados jurídicos expresados con lo cual nos lleva a la conclusión de ser las mismas de un carácter especial, único.

En este sentido, KELSEN explica un primer entrelazamiento entre una norma jurídica obligatoria a una determinada conducta y la que establece una sanción, como las contenidas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados cuando se enfrentan tratados violados en sus obligaciones y su sanción o las normas de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional de los Estados o las de leyes de propiedad industrial y su ausencia de algún requisito o la presencia de algún vicio o, en fin, la de un Derecho Internacional Público cuya violación se sanciona en el Orden jurídico nacional.

Un segundo entrelazamiento es aquella que permite positivamente una conducta, lo anterior, a través de la delimitación del dominio de validez de una norma jurídica⁶⁵⁷. “Los artículos constituyen” dice KELSEN “una unidad”⁶⁵⁸.

Los contenidos de los artículos pueden ser expresados en una sola norma

655 REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., artículo 19 al 24. Esto se describe más o menos por CRACOGNA, Dante, op. cit., p. 69. KELSEN no efectúa sino una modificación completa al fijar la actividad hermenéutica en su libro, desde el inicio, expulsando la totalidad de consideraciones ética, sociales o de otro tipo y analizando los elementos estáticos y dinámicos del Derecho.

656 KELSEN, Hans, op. cit., 1983, p..67.

657 KELSEN, Hans, op. cit., 1983, p. 68.

658 KELSEN, Hans, op. cit., 1983, p. 68.

jurídica indicando el límite de validez⁶⁵⁹.

Puede ocurrir, en tercer lugar o como tercer entrelazamiento que una norma elimine la validez de otra y se entienden conjuntamente con otras que estatuyen “actos coactivos”⁶⁶⁰. Hay normas jurídicas, en un cuarto entrelazamiento, que facultan una determinada conducta otorgando a un individuo un Poder jurídico o producir normas jurídicas⁶⁶¹. El último entrelazamiento es aquel en que normas jurídicas establecen con mayor especificidad el sentido de otras normas jurídicas en cuanto definen el concepto utilizado en la formulación de otra norma jurídica “o interpretan de manera auténtica una norma” jurídica⁶⁶².

De todas estas distinciones interesa destacar que existen normas jurídicas entrelazadas que permiten expresar de manera determinada la norma jurídica de que se trata y que en algún caso indican la sanción, en otros limitan la validez o terminan con ella, establecen facultades y finalmente indican el sentido y alcance de otras. De aquellas que señalan facultades podemos indicar que son las que nos interesan entendiendo facultad como poder dictar normas jurídicas o poder exigir que tales normas jurídicas sean respetadas por cuales órganos sean propios de un Orden jurídico internacional o Nacional en el proceso de interpretación, segundo entrelazamiento y el más importante en este capítulo, y aplicación de la norma jurídica.

Todos los actos descritos, son interpretativos, lo que lleva a concluir que KELSEN tenía mucho mayor interés en la interpretación de lo que meramente publicó en su obra cumbre citada ya⁶⁶³.

La validez de una norma está determinada por su contenido y el contenido

659 KELSEN, Hans, op. cit., 1983, p..68

660 KELSEN, Hans, op. cit., 1983, p. 68.

661 KELSEN, Hans, op. cit., 1983, p..68

662 KELSEN, Hans, op. cit., 1983, p..68

663 KELSEN, Hans, op. cit., 1983.

podría estar predeterminado por una norma superior⁶⁶⁴. Esta afirmación, extraída de KELSEN, nos es importante porque determina si la norma jurídica o conjunto de normas jurídicas entrelazadas merecen análisis porque son válidas o no. El examen no sólo es formal, validez como existencia (norma jurídica que rige) sino material, es decir, si el contenido de la norma jurídica dice relación con el Orden jurídico internacional, e inclusive, Nacional. Es el caso de las normas jurídicas que analizaremos, se encuentran dentro del Orden jurídico internacional y afectan el Orden jurídico nacional de los Estados Partes de los tratados que las contienen. El contenido de dichas normas jurídicas está determinado por normas superiores que se refieren a los derechos de los Estados y por consiguiente de la Nación y de las personas a quienes dicho Estado representa y son parte de los Derechos Humanos. La ubicación de los Derechos Humanos a nivel internacional tiene hoy día una ubicación de preeminencia en el Orden jurídico internacional y, por cierto, en muchos Órdenes Jurídicos Nacionales.

La razón, la especificidad de una norma o hace a los abogados ganar más o adquirir mayor fama⁶⁶⁵ y eso lleva en algunas áreas del Derecho (como en muchas otras ciencias) a buscar distinguirse de otras normas jurídicas u órdenes jurídicos indicando un especial trato de la norma jurídica a través de la interpretación. No olvidemos que la interpretación, además, constituye una metodología, serie de pasos pero íntimamente ligada a una concepción hermenéutica de la filosofía (que no abordaremos aquí) pero que, entre diversos autores, ha desarrollado el autor GADAMER⁶⁶⁶. Finalmente, no cabe duda que la necesidad de distinguir entre interpretación e interpretaciones se hace mayor cuando miramos al problema de la argumentación que según quien estas líneas escribe se presenta siempre en el Derecho pero de manera muy particular en el proceso interpretativo cuando se plantea, entre otras dificultades, la distinción entre el sentido y

664 KELSEN, Hans, op. cit., 1983, p..26

665 RAZ, Joseph, Razonando con las normas (traducción, Sergio Peña Neira), Anuario chileno de Filosofía jurídica y Social, Sociedad chilena de Filosofía jurídica y social, 2010, p. 77.

666 GADAMER, Hans Georg, Verdad y Método,

el tenor literal⁶⁶⁷. La argumentación es diferente a la retórica donde se pretende convencer pero de manera indirecta, por medio del discurso y no de la discusión pero, al respecto, nos atendremos al objeto de análisis de este capítulo, el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica y sus relaciones con otras normas jurídicas en el mismo u otros órdenes jurídicos.

La interpretación del artículo 15 es externa, es decir, respecto de otras normas jurídicas, y no interna, es decir, determinar el sentido y alcance de la misma sólo mirando y leyendo a ésta, cuestión efectuada ya en este texto.

Interpretación

Interpretar es determinar el sentido de la norma, en este caso jurídica. La interpretación jurídica, entre otras, supone la interpretación de los tratados internacionales en el Orden jurídico internacional y en el Orden jurídico nacional así como una parte de los mismos, un artículo o una norma jurídica ⁶⁶⁸. Nosotros enfrentaremos la interpretación de un orden jurídico, el del Acceso y de la División de equitativa de beneficios en normas jurídicas internacionales.

KELSEN indica que se puede entender interpretar como determinación en cuanto conocimiento del sentido del objeto interpretado y de ello se deduce que existen múltiples sentidos⁶⁶⁹. Algunos, producto de la indeterminación intencional, otros de la indeterminación no intencional y la primera es debida a la aplicación de una norma jurídica superior a través de la generación de una norma jurídica inferior que deriva en la interpretación de la superior pero dando posibilidad a una mayor o menor determinación conforme lo aplique el respectivo órgano.

667 Al respecto puede confrontarse, QUINTANA BRAVO, Fernando, Interpretación y Argumentación jurídica, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006, p. 404.

668 Cfr. KELSEN Hans, op. cit., 1993, en particular p.349 y ss..

669 KELSEN, Hans, op cit., 1993, p. 351.

Formas en que se ejecuta la interpretación: norma jurídica general a particular, escalonamiento

KELSEN indica que la interpretación, entre otros casos, se produce cuando “el derecho tiene que ser aplicado por un órgano jurídico” éste debe establecer “el sentido de la norma que aplicará,” y agrega de manera rotunda “tiene que interpretar esas normas”⁶⁷⁰. Estas líneas buscan determinar el sentido de normas jurídicas que configuran un Orden jurídico en razón de constituir un primer auxilio a la interpretación harmónica o a la determinación de contradicciones de ciertas normas jurídicas contenidas en la Convención sobre Diversidad Biológica y el Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual aplicadas al Comercio. Alguna referencia hemos hechos en un capítulo de esta investigación, ahora nos concentraremos de manera puntual en los artículos 8 letra “j” 15 de la primera de las convenciones y 27 de la segunda de las convenciones.

Despejando algunos problemas de la interpretación

Esta interpretación, sin embargo es de aquella que pretende “comprender las normas jurídicas” que se deben acatar y de qué manera las mismas pueden o no acatarse. Esta es, entonces, una “interpretación del derecho” que se efectúa por “una persona privada”⁶⁷¹. Sin embargo, debemos dejar claro, dicha interpretación, la de una “persona privada” se puede ajustar a diversas posibles opciones interpretativas, una de ellas, la considerada por KELSEN que posee, por cierto, un orden y sistematicidad muy interesante y apropiado al trabajo a efectuar y que puede ser complementada por otras formas de observar la interpretación. Así dice WRÓBLEWSKI en un texto muy breve sobre el tema que la interpretación tiene gran importancia en el discursos jurídico-

670 KELSEN Hans, op. cit., p. 349. Es decir, no solo lo indica o comenta, lo afirma de manera rotunda, en la aplicación del derecho y de la norma jurídica en particular es donde se plantea el deber de interpretar.

671 KELSEN Hans, op. cit., en particular p.349.

práctico y afirma, coincidiendo con KELSEN, que “se relaciona con la determinación del significado de los textos legales y a menudo influye en la calificación de los hechos a los que se aplican las reglas legales.”⁶⁷². Agrega que en esta materia la interpretación a nivel de la dogmática jurídica, denominada doctrinal se “utiliza con frecuencia para sistematizar el derecho en vigor y para construir conceptos jurídicos.”⁶⁷³.

Otro de los problemas expresados por el autor WRÓBLEWSKI es el de las tendencias en materia de interpretación legal, de una parte, el “descubrimiento del significado inherente a la regla legal interpretada”, reconstruir significados, de otra parte, la “atribución de significado (determinada por varios factores) a la regla general”, actividad creadora de la misma factura que la legislativa⁶⁷⁴. Pero no es cualquier interpretación sino la interpretación sobre normas jurídicas internacionales que pueden y son origen de normas jurídicas nacionales, lo que al menos podría llevarnos, como analizamos en otra parte de esta tesis a una serie de preguntas que no contestamos aquí pero importantes, así, el estatus de tales normas jurídicas a nivel nacional, la posibilidad de interpretar creando normas jurídicas o buscando significados, la aplicación de tales normas y su derogación.

Finalmente, WROBLEWSKI distingue entre interpretación *sensu larguísimo* (“comprensión de un objeto en cuanto fenómeno cultural”⁶⁷⁵), es decir, entender todos los artículos como parte de un mundo cultural determinado, el internacional, interpretación *sensu largo* (“comprensión de cualquier signo lingüístico”⁶⁷⁶) es decir, interpretar, Equidad y Justicia en los dos primeros artículos será un trabajo de leer las grafías y comprender qué significan cada una, cuestión efectuada ya, interpretación *sensu stricto* (“determinación de un significado de una expresión lingüística cuando

672 WRÓBLEWSKI, Jerzi, Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, Cuadernos Civitas, Madrid, 1985, p. 17.

673 WRÓBLEWSKI, Jerzi, op. cit., p.17.

674 WRÓBLEWSKI, Jerzi, op. cit., p.18.

675 WRÓBLEWSKI, Jerzi, op. cit., p. 21.

676 WRÓBLEWSKI, Jerzi, op. cit., p. 22.

existen dudas referentes a este significado en un caso concreto de comunicación”⁶⁷⁷), donde, por ejemplo, nos encontramos con tres artículos que se deben interpretar a la luz de las normas jurídicas que al respecto existen para interpretar normas jurídicas internacionales contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados⁶⁷⁸.

La formación del proceso interpretativo

KELSEN, prístinamente, explica la formación del proceso interpretativo como una serie de actos por el cual una norma superior, al determinarse su sentido y alcance, se crea una norma inferior. La determinación puede ser o no completa, pero según KELSEN “nunca es completa”. “La norma de rango superior no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se la aplica”⁶⁷⁹. Explica lo anterior, como sostendremos en los estudios de caso, las diferencias de interpretación en la aplicación de la norma jurídica internacional.

Una prevención. KELSEN mismo indica que el proceso interpretativo de una norma superior deviene, a su vez, en un proceso aplicativo de la misma porque debe determinarse y definirse, con indeterminación incluida, la norma inferior. Es aplicable lo afirmado al proceso de interpretación de un tratado, así:

“Pero también tenemos una interpretación de la constitución en tanto corresponda aplicarla mediante el procedimiento legislativo, al promulgar normas de emergencia o producir otros inmediatamente determinados por la constitución, en una grada inferior; y también tenemos la interpretación de los tratados internacionales o de las normas de derecho internacional general consuetudinario, cuándo éste o aquel tienen que ser aplicados por un gobierno, por un tribunal o por un órgano administrativo internacional o nacional.”⁶⁸⁰.

677 WRÓBLEWSKI, Jerzy, op. cit., pp. 22-23.

678 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969, artículo 31, interpretación, artículo 32, medios de interpretación complementarios.

679 KELSEN, Hans, op cit., 1993, p. 350.

680K ELSEN, Hans, op cit., 1993, p.349.

Agrega KELSEN, luego que la relación que existe entre una norma de grada superior con una inferior del Orden jurídico es de “determinación o de obligación”. En efecto la superior regula el acto mediante el cual se produce la norma de grada inferior, su ejecución, el procedimiento de establecimiento y, en algunos casos, el contenido⁶⁸¹, como en los procesos de interpretación de tratados o de constituciones cuando se determinan garantías para las personas.

Siempre habrá un mayor o menor ámbito para la discrecionalidad de la aplicación dentro del proceso de aplicación, donde la indeterminación puede referirse al hecho condicionante o a la consecuencias condicionada pudiendo ser intencional debido a que supone la determinación de uno o ambos elementos, hecho condicionante o consecuencia condicionada, en la grada siguiente⁶⁸². LINFANTE ha indicado en términos similares lo que KELSEN afirma como propio del proceso de interpretación. El objeto de la interpretación es la norma jurídica, señala LINFANTE, conforme a la teoría kelseniana y la “la determinación que de la norma inferior realiza la norma superior nunca es completa”. Llega a afirmar que KELSEN considera que “en todas las gradas del ordenamiento hay tanto un proceso de aplicación (puesto que la norma superior determina un abanico de posibilidades), como de creación (pues dentro de ese abanico debe elegirse-de manera ‘discrecional’-una opción)”, aunque al respecto no es posible hallar dicha conclusión en la Teoría Pura del Derecho⁶⁸³.

Hay que tener presente que la interpretación jurídica tiene como ubicación formal la dinámica jurídica, es decir, la creación de normas dentro del texto citado de KELSEN. Ello se produce en la primera edición de la Teoría Pura del Derecho pero copiando un texto anterior, que es de 1934 y coincide con la permanencia de KELSEN

681 KELSEN, Hans, op cit., 1993, p. 350.

682 KELSEN, Hans, op cit., 1993, p. 350.

683 LINFANTE VIDAL, Isabel, op. cit., pp.61-62. KELSEN, Hans, op. cit.

en Ginebra aunque en la versión final, que es la segunda edición de 1962 usada aquí en la versión castellana de la traducción de Roberto VERNENGO, el asunto se trata a propósito de la dinámica jurídica⁶⁸⁴. CRACOGNA indica que esta modificación de parecer e inclusión del tema en el texto tiene su origen en un texto kelseniano sobre la materia, pero que luego, en la segunda edición (suponemos por la contemplación de los problemas del Derecho internacional público en su aplicación nacional) genera una estructura interpretativa, si se lee con cuidado el libro *Teoría Pura del Derecho* en su parte relevante, al inicio del respectivo capítulo sobre la interpretación su autor deja constancia que el proceso interpretativo es aplicador al mismo tiempo tanto en el Orden jurídico Nacional como Internacional⁶⁸⁵. CRACOGNA agrega algo indicado comúnmente, KELSEN se opone al procedimiento interpretativo tradicional⁶⁸⁶. A diferencia de este autor, en nuestra opinión, KELSEN se opone desde dos perspectivas, de una formal donde señala que tradicionalmente al intérprete se le entregaban las herramientas intelectuales, los parámetros jurídicos, para efectuar la interpretación, desconfiando del intérprete en este proceso y estableciendo que debía llegar a una solución o resultado interpretativo.

En segundo lugar, KELSEN critica al sistema tradicional de interpretación por pretender llegar a un resultado interpretativo dado que no existiría el abanico de posibilidades o si existiera el intérprete debería obviarlos de antemano escogiendo una sola posibilidad de interpretación y no varias. Es decir, crítica las reglas de pre-concepción establecidas por el legislador mismo propias de los códigos del siglo XVIII y XIX el cual he ejemplificado en el Código Civil chileno de 1855 donde en su “Título Preliminar” contienen tal ordenación, en particular los artículos 19 al 24⁶⁸⁷. Sin embargo,

684 KELSEN, HANS, op. cit., 1942, KELSEN, Hans, op. cit., 1993.

685 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, p. 349 donde habla de un “procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación” debido a que el derecho transita desde una grada superior a una grada inferior. El texto es “Sobre la teoría de la interpretación”, CRACOGNA, Dante, op. cit., p. 67.

686 CRACOGNA, Dante, op. cit., p.69.

687 REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., 2007, artículo 19 al 24.

propone un régimen de interpretación contrario, en su deseo de expurgar al derecho de otras consideraciones, al uso de cualquier lógica⁶⁸⁸. Sin embargo, como apunta en este punto BULYGIN, el profesor KELSEN no descarto la lógica del Derecho pero la puso en duda. En la carta de 6 de marzo de 1959 escrita por KELSEN a KLUG le pregunta a éste último si los “principios lógicos encuentran aplicación en las normas jurídicas o en enunciados de la Ciencia del Derecho o en ambos.”⁶⁸⁹. Las normas jurídicas no pueden ser caracterizadas como verdaderas o falsas y debido a que las relaciones “lógicas de la contradicción y de la implicación han sido definidas tradicionalmente en términos de verdad, se sigue de ello que entre normas no existen relaciones lógicas”⁶⁹⁰. Las proposiciones normativas, sin embargo, son verdaderas o falsas de lo cual puede obtenerse que de lo que se diga de una norma jurídica, una proposición jurídica, puede ser verdadera o falsa; lo que se diga de una norma jurídica se somete a la lógica. La proposición, como indicamos, puede ser objeto de la lógica jurídica y la determinación de verdad o falsedad de lo que se expresa, así lo que digamos de la norma jurídica puede ser objeto de tales juicios. Entonces podemos pensar que la interpretación de una norma jurídica que crea una segunda norma jurídica, (norma jurídica internacional o nacional) no puede ser considerada verdadera o falsa, no puede ser objeto de la lógica. Es decir, la interpretación oficial no podría ser discutida lógicamente. Puede ser objeto de crítica extrajurídica pero no de crítica lógica o jurídica. Es un acto de voluntad. Por consiguiente válida o no. Otro tipo de interpretaciones, por ejemplo, las interpretaciones de corte no oficial (doctrinal), pueden ser objeto de crítica lógica, determinar si son verdaderas o falsas.

Es necesario reafirmar que KELSEN niega la aplicación de la lógica a las

688 VALLET DE GOYTISOLLO, Juan Berchmanns, Metodología de la Determinación del Derecho, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A., Madrid, 1994, p. 982. Es más se cita al profesor HERNANDEZ Gil quien indica que no existe un discurso lógico de parte de KELSEN sino propio de la abstracción y el formalismo. Hay que agregar que KELSEN basa sus normas en la validez, es por eso que otras consideraciones son tomadas como elementos de la discusión.

689 BULYGIN, Eugenio, Estudio Preliminar “Sobre el problema de la aplicabilidad de la lógica al Derecho” en KELSEN, Hans, KLUG, Ulrich, Normas jurídicas y análisis lógico, Centro de Estudios constitucionales de Madrid, 1988, p. 10.

690 BULYGIN, Eugenio, op. cit., p. 10.

normas jurídicas lo que nos lleva a preguntarnos si nos enfrentamos a la aplicación a las normas jurídicas de principios lógicos considerando que la interpretación de tales normas jurídicas desde las normas jurídicas generales a las específicas plantea cómo se ejecuta tal actividad, lógica o voluntariamente y si es por medio de la segunda entonces nos enfrentamos a un problema de interpretar a la norma jurídica por medio de otra norma jurídica. Ninguna de las normas jurídicas se considera como objeto de la lógica jurídica. Entonces ni soberanía ni sus derechos ni la Justicia y Equidad pueden ser objeto de análisis y críticas lógicas sino que deben ser objeto de críticas exclusivamente relacionadas a la logicidad de los enunciados normativos, lo que se dice acerca de la norma jurídica.

LINFANTE, agrega una discusión preliminar, si KELSEN es o no coherente, es decir, si el fin de la interpretación es adjudicar podemos contestar a la pregunta acerca de la norma. Si la norma, según KELSEN, es un acto de voluntad, y si interpretar es adjudicar sentido al significado de un acto de voluntad, entonces cómo determinar el sentido de un acto de voluntad a través de otro acto de voluntad. Se afirma, citando al autor TROPPER, que determinar “el significado de un significado” quedaría en el absurdo⁶⁹¹. Continúa LINFANTE, citando a WEYLAND, quien indica que para KELSEN la norma consiste en una “multiplicidad de posibles significados, establecidos por su creador” entre los cuales quien aplica debe escoger uno de entre los varios planteados pero dentro de la norma como límite. Tanto RUIZ MANERO como LINFANTE se unen a WEYLAND para oponerse a TROPPER⁶⁹². En nuestra opinión parece coherente lo indicado por WEYLAND. Además, son ámbitos o gradas diferentes, agregamos aquí, planos gnoseológicos diversos porque en KELSEN una cuestión es determinar el sentido y otra es aplicar las normas jurídicas superiores a fin

691 LINFANTE VIDAL, Isabel, op. cit., p. 63 donde cita al autor Tropper.

692 LINFANTE VIDAL, Isabel, op. cit., p. 64.

de obtener normas jurídicas inferiores coherentes aunque con un cierto grado de imprecisión en la superior respecto de la inferior. Lo que no significa que no exista un trabajo que analice el texto de la norma y no se ejecute un trabajo textual, por el contrario, deberá ejecutar la actividad de analizar el texto de la norma jurídica pero en dicha norma jurídica y no pudiendo escapar o salirse de la misma. Ello tanto respecto de las interpretaciones auténticas o no auténticas aunque esta última posee, qué duda cabe, mayor libertad para determinar el sentido y alcance por cuanto podría no aceptar una interpretación auténtica aunque la misma posee validez y la no auténtica no la posee.

El problema voluntad-texto, indeterminación no intencional

Las ambigüedades no intencionales, por el contrario, son propias de la textura de la norma, algo expresado ya en esta investigación, la norma jurídica se expresa en palabras y, “el sentido lingüístico de la norma no es unívoco”⁶⁹³. KELSEN expresa la dificultad de la interpretación estableciendo una contraposición entre la voluntad del legislador, posible de ser encontrada, quizás, dice él, en la historia fidedigna del establecimiento de la ley y el texto en donde la interpretación mira más bien al problema de la determinación de lo que la textura indica. El sentido de la ley y su claridad en el segundo caso o está determinado por el texto, claro o está determinado por el espíritu.

Todas las interpretaciones, producto de los dos tipos de indeterminaciones, por gradación o por textura, poseen el mismo valor jurídico aunque una de ellas se convierta en norma jurídica y, por consiguiente, en obligatoria. Por consiguiente, su aplicación no será siempre y por sobre manera, correcta⁶⁹⁴.

693 KELSEN, Hans, op cit., 1993, pp. 350.-351.

694 KELSEN, Hans, op cit., 1993, p. 352.

La imposibilidad de una interpretación única y correcta: La discrecionalidad

Agrega este autor que habrá siempre un mayor o menor espacio de “juego para la libre discrecionalidad”⁶⁹⁵. Todo acto jurídico, en particular un acto de aplicación, sólo está determinado en parte por el Derecho.

La indeterminación puede ser tanto en el hecho condicionante como su consecuencia. Es decir, en el acto de ingresar y cómo y respecto de quien ingresa o en el acto de determinar lo que es justo o equitativo o en el acto de determinación de la protección de un recurso genético por medio de patentes.

La indeterminación puede ser voluntaria, en el caso de la Convención sobre Diversidad Biológica y el Acuerdo de Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio. La determinación se producirá por la norma individual⁶⁹⁶ que determine el proceso, por ejemplo, un tratado internacional entre dos países que así lo exprese, un acto administrativo particular como un reglamento dentro del Orden jurídico nacional o, finalmente, una ley o una sentencia judicial. Puede ocurrir que indeterminación sea “no intencional”.

Es decir, de manera que es ejecutada por el legislador de manera formal y explícita. En el caso de un tratado internacional será la voluntad de los Estados, en un esquema de carácter voluntarista, la que decida establecer normas jurídicas indeterminadas. Debe distinguirse el carácter general y abstracto de las normas jurídicas en general a través de lo ya afirmado anteriormente.

Sin embargo, aquí hemos interpretado razonablemente la Convención sobre Diversidad Biológica en su artículo 15 aplicando los elementos más relevantes a fin de entender principalmente su texto pero sin olvidar su voluntad.

695 Kelsen, Hans, op cit., 1993, p. 350.

696 Kelsen, Hans, op cit., 1993, p. 350.

Las normas de interpretación de los tratados aplicadas a las Convenciones sobre Diversidad Biológica y al Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio

Como nos hemos referido anteriormente existen normas de interpretación de los tratados. La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados indica en su artículo 31 una serie de reglas que sirven de base para la interpretación sin perjuicio de la posibilidad de que existan diversas interpretaciones o que se determine el sentido o alcance de una norma jurídica o, por el contrario, se cree la norma jurídica misma⁶⁹⁷.

La Convención sobre Diversidad Biológica se debe interpretar de “buena fe” es decir, conforme al texto que sirve de base para entender términos y conceptos, en el sentido kelseniano. A su vez, la Convención sobre Diversidad Biológica regula jurídicamente la diversidad biológica es decir, los términos empleados son propios de una serie de ciencias, primero la Ciencia Biológica y luego la Ciencia Jurídica. Este es el primero objetivo de una interpretación de un tratado internacional *vis a vis* otro tratado internacional. Del mismo modo debe ser estudiado el Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual relativos al Comercio en que se aplican términos comerciales y jurídicos, donde, en caso que alguno de los objetos de la primera convención cayeran dentro de una transacción de carácter comercial en que hubiere que solicitar la protección o hacer valer la protección de los derechos de propiedad intelectual entonces, en principio, se analiza la regulación por una u otra convención.

A su vez, la Convención sobre Diversidad Biológica tiene por objeto regula jurídicamente la diversidad biológica. En este objeto de regulación existen una serie de normas que regulan dicho tema distinguiéndose las normas que regulan lo relativo a la conservación, al uso sustentable y a la utilización de tal diversidad biológica así como,

697 REPÚBLICA DE CHILE, Promulga la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y su anexo, suscrita por el Gobierno de Chile en Viena, el 23 de mayo de 1969, Decreto número 381, Santiago de Chile, publicación en el Diario Oficial de 22 de junio de 1981, artículo 31.

dentro de dicha diversidad biológica, el componente básico de la misma, los genes y su diversidad, pero considerando un aspecto fundamental de la misma, el gen desde una perspectiva de satisfacción de necesidades y, por tanto, dándole un carácter de recurso. Siendo este un recurso proveniente de la naturaleza entonces se le reconoce como recurso natural y de ahí que se le ha denominado Recurso Genético Natural. Pero, además, dentro de dichos recursos del orden genético y de carácter natural observamos que los mismos tienen carácter único en cuanto son los que provienen de animales, plantas y microorganismos que tienen no sólo su origen en la naturaleza sino que carecen de domesticación o explotación humana. A su vez, en la Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual donde se regulan las invenciones, tanto productos como procesos, en todos los campos de la tecnología, supuesto que dichos procesos o productos sean nuevos, envuelven una invención, y son capaces de ser aplicados industrialmente conforme al artículo 27 número uno del acuerdo indicado. Este es el caso en que se trate de derivados o derivados (Compuestos Derivados), es decir compuestos extraídos de Recursos Genéticos Naturaleza. Entonces la pregunta de si se trata una invención o un descubrimiento y si son o no regulados por las normas jurídicas de los derechos soberanos se hace presente inmediatamente.

En el número dos se establecen excepciones, Orden público, moralidad la vida o salud humana, animal o vegetal o perjuicio para el medio ambiente.

En el número tres se establecen excepciones como diagnósticos, métodos quirúrgicos o terapéuticos y procesos biológicos esenciales para la producción de plantas o animales que sean otros procesos no biológicos o microbiológicos.

En el número tres existe una contra excepción respecto de las variedades de plantas estableciendo o patentes o un sistema único (*sui generis*) o una combinación de ambos (patentes y *sui generis*).

La exclusión auxiliaría a que los productos o procesos descritos, relacionados con plantas, animales o microorganismos, no fueren protegidos por un sistema de propiedad industrial. Sin embargo, pareciera que no existe controversia o dicha controversia es artificial, es decir, si bien, en términos kelsenianos, los enunciados jurídicos indican que existiría una contraposición de normas unas derogando a otras aquello no pareciera ser el caso. La razón estriba en que, como hemos indicado primero, las normas jurídicas de la Convención sobre Diversidad Biológica se aplican a los Recursos Genéticos Naturales. Segundo, las mismas normas se aplican a sus Compuestos Derivados en razón de ser normas internacionales cuyo objeto son dichos recursos y los frutos de dichos recursos conforme a la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados. Tercero, el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica expresamente indica que los Recursos Genéticos Naturales se someten a los derechos de la Soberanía, por consiguiente, para que concluyan tales derechos el objeto sobre el que recaen los mismos (un objeto casi intangible) debe transferirse jurídicamente transfiriendo el derecho correspondiente. Cuarto, el carácter de dichos derechos los hace a lo menos imprescriptibles por tanto no pueden ser adquiridos los derechos por otro medio de la transferencia.

El “fin” aludido en el artículo 31 número uno de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, en definitiva es regular, en lo que al artículo 15 se refiere, el Acceso y la División equitativa de beneficios o su participación en los mismos de manera equitativa. Volviendo al sentido de la expresión “Acceso” es claro que es una expresión que, dentro del contexto del tratado, indica ingreso al territorio y al lugar donde se encontraría o se encuentra el respectivo Recurso Genético Natural. Este ingreso, legal y legítimo, dentro del contexto de un tratado internacional, sólo es permitido a un Estado respecto de otro Estado. Internamente cada Estado establece sus

reglas de Acceso. Si un particular (persona natural o jurídica) ingresa o accede lícitamente pero extrae ilícitamente o ingresa ilícitamente, o ejecutando la actividad lícitamente no ejecuta la División de beneficios o la ejecuta parcialmente o la ejecuta respecto de alguno de los compuestos o de otros no violando la Equidad y Justicia en dicha División o no cumple con los parámetros mínimos de Justicia y Equidad indicados más arriba. En cualquiera de los casos presentados se viola la noción de Acceso que, como KELSEN lo hubiere indicado, dado que se encuentra en una norma jurídica, es ley o tiene la fuerza de una ley entre los contratantes, en este caso, los Estados Partes de la Convención sobre Diversidad Biológica.

Sin embargo, en el procesos de División de beneficios se viola no sólo el procedimiento mismo sino el acto de División de beneficios si, por cualquier circunstancia no se cumple con el mismo o se inscribe violentando las normas jurídicas del artículo 15, particularmente los derechos derivados de la Soberanía. Es más, es posible afirmar aquí que cualquier contrato firmado a lo menos desde 1992 y sino desde 1976 (fecha de vigencia de los Pactos sobre Derechos civiles y Políticos y Económicos, Sociales y Culturales), tiene que ser revisado sino en cuanto a los derechos allí consagrados como, tras 1972, la legalidad en el sentido de juridicidad del Acceso y la legalidad en el sentido de juridicidad de la División de beneficios. Pero no nos desviemos del objeto de análisis.

Finalmente el contexto, que viene a dar un ámbito de determinación del lugar donde se encuentre o ubica la Convención sobre Diversidad Biológica. En este sentido debemos indicar que la diversidad biológica es uno de los aspectos que en 1992 se consideró, al menos formalmente, parte del desarrollo, el otro es el cambio climático y en general el tema del medio ambiente como base del progreso humano fue el contexto material y formal de esta convención.

Digo contexto formal porque jurídicamente hablando contamos con la Convención sobre el Cambio Climático (en pocas palabras, no cambiemos el clima de la Tierra porque acabaría con la vida o la haría muy difícil)⁶⁹⁸, la Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo⁶⁹⁹ (principalmente, en lo que nos corresponde en este proceso interpretativo, se analiza el problema de la Soberanía sobre los recursos naturales y se hacen algunas distinciones a las cuales nos hemos referido anteriormente)⁷⁰⁰ que es uno de los elementos que se han resaltado aquí. En este contexto corresponde indicar que el artículo 15 es el producto del avance del concepto de medio ambiente unido a desarrollo económico y protección ambiental, es decir, lograr que los recursos naturales auxilien al desarrollo de los pueblos, sean base de su economía, no provoquen daños en la explotación de los mismos pero no puedan terceros apropiarse o permitir la apropiación de los mismos sean originariamente o derivadamente es decir, como producto o fruto dado que los derechos derivados de la Soberanía, cuestión repetida en la declaración antes referida y la convención que estudiamos en su artículo 15 colocan a tales derechos *vis a vis* los derechos de cualquier otro de manera en un plano jurídicamente superior.

Debate actual

Esta interpretación, una de las diversas que se pueden presentar, no tiene sólo por objeto responder una de las preguntas de carácter teórico o conceptual, de acuerdo a lo planteado en la introducción, sino que siendo un problema conceptual se plantea este problema al interior de la Organización Mundial del Comercio donde Acuerdo de Derechos de Propiedad Intelectual relacionado al Comercio se ve limitado sólo a transacciones comerciales lícitas⁷⁰¹. En este sentido nos hallamos en buen camino en

698 REPÚBLICA DE CHILE, Promulga la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Decreto 123, 1995.

699 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, DECLARACIÓN SOBRE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO, Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, A/CONF.151/26 (Vol. I), Río de Janeiro, Brasil, 2002, principio 2.

700 Y a las cuales no nos referiremos aquí para evitar dedicarnos a otros aspectos de la temática del Medio Ambiente.

701 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Noticias, Glad, 2011, < http://www.wto.org/spanish/news_s/news11_s/trip_17nov11_s.htm>

cuanto la Organización Mundial del Comercio no acepta la posibilidad de la protección a través de sus tratados de actos ilícitos, conforme lo revelan documentos al efecto⁷⁰².

De otra parte no existen otros acuerdos entre las partes de éste sobre el mismo tema. Para los efectos de la interpretación de un tratado. El contexto comprenderá, además del texto como tampoco un instrumento que con motivo de la celebración del tratado siendo aceptado por las demás partes como un instrumento que se refiere al tratado. Tampoco se consideró todo acuerdo ulterior entre las partes respecto de la interpretación de todo el tratado, como un todo o en relación a alguna de sus partes. Existen los contratos internacionales o nacionales pero no son tratados. De ninguna manera existe entre Estados alguna práctica en la aplicación del tratado, algunos dictan leyes otros permiten los contratos, otros sólo aplican la Convención. Finalmente no existe otra manera que se corresponda a la aplicación de Derecho Internacional Público entre las partes de la Convención.

Es decir, sólo cabe interpretar conforme al número uno indicado.

Las normas de interpretación de las normas jurídicas nacionales

Según el mismo Wroblewski, citado, existen formas de interpretar algunas normas jurídicas, en el caso que él analiza las leyes y la Constitución Política de un Estado que son aplicables a todas las leyes y a la más fundamental de las mismas, la Constitución. Una cuestión previa es necesaria de clarificar, las normas jurídicas internacionales tienen o son hoy día, en muchos Estados, parte del Orden jurídico nacional como fundamento último del mismo, particularmente en lo que se refiere a los derechos humanos.

Es por lo anterior que un tratado internacional, una de las formas de norma

Donde se indica la imposibilidad de países menos adelantados de aplicar las normas jurídicas de la Organización Mundial del Comercio sobre propiedad intelectual.
702 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, op. cit.

jurídica internacional, se encuentra sino en una doble situación jurídica o inclusive triple situación jurídica. De una parte nos encontramos con una norma jurídica perteneciente al Orden jurídico internacional con un sistema de interpretación particular y una segunda situación jurídica al enfrentarnos a una norma jurídica que se encuentra en el Orden jurídico nacional sea en una situación igual, superior o inferior a la de la Constitución Política del Estado y, por tanto, con reglas de interpretación diferente, desde los sujetos a los que regula hasta la forma en que internamente regula el objeto y busca el fin de la norma.

Un ejemplo, a fin de entender esta segunda situación jurídica podemos observarlo en el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica si está sobre, al mismo nivel o bajo el orden de la Constitución Política del Estado.

Supongamos el primer caso, el artículo 15 (y los tratados internacionales) por sobre la Constitución Política del Estado. Es obvio plantearse el problema de la complementación de la Constitución sobre la base de la interpretación de la misma con una norma que reconoce derechos al Estado sobre sus recursos naturales (en este caso, de origen genéticos). Obviamente las normas sobre medio ambiente y propiedad se verían, *ipso iure*, por el sólo imperio de la ley, modificadas y se encontrarían directamente supeditadas a las normas del tratado internacional correspondiente, de manera de encontrarnos con una situación jurídica en que el Estado haría primar los derechos derivados de la Soberanía sobre los recursos naturales nombrados por sobre cualquier derecho que regule a los recursos naturales de carácter genético, particularmente los Recursos Genéticos Naturales. En esta situación jurídica el proceso interpretativo expresado por KELSEN de bajar desde un peldaño superior a uno inferior en el proceso de aplicación de la norma para cuyo acto se requiere de la interpretación haría que la norma inferior debería modificarse inmediatamente, dejar de poseer

vigencia si fuere el caso.

Una segunda situación jurídica, el tratado en un mismo nivel que la Constitución Política del Estado, artículo 15 de la Convención de Diversidad Biológica *vis a vis* un artículo de la Constitución Política del Estado, nos situaría en la necesidad de aplicar, conforme el mismo KELSEN lo señala, los principios de lógica a los enunciados verdaderos o falsos que se emitan sobre la relación jurídica entre ambas normas jurídicas en una misma situación jurídica y en un mismo nivel debiendo la misma aplicarse con prioridad por sobre la de la Constitución en razón de tener un periodo de vigencia posterior al de la Constitución Política del Estado de que se trate.

Finalmente, si nos encontráramos en una situación jurídica en que el tratado (el ya referido artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica) estuviere en una grada o escalón inferior al de la Constitución Política del Estado nos enfrentaríamos a la situación de determinar hasta qué punto la complementa o la modifica y cómo, es decir, de qué manera. En tal caso, los enunciados jurídicos provocarían una modificación que requeriría ser estudiada caso a caso por cuanto las normas jurídicas contenidas en la Constitución Política del Estado se encontrarían en un estadio superior a la de los tratados internacionales.

Sin embargo, dentro del Orden jurídico nacional, sin perjuicio de lo indicado, correspondería a dicha norma jurídica ser interpretada.

Es este el caso de las normas jurídicas no independientes explicado por KELSEN, en este caso, debemos aclarar que KELSEN no se ubica necesariamente en la el proceso y resultado de la interpretación, sino primeramente de la primacía a fin de que, determinada la relación por indicar la sanción al incumplimiento o inobservancia de la norma jurídica cómo es que están unidas dos normas jurídicas. Las normas jurídicas no independientes, de acuerdo a KELSEN, son las que se refieren a permitir

positivamente una determinada conducta⁷⁰³.

Del mismo modo existen normas jurídicas no independientes que constituyen una unidad, unidad que representa la concepción kelseniana de la unidad del derecho, en su expresión más amplia. Indica KELSEN, a propósito de las normas jurídicas contenidas en la Carta de la Organización de Naciones Unidas, artículos 2, 39 y 51, lo siguiente: “Los artículos mencionados constituyen una unidad”. Indica que el carácter de unidad viene de que los contenidos de todos los artículos podrían haber sido “expresados en una norma.”, por tanto puede llegar a modificar una norma jurídica contenida en un artículo debido a que debería contenerse de varios artículos que son una interpretación, es decir, enunciados jurídicos que se unen por la doctrina⁷⁰⁴.

Pues bien, este es el tipo de norma jurídica a la cual nos referimos, es decir, una norma jurídico producto de la unidad lógica de enunciados jurídicos que forman finalmente dicha norma de varios artículos en leyes, tratados internacionales, constituciones. Esa es la situación respecto de las normas jurídicas expuesta en relación a los artículos 8 letra “j”, 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica y 27 del Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio. Pero si existe la aplicación a nivel nacional la situación jurídica de las normas, en principio, no variaría. Si tales normas jurídicas se aplican a nivel nacional porque tanto la Convención sobre Diversidad Biológica como Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio se encuentran vigentes, no podríamos, en principio, hablar de una modificación a la norma jurídica afirmada y los objetivos de cada una. Lo que podría producirse son dos problemas, cambio de sujetos o Abuso del Derecho. Veamos cada uno.

703 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, pp. 67-68.

704 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, p. 68. Sin perjuicio de lo indicado sobre la interpretación en este caso la estructura del razonamiento, del pensar, modifica la forma en que debe razonarse y por consiguiente nos encontramos con discusiones sobre el puntos.

Cambio de sujetos

En el caso de interpretación de norma jurídicas a nivel nacional no cabe duda que aparece un problema fundamental es que las normas jurídicas internacionales a nivel nacional de una parte mantienen los sujetos (Estados) pero modifican a los mismos (Estado y personas naturales o jurídicas estatales y no estatales).

Abuso del Derecho

Breve referencia a la estructura y definición del Abuso del Derecho

ATIENZA y RUIZ MANERO definen el Abuso del Derecho sin perjuicio de lo dicho anteriormente, conforme a una fórmula lógica que por razones de conveniencia y uso reproduciremos de la manera más sencilla posible.

Se entiende que una determinada acción es abusiva al ser ejecutada por un sujeto si (y solo si):

1.- “Existe una regla regulativa que permite a un sujeto” ejecutar “x” en las circunstancias “y”. El sujeto es titular de un derecho subjetivo y tiene una serie (un haz, en palabras de los autores a quienes seguimos) de posibilidades para actuar.

2.- Como consecuencia de la ejecución de “x” (o la omisión de la ejecución) otro sujeto u otros sujetos sufren un daño. (Ese daño no se encuentra prohibido por una regla regulativa).

3.- El daño, sin embargo, es injustificado porque:

O se ejecutó “x” para causar daño por el sujeto y de manera discernible,

O se ejecutó “x” “sin ningún fin serio y legítimo discernible” por el sujeto.

De otra parte, el daño es “excesivo o anormal”.

4.- La ejecución de “x” queda fuera de la “regla regulativa que permite a un sujeto” ejecutar “x” apareciendo circunstancias como las indicadas en el punto 3,

(causar daño, ausencia de un fin serio y legítimo unido a la excesividad y anormalidad del daño”)⁷⁰⁵.

El caso en cuestión

Analicemos cada una de las circunstancias descritas en esta materia.

1.- “Existe una regla regulativa que permite a un sujeto” ejecutar “x” en las circunstancias “y”. El sujeto es titular de un derecho subjetivo y tiene una serie (un haz, en palabras de los autores a quienes seguimos) de posibilidades para actuar.

El Estado “A” tiene derecho soberano sobre recursos naturales estableciendo requisitos de ingreso para las personas a los Recursos Genéticos Naturales.

El Estado da permiso a una persona, conforme a su derecho soberano sobre recursos naturales para que acceda a un Recurso Genético Natural y lo retire e investigue.

2.- Como consecuencia de la ejecución de “x” (o la omisión de la ejecución) otro sujeto u otros sujetos sufren un daño. (Ese daño no se encuentra prohibido por una regla regulativa).

Un sujeto sin permiso obtiene el Recurso Genético Natural para llevarlo a su país e investigarlo y analizarlo pidiendo protección jurídica del resultado de la investigación.

La investigación termina y el sujeto procede a proteger jurídicamente (patentar) el objeto de la investigación sin permiso del Estado que ha dado permiso para ejecutar la actividad lícita.

3.- El daño, sin embargo, es injustificado porque:

O se ejecutó “x” para causar daño por el sujeto y de manera discernible,

O se ejecutó “x” “sin ningún fin serio y legítimo discernible” por el sujeto.

705 Basado en las explicaciones de ATIENZA, Manuel, RUIZ MANERO, Juan, op. cit., p. 57.

Violentó jurídica y materialmente el derecho soberano a establecer requisitos, de manera discernible, el sujeto de derecho encargado de ello, sea al extraer, sea al solicitar la protección jurídica.

Violenta jurídicamente el derecho soberano al solicitar la protección jurídica

De otra parte, el daño es “excesivo o anormal”.

El daño que se provoca no sólo es jurídico en sus inicios, extracción ilícita, sino en el devenir, al solicitar la protección jurídica, por tanto, podemos calificarlo de excesivo y anormal debido a que es doble y que se violenta derechos de un Estado. Además no sólo es jurídico patrimonial sino económico propiamente debido a que priva de una ganancia lícita al Estado que detenta la soberanía sobre el recurso. Finalmente, de manera ilícita transfiere un bien público a un bien privado y coloca al Estado que otorga la protección en una situación de otorgar un privilegio o derecho violando normas jurídicas internacionales amparando la ejecución de un ilícito, un engaño.

El daño es excesivo y anormal porque si bien no se violó el derecho soberano en su origen, en el devenir se incurren en todas las conductas indicadas en el número anterior.

4.- La ejecución de “x” queda fuera de la “regla regulativa que permite a un sujeto” ejecutar “x” apareciendo circunstancias como las indicadas en el punto 3, (causar daño, ausencia de un fin serio y legítimo unido a la excesividad y anormalidad del daño”).

Si bien la ejecución del Acceso, en una de las circunstancias, la segunda y el otorgamiento de protección jurídica al resultado en ambos casos son posibles debido a una regla regulativa (artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica o 27 de la Acuerdo sobre Derecho de Propiedad Intelectual para el Comercio) debido a las circunstancias reseñadas anteriormente dejan fuera de ejecución tal posibilidad.

En este caso es posible hablar de Abuso del Derecho en el momento en que se solicita la protección de la propiedad intelectual para un objeto de protección que no ha sido creado sino que ha sido descubierto o copiado.

Es el caso en que en Francia se solicite la protección para una secuencia genética que se ha extraída de un ser vivo que proviene de Chile o de España sin haberse considerado que dicha solicitud sólo puede ser solicitada con el permiso del país de origen de la secuencia, sea original o derivada como los compuestos indicados anteriormente. De no ser así el Estado que garantice la protección, Francia en el ejemplo, cometería un delito internacional al violar la Soberanía de otro Estado, en este caso Chile o España⁷⁰⁶.

Pues bien, la tesis sustentada en esta investigación y como parte de la opinión derivada de los textos de KELSEN y del actual desarrollo del Derecho Internacional Público y del Derecho comparado es que dicho acto tendría sanción internacional⁷⁰⁷ y nacional, internacional por la normas que la Comisión de Derecho internacional que se refieren a los actos ilícitos de los Estados donde cualquier acto ilícito se sanciona con las penas que allí se indican. Así en la normativa nacional existen normas jurídicas que sancionan actos ilícitos cuando se actúa contrariamente a norma jurídicas per, más aun, normas nacionales, porque la Convención sobre Diversidad Biológica se encuentra entre las convenciones que son parte del Orden jurídico francés y de una cantidad muy importante de países.

¿Qué ocurre con la posible derogación de una norma jurídica por otra, en este caso, de la aplicación de normas jurídicas del Acuerdo sobre Derechos Intelectuales relacionados al Comercio y la Convención sobre Diversidad Biológica?

706 Acerca del Abuso del Derecho, cfr. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, op. cit.,

707 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Comisión de Derecho internacional, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en Casanovas, Orio y Rodrigo, Angel, Casos y Textos de Derecho Internacional Público, Madrid, 6ª Edición, 2010, pp. 751 y ss.

Cómo lo hemos planteado ya, la derogación en KELSEN resulta de un interés primordial porque significa que una norma jurídica pierde validez. Aquello en el caso planteado no ocurre porque el objeto de regulación no es sino las normas jurídicas reguladoras de los Recursos Genéticos Naturales. Este objeto incluye los derechos derivados de la Soberanía de los Estados y a fin de poder ponerle fin a dichos derechos habría que terminar, entre otros, con sus titulares, los Estados. Además habría que plantearse que tales derechos tienen preeminencia sobre los derechos nacionales porque son derechos internacionalmente reconocidos a los sujetos de Derecho Internacional Público por antonomasia. Finalmente tales derechos poseen preeminencia y generan obligaciones internacionales que no pueden ser dejadas sin validez por normas posteriores debido a que se encuentran dentro de la esencia de cada Estado. Inclusive sin el reconocimiento del artículo 15 podrían ser ejercidas a nivel internacional por los Estados, es un hecho jurídico en el sentido kelseniano que la norma jurídica existente y válida de los derechos derivados de la Soberanía sobre los recursos naturales ha sido ejercida aun cuando no lo hay sido respecto de los derechos sobre los Recursos Genéticos Naturales.

Sin embargo, no se requiere elucubrar sobre el tema debido a que se aplica en este caso el concepto de objeto a regular, la interpretación entonces nos lleva a considerar en el Orden jurídico nacional que los objetos de regulación son diferentes, uno es el propio de las normas de Derecho público que viene a establecer los límites en que los derechos de la personalidad pueden actuar y que, algunos de ellos, se manifiestan a través de los derechos derivados de la propiedad intelectual (impropiedad porque todo derecho es de carácter intelectual) pero que se refiere a los que recaen en los productos del ingenio y del talento⁷⁰⁸.

708 Cfr. GUZMÁN BRITO, Alejandro, Las cosas incorpóreas en el Derecho civil chileno, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, 1995.

Un primer caso: Las Declaraciones sobre Medio Ambiente Humano de Estocolmo 1972 y sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992

Los textos jurídicos han distinguido que los recursos naturales de la noción de Medio Ambiente (concepto antropocéntrico) y se ubican bajo el concepto de “desarrollo”. Sin embargo, hay carencia de distinciones en “Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente humano”⁷⁰⁹ y la “Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo”⁷¹⁰ porque superponen no distinguiendo detalles importantes como:

1.- Recursos naturales y el medio ambiente son tópicos diferentes, por tanto, objetos normas jurídicas diferentes.

2.- Los recursos naturales y la contaminación transfronteriza son, del mismo modo, objeto de diferentes normas jurídicas.⁷¹¹

3.- El Orden jurídico de los recursos naturales mira a la explotación, utilización de los mismos para obtener un beneficio apropiable por el Estado donde dichos recursos se encuentran situados.

4.- Los recursos naturales no son apropiable: a) Ni por sujetos que no hayan solicitado los permisos al Estado soberano sobre los recursos, b) ni por un Estado que no haya pedido los permiso al Estado soberano sobre los recursos, c) ni por un Estado que conforme a su propia legislación pretenda que sus nacionales adquieran los recursos naturales (enriquecimiento sin causa o protección jurídica a un enriquecimiento

709 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente humano (Estocolmo, Suecia, 5-16 de junio de 1972), <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/66/pr/pr27.pdf>>

710 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, (Río de Janeiro 3 al 14 de junio de 1992), <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/13/pr/pr24.pdf>>.

711 Es el caso “Trial Smelter”, cfr. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, op. cit., 2006 y <<http://www.american.edu/ted/TRAIL.HTM>>. (2.05.2010).

ilícito)⁷¹².

Analizaré exegéticamente una serie de principios sistematizando dogmáticamente los mismos para luego proceder determinar su sentido y alcance de manera tópica (solución del problema real). Trabajaremos con los principios de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente humano números 21, 11, 5 y 2⁷¹³ y Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo números 2, 23, 25 y 27⁷¹⁴.

La Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente humano da una especie de definición, necesaria de ser complementada, acerca de Medio Ambiente, y así es posible afirmar que Medio Ambiente es: Los recursos naturales y las muestras representativas de los ecosistemas naturales para su preservación en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación así como los elementos humanos que permitan calidad de vida a los seres humanos.

Esta descriptiva definición integra elementos que naturalmente no se encuentran unificados permitiendo, sin embargo, entender al Medio Ambiente no sólo en su faz natural sino social donde centra su objeto en el Ser humano.

712 Dejando de lado el tema de la contaminación a otros Estados salvo que dichos recursos o su explotación contamine.

713 "Principio 2 Los recursos naturales de la tierra, incluidos, el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga"; "Principio 5 Los recursos no renovables de la Tierra deben emplearse de forma que se evite el peligro de su futuro agotamiento y se asegure que toda la humanidad comparta los beneficios de tal empleo"; "Principio 11 Las políticas ambientales de todos los Estados deberían estar encaminadas a aumentar el potencial de crecimiento actual o futuro de los países en desarrollo y no deberían coartar ese potencial ni obstaculizar el logro de mejores condiciones de vida para todos"; "Principio 21 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"; Principio 25 "Los Estados y las organizaciones internacionales deberían tomar las disposiciones pertinentes con miras de llegar a un acuerdo para hacer frente a las consecuencias económicas que pudieran resultar, en los planos nacional e internacional, de la aplicación de medidas ambientales"; ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, op.cit. pp. 150, 152.

714 "Principio 2 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 porque 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"; "Principio 23 Deben protegerse el medio ambiente y los recursos naturales de los pueblos sometidos a opresión, dominación y ocupación"; "Principio 25 La paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables."; "Principio 27 Los Estados y las personas deberán cooperar de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación de los principios consagrados en esta Declaración y en el ulterior desarrollo del derecho internacional en la esfera del desarrollo sostenible." Organización de Naciones Unidas, op. cit., pp.255-259.

Desarrollo histórico

En 1972 la “sociedad internacional”, organizada por la Organización de Naciones Unidas⁷¹⁵, efectuó una conferencia donde se fijaron los principios o normas fundamentales (en el sentido kelseniano del término) desde las cuales se han derivado una serie de otros principios y luego convertidas en normas jurídicas, contenidas en tratados y protocolos relacionados, en lo que nos ocupa, con el Medio Ambiente y los Recursos naturales: Las Declaraciones antes mencionadas y las normas jurídicas internacionales obligatorias atingentes. Lo anterior, llama la atención, se efectúa en el contexto del desarrollismo (después denominado desarrollo sustentable, crecimiento con Equidad o de otras formas) y del denominado Derecho internacional del desarrollo⁷¹⁶.

Carácter o naturaleza de las Declaraciones

Brevemente, estas Declaraciones son, *lege ferenda*, careciendo de obligatoriedad jurídica⁷¹⁷. Ellas, reiteramos, son la esencia de las normas que las han antecedido y de las que las han sucedido en la materia y determinar su carácter nos permite definir si vinculan (o no) a los tribunales de Justicia internacional que conociendo de un asunto apliquen los ya mencionados principios o no y la fundamentación de validez de dicha aplicación.

Análisis dogmático

El principio número 2 ordena la protección de los recursos naturales que pertenecen a la Tierra y los ecosistemas naturales que poseen importancia para el Ser humano. Se distingue tanto en recursos naturales renovables y no renovables (el

715 Sociedad internacional se conceptúa conforme a TRUYOL Y SIERRA, Antonio, op. cit., pp.17-21.

716 Derecho internacional del desarrollo es un nuevo concepto que nace en la década de 1960 y se consagra con posterioridad en la década de 1970, cfr. BECERRA RAMIREZ, Manuel, El Derecho internacional del desarrollo, nueva rama del Derecho Internacional Público, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie Año XIX, Número 57, Septiembre-Diciembre 1986, pp. 853-868.

717 Podría aducirse ser principios generales del derecho y por tanto aplicables por la Corte Internacional de Justicia.

principio número 5 implícitamente incluye esta distinción), pero queda claro la necesidad de conservarlos para evitar su destrucción y repartir sus beneficios entre toda la humanidad; cuestiones diferentes éstas, conservar y dividir beneficios, puestas de manifiesta en los principios en comento. La protección es posible distinguirla de la explotación, utilización o transferencia de los “bienes” concepto jurídico que en Derecho Internacional Público la denominación cambia a “recursos naturales”. A su vez, se debe entender que en el principio número 5 se pretende obtener la repartición de los “recursos naturales” en favor “de todos” en el mundo (“todos los Estados” y/o “todos los seres humanos” debido a la redacción del principio número 5 que se refiere a todos los seres humanos).

En este sentido debemos indicar que todos los principios tienen su origen en normas de Derecho Internacional Público plasmadas en otros principios⁷¹⁸.

Los beneficios provenientes de “recursos naturales” a explotar deberán repartirse entre todos o al menos entre varios. Así podemos indicar que deberán repartirse “entre todos” (los Estados) los recursos naturales en el caso de aquellos que se encuentren en el Alta Mar, las profundidades abisales, en el Ártico mas no en la Antártica por su especial regulación jurídica⁷¹⁹, (podríamos agregar la hipótesis de los recursos situados en cuerpos celestes) o los recursos naturales a repartirse “entre algunos” (Estados) como aquellos que se comparten por delimitar espacios territoriales (piénsese en río, pescaderías, lagos, lagunas, canales navegables), aquellos que nacen en un país y desembocan en otros (ríos), aquellos cuya existencia se genera y desarrolla en varios países (árboles, flores, frutos) y aquellos que pudiendo haberse explotado por un país o dando autorización a la explotación del mismo, sin embargo, pertenecen a varios países

718 Cfr. ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, titulada "Soberanía permanente sobre los recursos naturales", aprobada por la Asamblea General en su resolución 1803 (XVII) 14 de diciembre de 1962 <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/c_natres_sp.htm>.

719 Tratado Antártico 1959, Artículo IV, <http://www.chilecollector.com/archwebhist5/archwebantartida/antratado_01.html> y Bou Franch, Valentín, Régimen jurídico de Antártida, sus relaciones con las zonas marítimas del Océano Austral, Departamento de Derecho internacional Facultad de Derecho, universidad de Valencia, 1990.

de manera endémica⁷²⁰. Pero resultante fundamental recalcar y reafirmar que la extracción de recursos naturales lleva a los mismos a ser comercializados generándose un beneficio para el Estado cuando dichos recursos le pertenecen debido al ejercicio de la Soberanía.

Puesto en evidencia la distinción entre explotar y conservar los recursos naturales, (los ecosistemas, en su caso) y sus beneficios (para ser explotados) por los principios números uno y cinco corresponde ubicar aquello en el contexto jurídico, determinar la regulación jurídica que se encarga de determinar la manera o forma en que se conservará y explotarán éstos. En este supuesto, el de la explotación, se aplica el principio número 21 y, dentro de la Carta de las Naciones Unidas, el artículo cincuenta y cinco sobre el derecho al desarrollo. Tales recursos se someten a los principios del Derecho Internacional Público como a una serie de normas que declaran que los Estados donde los recursos naturales se encuentren (en el territorio) deben ser regulados por tales Estados dentro de los límites territoriales del mismo y evitar que puedan ser adquiridos, dentro de los límites territoriales, de manera ilegal.

Sin embargo, tal explotación debe cumplir con dos requisitos, el que se cumplan las obligaciones ambientales existentes y, a la vez, que estas mismas eviten dañar a otros Estados. Si aplicáramos estas premisas a la extracción del recurso genético de una planta (la “mora”) debemos reconocer que el antecedente de esta norma sólo es aplicable al recurso genético obtenido de la “mora” sin aplicar lo referente a la contaminación por carecer de relación con el “supuesto de hecho”.

El principio número 2 de “Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo” agrega que dicha explotación debe considerar las políticas ambientales y de desarrollo (*cursiva nuestra*) poniendo acento en el Ser humano para que el desarrollo se centre en el mismo. Asimismo, no sólo se habla de “obligación” sino de

720 Por no conocer los recursos naturales genéticos de límites territoriales.

“responsabilidad”, término de mayor amplitud en lo que se refiere a actividades que dicen relación con la contaminación y que directamente llevan a considerar el restaurar áreas donde se afecte por la extracción de recursos al Medio Ambiente debido a la contaminación. “Responsabilidad” implica la reparación no así el incumplimiento de obligaciones porque se debe determinar la existencia de responsabilidad, es decir, se habría producido un cambio de objeto jurídico y además se habría obviado un paso lógico lo que permitiría prescindir de la prueba del incumplimiento de la obligación objetivando la obligación. Debo agregar que el término responsabilidad es, hoy día un término amplio desarrollado sea como consecuencia del incumplimiento de obligaciones internacionales o como concepto independiente de tales obligaciones.

Esta clase de responsabilidad internacional ha sido desarrollada recientemente por la Comisión de Derecho Internacional y es aplicable a las normas de responsabilidad inter-estatal, *vbgr.*, al obtenerse de manera ilegítima recursos naturales de un país a otro país o sus nacionales⁷²¹.

A su vez se vuelve a diferenciar entre Medio Ambiente y recursos naturales en el principio 23 incluso de los pueblos sometidos a dominación y en el 25 se desarrolla un breve y muy interesante concepto de Desarrollo Sostenible, en mi opinión, ya que allí se incorporan tres elementos de gran importancia, la paz, el desarrollo (en su sentido económico pudiendo significar sólo crecimiento pero sin Equidad) y la protección del Medio Ambiente.

Finalmente hay una expresa referencia tanto a los Estados como a las personas en el último de los principios referidos, el principio número 27 donde aparece de manifiesto que en materia de Medio Ambiente tanto el sujeto de Derecho Internacional Público por antonomasia, el Estado así como el Ser humano deben actuar de buena fe, es decir, considerando que actúan conforme a las normas jurídicas que regulan cualquier

721 Cfr. CRAWFORD, James, *The International Law Commission's Articles on State responsibility*, Cambridge University Press Editor, 2002.

instituto jurídico relacionado al asunto (buena fe de carácter subjetiva) y la conducta de los sujetos conforme a las normas jurídicas (buena fe de carácter objetivo) así como actuando solidariamente (la declaración habla de “espíritu” debiendo inundar e integrar cada norma internacional) cuando se trata de aplicar los principios consagrados a nivel internacional y nacional haciendo directa alusión a una regulación jurídica del desarrollo sostenible (“en el ulterior desarrollo del Derecho Internacional Público en la esfera del desarrollo sostenible”).

Solución al problema de los vacíos

Las relaciones dogmáticas y exegéticas nos llevan a una conclusión, es necesario considerar en el plano de la explotación de los recursos naturales no sólo como centro al Ser humano sino a la regulación jurídica que se encargue de ordenar el instituto de la explotación.

Ésta no puede olvidar que debe actuar bajo el prisma del Desarrollo Sostenible quizás en un sentido teleológico puro donde se argumente en la redacción dogmática a favor de alcanzar tal desarrollo. Esta interpretación es consecuente con las declaraciones estudiadas y con todo el movimiento histórico jurídico desarrollado a nivel de la Organización de Naciones Unidas de un Desarrollo Sostenible y que las regulaciones jurídicas internacionales propendan a ese fin con particular atención a los derechos económicos, sociales y culturales de las personas a quienes los recursos naturales habrán de auxiliar en su mejoramiento de la calidad de vida.

Solución a los problemas prácticos de ausencia de distinción en la materia

Se planteó en este texto en cuatro números que los Recursos naturales y el Medio Ambiente y la contaminación trans-fronteriza son, del mismo modo, objeto de

diferentes normas jurídicas. Así también, que el Orden jurídico de los recursos naturales tiene como objeto la explotación de los mismos para obtener un beneficio apropiable por el Estado donde dichos recursos se encuentran situados y que los recursos naturales no son apropiables: a) Ni por sujetos que no hayan solicitado los permisos al Estado soberano sobre los recursos, b) ni por un Estado que no haya pedido los permiso al Estado soberano sobre los recursos, c) ni por un Estado que conforme a su propia legislación pretenda que sus nacionales adquieran los recursos naturales (enriquecimiento sin causa o protección jurídica a un enriquecimiento ilícito).

En efecto, sobre la base de los principios comentados en estas líneas de manera exegética y dogmática es posible solucionar un problema práctico (si algún problema no lo es) y es el relativo a la sustentación normativa de la distinción entre Medio Ambiente, Contaminación y Recursos Naturales. Cada uno de los conceptos es regulado por normas diferentes que pueden lograr que ninguno afecte al otro pero que tienen formulaciones u objetivos diferentes.

Otro importante efecto práctico es el delimitar la necesidad de distinguir entre conservación, uso sustentable y utilización (explotación, comercialización, transferencia) de los recursos naturales que tienen objetos diferentes y cuyo sustento jurídico y teleología es del mismo modo diferente. Las dos últimas miran más hacia el Desarrollo Sustentable y el crecimiento con Equidad en el ámbito del derecho al desarrollo que se manifiesta en normas jurídicas relativas a la Soberanía sobre los recursos naturales.

Finalmente permite solucionar un problema práctico relacionado con la interpretación de normas jurídicas, crítica que se ha hecha al positivismo jurídico exegético, en cuanto el mismo carecería de solución tanto a la interpretación de las normas jurídicas cuando las mismas se encuentran en diferentes textos jurídicos cuya

validez no se encuentra sancionada por la fuerza como cuando además contiene palabras a interpretar y peor aun cuando en una misma norma existen diferentes disposiciones unidas por el lugar en el texto.

La respuesta dada de manera muy sencilla en este texto es que una interpretación concordante, sistemática donde la correspondencia y armonía de las normas de ambos cuerpos jurídicos es ilustrada por su contexto dado que el sentido del texto no es claro y por ende se debe recurrir a la intención de los principios mismos manifestados en ellos. Con lo anterior se obvian las criticas indicadas dado que es posible encontrar una interpretación que explique y fundamente las distinciones necesarias para entender ámbitos jurídicos diferentes y objetos de regulación jurídica diferentes relacionados a diferentes áreas del saber. Esta solución se plantea al respecto del artículo número tres⁷²² de la Convención sobre Diversidad Biológica que comete todas y cada uno de los errores clarificados en estas breves líneas.

El Protocolo de Nagoya o la interpretación de la interpretación

KELSEN, con su natural claridad señala que la única interpretación válida es la del propio legislador. Este caso es el que abordaremos aquí pero con la siguiente prevención, en nuestra opinión, afirmación que probaremos, se ha incumplido con el artículo 15 en el referido Protocolo.

Antes de iniciar cualquier análisis debemos indicar que el “Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre Diversidad Biológica”⁷²³ es hoy en día sólo *lege ferenda* y tiene el valor de enunciado jurídico por cuanto no ha

722 "Artículo 3. 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." ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, Convención sobre Diversidad Biológica, p.5, <<http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>>.

723 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica, Secretaría del Convenio sobre Diversidad Biológica, Montreal 2011.

empezado a regir a nivel internacional.

Podría ser considerado parte de los Principios del Derecho internacional o costumbre internacional, como los hemos expresado en otra parte, al igual que las reglas sobre responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, pero no son normas jurídicas vigentes como tratados internacionales.

Es un texto que contiene una serie de enunciados jurídicos similares, por el momento, al de las “Directrices de Bonn sobre acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa de Beneficios Provenientes de su Utilización⁷²⁴” que hacen creer que soluciones “voluntarias” (no basadas en la voluntad de los Estados) cuyo valor jurídico es nulo salvo que se arguya el carácter de Principio del Derecho Internacional o de costumbre internacional cuestión relativa al caso concreto que se trate y a la sentencia del tribunal que la dicta, son más aconsejables por encontrarse en el ámbito de las políticas públicas que de los derechos y las obligaciones propias del Derecho generando frustración en quienes desarrollan tales Directrices o quienes alegan su obligatoriedad y ven, con desazón, que no son respetadas.

Naturaleza jurídica del Protocolo

Hemos dejado claro que el Protocolo es un conjunto de enunciados jurídicos, es decir, *lege ferenda*, que podría ser *lege data* en la forma de norma jurídica internacional expresada en principios del Derecho Internacional Público o de Costumbre Jurídica Internacional Pública, si así lo estima necesaria la doctrina y la jurisprudencia en alguna sentencia de un tribunal internacional pero no es una norma jurídica internacional hasta que no reúna el número de ratificaciones para ser una norma jurídica internacional. Es necesario indicar que una vez que reúna el número de ratificaciones para que entre en

724 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, Directrices de Bonn sobre acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa de Beneficios Provenientes de su Utilización, Secretaría de la Convención sobre Diversidad Biológica, Montreal, 2002. Las Directrices tienen por objeto identificar “los pasos en el proceso de acceso y participación en los beneficios, haciendo hincapié en la obligación de los usuarios de buscar el consentimiento previo de los proveedores”. ZEDÁN, Hamdallah, Introducción, en ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, op. cit., 2002. p. IV.

vigor el Protocolo tendrá la misma calidad que un tratado internacional.

Preguntas formuladas respecto del Protocolo

Antes de cualquier análisis y partiendo del supuesto de ser el Protocolo una interpretación “auténtica” de la Convención sobre Diversidad Biológica es necesario al menos plantear aunque no necesariamente responder alguna de las interrogantes que genera este Protocolo. Así:

1.- ¿Cuál es la razón de colocar dentro del Protocolo al Conocimiento Tradicional cuando lo relevante son los Recursos Genéticos?

2.- ¿No es el tema del Conocimiento Tradicional, en la Convención sobre Diversidad Biológica, un asunto a ser aplicado a nivel nacional y sólo en lo relativo a la División de beneficios derivados de tales conocimientos y no en el Acceso a los mismos?

3.- ¿Incluir al Conocimiento Tradicional en materia de Acceso al mismo no implica una interpretación extensiva que contraviene el espíritu y la letra de la Convención sobre Diversidad Biológica violando la buena fe⁷²⁵ y la letra del tratado así como al contexto de la Convención (regulación de la diversidad biológica, principalmente) y mirando al objeto que se encuentra en el artículo 1 de la Convención, donde no se hace referencia al conocimiento tradicional y dejando el fin mismo del Protocolo expresado en su título. Es decir, al menos podemos interpretar una violación del mismo Legislador o Poder Constituyente, del auténtico intérprete, de las

725 República de Chile, op. cit., 1981, artículo 26, artículo 31, en particular cuando dice “de buena fe” y “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

obligaciones contenidas en la Convención. Lo anterior es grave porque puede llevar y lleva a una modificación del sentido y alcance de las obligaciones contenidas en la Convención alterando las mismas.

4.- ¿Cuál es la fuerza jurídica u obligatoriedad, vigencia y diferencia con el artículo 15 de la Convención? Si bien el Protocolo hace referencia al artículo mencionado en la pregunta el problema que se suscita es determinar la relación entre uno y otra normas jurídica internacional porque si la Convención sobre Diversidad Biológica es una norma jurídica internacional que genera derechos y obligaciones, entonces los mismos deben tener un orden de precedencia, cualquiera sea la declaración que se haga en el Protocolo desde un punto de vista jurídico la validez de ambas normas jurídicas a lo menos es una cuestión a ser analizada.

5.- ¿Hay en la Convención algún artículo que permita, como norma jurídica obligatoria, un Protocolo de este tipo? De no existir tal artículo que contenga dicha norma jurídica la situación jurídica del Protocolo es única, no hay una norma jurídica que faculte su dictación entonces es independiente de la Convención y el efecto, en mi opinión, es el de no encontrarse obligado, en principio, a regular el objeto jurídico, conforme a las normas jurídicas de la Convención sino que tiene plena libertad en donde no se enfrentará un problema de vigencia por derivación (KELSEN habla de normas jurídicas superiores que ordenan la regulación de las inferiores) sino que podría enfrentarse discordancias entre normas jurídicas de igual vigencia e idéntico nivel jurídico en la pirámide kelseniana⁷²⁶. En realidad el artículo 23 sobre las funciones de la Conferencia de las Partes en su letra “c” y el artículo 28 indican u otorgan a dicho

726 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, p.349 ss.

órgano creado por la Convención la facultad de aprobar tal Protocolo⁷²⁷. Entonces no es posible negar la calidad de un texto dependiente, es decir, un texto jurídico, una norma, que posee vida propia pero, como acto jurídico, dice relación con otro acto jurídico principal, la Convención. No cabe duda, sin embargo, que se generan preguntas acerca de la relación jurídica entre la Convención y el Protocolo, el segundo podría derogar parte del primero, por ejemplo.

6.- ¿Qué ocurre con los sujetos “Estado proveedor” y “Estado Usuario” en relación a los derechos soberanos de los Estados y la División equitativa de los beneficios obtenidos de los recursos genéticos?

En este caso la contraposición entre Soberanía estatal y posible violación de la misma así como ausencia de participación equitativa de los beneficios por el Estado que posee dicha Soberanía resultan problemas a tener que solucionar. Por ejemplo, es necesario y fundamental preguntarse acerca de los derechos soberanos y su probable violación, cuestión no resuelta plenamente en la Convención.

7.- ¿Además de los Estados los sujetos de Derecho Internacional Público reconocidos en este Protocolo son las personas naturales y jurídicas?

Si ingresan como sujetos de Derecho deben ser jurídicamente definidos a fin de evitar discordancias jurídicas con los derechos de otros sujetos como los de Derecho Internacional Público. Si no se incluye a otros sujetos de Derecho nos enfrentamos al problema de determinar su regulación, en este punto, sólo propia del Derecho público.

8.- ¿Cómo se enfrenta la relación entre Convención y Protocolo cuando el segundo contiene normas jurídicas contrarias al primero como el artículo 6 número

727 REPUBLICA DE CHILE, op. cit., 1994, artículo 23 y artículo 28.

uno⁷²⁸?

9.- ¿Qué sucede con los beneficios para los sujetos de Derecho privado como en el caso del artículo 6⁷²⁹?

10.- ¿Por qué no se definieron conceptos como Equidad y Justicia o seguiremos la opción de que la misma se desarrolla conforme al juego de la oferta y la demanda o de los poderes económicos o las oportunidades involucradas cuando aceptamos, a la vez, en el Protocolo, que la regulación de estas materias será por medio del Derecho público y del Derecho Internacional Público?

En definitiva, preguntas carentes de respuesta y que se enfrentaban en el texto de la Convención tampoco tienen una respuesta en el Protocolo, como se deducía de ocho años de negociaciones y con un texto como las citadas Directrices. Las anteriores son algunas de las preguntas no resueltas por el Protocolo y ha creado otros más complejos.

Análisis del Protocolo en materia de Acceso y División Equitativa de Beneficios

El objetivo que se establece en el artículo es un conjunto y no uno sólo. Supuestamente y de acuerdo al título del Protocolo, sólo debería regular Acceso y División Equitativa de Beneficios cuando y sólo cuando se derivaren de la utilización de los mismos. En el caso del Protocolo encontramos los siguientes objetivos:

1. Participación justa y equitativa de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos “incluso” por medio del Acceso apropiado a los recursos genéticos.

728 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, op. cit., 2011, p.6.

729 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, op. cit., 2011., pp. 6-7, artículo 6.

2. La Participación justa y equitativa de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos y por medio de la transferencia apropiada de tecnologías pertinentes.
3. Se debe considerar todos los derechos que se tienen respecto de tales recursos y tecnologías así como la financiación apropiada.
4. Contribuir “por ende” a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes.

Respecto del número uno no indica que se regula la participación, sólo se indica que el objetivo es tal participación, como si la misma, se alcance de forma justa y equitativa sólo por medio de “arte de magia” o la mera aplicación del Protocolo sin considerar la posible diversidad de interpretaciones internacionales y nacionales, como se observan en esta investigación en relación a un solo artículo. Lo que llama mayormente la atención es que pese a la violación de la Soberanía de un país podría aceptarse la División de los beneficios de manera justa y equitativa, de acuerdo a la redacción del artículo 1. No podemos científica y jurídicamente estar indiferentes. Supongamos que un investigador ruso llega a Doñana, Parque nacional de España en la zona de Andalucía, logra aislar a un insecto que tiene la capacidad de regenerar la piel tras una herida y lo lleva a su país, sin permiso para ingresar y sin permiso de salida. Lo descrito es una extracción ilegal de recursos biológicos a fin de estudiar los recursos genéticos sin considerar los derechos soberanos de los Estados sobre los Recursos Naturales, habrían tres problemas a dilucidar, primero, la interpretación del artículo 15 inciso primero de este Protocolo⁷³⁰, al menos en el artículo 1 del mismo⁷³¹, segundo, el alcance de la violación de los derechos indicados, tercero, si es que el Estado español

730 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, op. cit., 2011, p. 12 artículo 15.1.

731 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, op. cit., 2011, p. 4, artículo 1.

puede aceptar tal violación de sus derechos y luego tener que verse compelido a llegar a un acuerdo con el transgresor para que le corresponda algo, mucho o todo, en la participación de beneficios.

La razón de ser de dicho reparto es un acto ilícito y como tal debe sancionarse a la persona y al Estado que lo ampare, pero en caso que no se sancione, nada se dice. Parece, perdón por lo duro de la analogía, a lo que ocurrió en materia de Derechos humanos en los primeros noventa años del siglo XX, total impunidad contra crímenes de guerra hasta que se establecieron tribunales que empezaron a procesar los actos criminales, del mismo modo se protegen a criminales cuando no se les sanciona y se permite en un Protocolo lo que no se permite en la Convención como objetivo.

Pero respecto del segundo objetivo y de los demás no aparece claro si hablamos de una norma imperativa o permisiva, es decir, si se imponen obligaciones a los Estados Partes de alcanzar los objetivos o si se les otorga la facultad de decidir la forma y el momento en que se alcancen si es que se alcanzan.

Es paradójico que algunas de las obligaciones que más se criticaban en la Convención, obligaciones de medio y de resultado, aparecen, debido a la redacción del artículo 1, en el texto del Protocolo cuando se usa la palabra “apropiada” que deja una clara determinación al intérprete del grado de cumplimiento de tal obligación pudiendo aducirse, no porque así lo permita la norma jurídica, sino el intérprete, que en su opinión el cumplimiento alcanzado de las obligaciones del Protocolo son “apropiadas”.

No se entiende por qué no se prefirió la forma de redactar del artículo 1 de la Convención que establece de manera directa, casi violenta los objetivos de la Convención sin dejar a la determinación de las partes el grado de cumplimiento ⁷³² considerando que con lo anterior se abre la puerta a una indefinida “aplicación” porque siempre habrá que ejecutar algún acto de este tipo relacionado con el Acceso o la

732 REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., 1994, artículo 1. Donde se emplea el verbo ser para referirse a los objetivos.

División de beneficios admitiendo que quienes sean los que redactaron el Protocolo sigan en reuniones que les permitan desarrollar actividades relacionadas a la “implementación” del Protocolo.

Además, aparece como conclusión entre los primeros tres objetivos el de la contribución a la conservación y utilización cuando aquello podría no ser así, muy bien podría ocurrir que los beneficios generados no fueren suficiente para tal conclusión.

Lo que es aun más grave, modifica el sentido y alcance del artículo 1 y 15 de la Convención⁷³³, si lo que se pretendía era lograr que dicho artículo fuere interpretado supondría que el objetivo es la aplicación y ejecución de tal artículo, que podrían incluso ser contrarios entre sí y no la inclusión de manera bien redactada pero carente de sentido de una serie de objetivos, no uno como se lee del título del artículo.

Con lo anteriormente dicho, la ausencia de aplicación de todos y cada uno de los derechos y obligaciones del artículo 15 de la Convención o al menos los más relevantes la referencia al mismo en el Preámbulo del Protocolo es innecesaria y, lo más relevante, se incumple con la Convención o, al menos, en el Protocolo se entregan nuevas obligaciones o derechos que no se relacionan con el artículo 15 de la Convención.

Términos utilizados

En el artículo 2⁷³⁴ se definen varios términos donde Equidad y Justicia no se encuentran incluidos, Acceso tampoco pero es posible encontrar utilización, biotecnología y derivados.

Es posible afirmar, entonces que la solución de carácter contractual es la que ha primado en el Protocolo regulando elementos tradicionales de los contratos sobre transferencia de Recursos Genéticos Naturales y no definiendo otros elementos sino

733 REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., 1994, artículo 1 y 15.

734 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, op. cit., 2011, p. 4, artículo 4.

dejándolos o a la determinación de los Estados pero sujetos a una serie de limitaciones (Artículo 5 número 3⁷³⁵) o a la negociación con las personas naturales o jurídicas en la definición de lo que es justo y equitativo en la participación de los beneficios provenientes de la utilización de los recursos analizados.

Lo que es más grave aún, “utilización de recursos genéticos” no incluye comercialización de los mismos con lo cual no se incluye de forma alguna los beneficios monetarios que podrían obtenerse y menos aun los beneficios provenientes de los derechos de propiedad intelectual cuestión difícil de ignorar dado que los ejemplo de contratos donde se deja constancia y se resuelven los problemas planteados son diversos, como se ha planteado en esta tesis en el capítulo correspondiente. Sólo se hace referencia a la investigación y desarrollo de los componentes genéticos o bioquímicos de los recursos, en caso alguno a la comercialización de dichos componentes.

Los “derivados”, a su vez, que generalmente son los que producen finalmente los productos o procesos biotecnológicos no son considerados. Es necesario indicar que se define “derivado” pero no hay referencia a su regulación posteriormente.

Finalmente “biotecnología” posee una definición y con ello determina el rumbo de los Recursos Genéticos Naturales, es decir, se relacionan directamente con aquellos pero no hay una relación con Acceso o División Equitativa de Beneficios sino con la utilización en relación a tal aplicación tecnológica (biotecnología) con lo cual, desde un punto de vista jurídico, no hay una solución al problema de los derechos soberanos cuando los Recursos Genéticos Naturales puedan ser transformados en derivados y luego usados como base de medicamentos, protegiendo tales derechos.

El ámbito de regulación jurídica

Este tema hace referencia a los beneficios aunque los mismos han excluido los

735 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, op. cit., 2011, pp. 6.7, artículo 6.

de carácter monetarios porque la definición de utilización no incluye sino los derivados de investigación y desarrollo. Como hemos explicado los beneficios monetarios son tremendamente relevantes porque pueden auxiliar a la conservación (uno de los objetivos del Protocolo) e inclusive a mejorar la condición de vida de las personas que se han relacionado con los Recursos Genéticos Naturales, por ejemplo, cuidándolos. Al autoexcluirse los beneficios monetarios de la protección y regulación jurídica en el Protocolo se plantea una contradicción jurídica, la exclusión de la regulación de uno de los objetos del Protocolo como tal (artículos 1 en relación a 2 letra “c” y 3⁷³⁶).

Ciertamente que se desarrollen dos ámbitos de regulación considerando que el título del Protocolo se refiere a los recursos genéticos provoca dudas acerca del objeto a regular y los supuestos de hecho descritos por la norma jurídica. Lo anterior podría provocar algún tipo de contradicción normativa por supuestos de hechos que se regulen de manera contraria entre normas jurídicas cuyo ámbito sean los recursos genéticos y normas jurídicas cuyo ámbito sea el conocimiento tradicional.

Acceso a los Recursos Genéticos Naturales y la División o participación justa y equitativa en los beneficios que generen tales recursos

Lamentablemente hasta aquí se ha observado que nuestros enunciados no son favorables al Protocolo, lamentablemente genera aun problemas jurídicos más complejos que la Convención.

Hace que cuestiones que se habían interpretado conforme a reglas básicas de interpretación de tratados internacionales aplicadas al artículo 15 de la Convención⁷³⁷ han llevado a determinadas conclusiones asentadas y aplicadas a nivel nacional cuando con una orientación privatista y restrictiva de las condiciones de Acceso en clara

736 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, op. cit., 2011, pp. 4, 6-7 artículos 1,2 letra c y artículo 5
737 REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., 1993, artículo 15.

violación de los derechos derivados de la Soberanía de los recursos naturales se generan una serie de consecuencias jurídicas y extrajurídicas para los Estados partes de este Protocolo, cuando empiece a regir tras las ratificaciones correspondientes.

En definitiva, establece el libre Acceso y la imposibilidad de proteger tales recursos colocando el Acceso ilegal casi fuera de la sancionabilidad y el mismo efecto se provoca respecto de la extracción ilícita de los recursos sin regular el Abuso del Derecho al pedir se protejan los derechos soberanos de los Estados cuando se confiere una patente (con o sin certificados de origen) todo muy permisivo, francamente llegando casi a la negación de la regulación.

Es lo mismo que siendo dueño de un terreno donde se sitúe mi casa se establezca una ley que permita el ingreso a la misma sin poder impedirlo yo, incluyendo el uso de cualquiera de las dependencias de mi casa y, finalmente, que se retire cualquier cosa que en ella se encuentre, sin que constituya delito. Lo mismo es aplicable a mi automóvil, con la agravante que podría ser usado como se quisiera.

Acceso a los recursos genéticos

El artículo 6 del Protocolo regula este Acceso. Reconoce en el artículo 6 inciso uno los derechos soberanos sobre los recursos naturales. Señala que el Acceso habrá de ejecutarse en conformidad a la legislación o requisitos reglamentarios nacionales sobre “acceso y participación en los beneficios”.

Hasta esta parte podría estar de acuerdo cualquier intérprete, sólo que desde allí en adelante se insiste en que debe regularse el “Consentimiento Previo Informado” previo de quien aporta dichos recursos. Se entiende en la versión castellana que se refiere a un Estado porque se habla de “Parte” con mayúscula. De ser así no habría problemas pero se dice que es “que es el país de origen de dichos recursos” o “una Parte

que haya adquirido los recursos genéticos conforme al Convenio”⁷³⁸.

La pregunta obvia es qué ocurre con los que no son Partes del Convenio, personas naturales o jurídicas privadas. Se suponía, al menos así se ha indicado de manera extraoficial, que este Protocolo regularía casos como los planteados porque los otros (*inter* e *intra* Estados) se encuentran regulados por el artículo 15 de la Convención. También habría de regular otros aspectos relevantes como la Soberanía en caso que se hubieren adquirido tales recursos antes de la Convención. Se ha gastado tiempo, esfuerzo y recursos en repetir lo expresado por una norma jurídica internacional, el artículo 15 de la Convención.

En el número 2 del artículo 6 nuevamente se trata el tema de las comunidades indígenas que son las que deberían otorgar el “Consentimiento Informado Previo” u otro acto de aprobación tipificado allí siempre y cuando “éstas tengan el derecho establecido a otorgar Acceso a dichos recursos”⁷³⁹.

Sin embargo, el artículo 15 de la Convención sobre diversidad Biológica no hace referencia a las comunidades indígenas y locales, deducir de la misma la conclusión de haberla incluida en el estadio en que nos encontramos en materia de Derecho Internacional Público es una extralimitación.

Sólo y de manera específica, como lo indicáramos más atrás, se hace referencia a la misma en el artículo 8 letra “j” de la Convención y de manera restrictiva. Si se desea reconocer derechos a tales comunidades por sobre los Estados o recogiendo el reconocimiento de los Estados a tales derechos en la implementación del artículo 15 es una opción de los redactores del Protocolo pero hacer alusión al artículo 15 de la Convención que se refiere a los derechos de los Estados y no incluir directamente una sanción para la violación de las normas de Acceso, uno de los objetivos del Protocolo

738 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, op. cit., 2011, p. 6, artículo 6 número 1.

739 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, op. cit., 2011, p. 6 artículo 6 número 2.

(al menos extraoficialmente) es directamente un incumplimiento de las obligaciones y derechos del artículo 15 de la Convención, del Derecho Internacional Público, ignorancia del mismo e incumplimiento con promesas que a lo menos tienen diez años y no han sido satisfechas haciendo creer que lo que se dice en un texto jurídico es el cumplimiento de promesas de apoyo para su redacción.

Finalmente el número tres aparece una obligación para cada Estado Parte a fin de limitar las opciones de determinar por la legislación nacional, las medidas administrativa o de políticas públicas el “Consentimiento Informado Previo”. Se puede estar de acuerdo con lo expresado en las letras “a” a la “g” pero no se entiende cómo, de acuerdo a la redacción, tales normas jurídicas sólo serían aplicables a los Estados a los que se les pida Acceso. No abundaremos sobre el punto pero en la letra “c” dice “Proporcionar información sobre cómo solicitar el consentimiento fundamentado previo”. Si el microorganismo se encuentra en Mongolia o en Honduras tendré que preguntar en dichos países y las autoridades que correspondan tendrán que proporcionarme la información, la obligación, entonces, es para los países a los cuales quiero acceder. No hay, sin embargo, sanción para el Acceso ilícito. Debemos concluir entonces que todas las obligaciones que aparecen allí son exclusivamente para Estados quienes poseen en su territorios y bajos sus derechos soberanos tales Recursos Genéticos Naturales, o sea, en vez de ampararlos jurídicamente para que no vean violados sus derechos se les obliga a asumir obligaciones.

Participación justa y equitativa de los beneficios

En esta materia la situación es igualmente poco clara, sin una definición sobre lo que es justo y equitativo, entendemos que en materia de beneficios hay que entregar más a aquel que aporta transfiriendo sus derechos soberanos a otro para que

comercialice. En el Convenio la palabra “utilización” está ligada a la noción de comercialización sea de los Recursos Genéticos Naturales como de sus derivados y de los productos obtenidos de los mismos. Pero además de limitarse dicho concepto a investigación y desarrollo no hay referencia a la comercialización dejando lo que Justicia y Equidad signifiquen a lo que determinen las partes en un acuerdo o contrato.

Sin embargo, hay un elemento interesante que apoya esta preocupación y conclusión, el que la “participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas”⁷⁴⁰. No existirá un tercero imparcial o un procedimiento que determine lo que es justo y equitativo sino el libre juego de las fuerzas de negociación que como “fuerza” deja de lado e impone los términos de la participación en los beneficios.

Se establece una obligación, se debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de políticas públicas a nivel nacional. Esta obligación no es más que una transcripción de las mismas obligaciones del artículo 15 número siete presentado en la Introducción y analizado en el capítulo I. Sin embargo, en el artículo 5 del Protocolo se incluye como si fuere absolutamente necesario en todos los números, salvo en el cuarto que hace referencia a los beneficios, que no se les aplicaría a las medidas que se tomen sin embargo es una obligación contenida en un tratado internacional de aplicarse a nivel nacional sea los que sean los beneficios.

Es decir, los beneficios son el fundamento de las obligaciones que deben aplicarse a nivel nacional y, por consiguiente, las obligaciones nacionales incluyen los beneficios. No se requiere contar con las obligaciones de aplicación de tales obligaciones en el texto para que se interpreten, apliquen y ejecuten las mismas a nivel nacional. Es una cuestión que corresponde al Derecho Internacional Público y a las obligaciones que los Estados asumen nacidas de su voluntad prestada libremente consintiendo en obligarse en este tratado, por tanto, de más.

740 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, op. cit., 2011, p. 6, artículo 5 número 1 parte final.

En el artículo 5 inciso primero se indica que el alcance de la participación en los beneficios es a los productos de su utilización, las aplicaciones y la comercialización de los mismos. Es decir, pese a utilizar la palabra “utilización” fuera del contexto que la utiliza el artículo 15 de la Convención, finalmente en el ámbito de la participación de los Estados en los beneficios de los Recursos Genéticos Naturales la misma se ejecuta en la totalidad de los elementos que componen la misma, es decir, investigación y desarrollo, aplicación y comercialización de las mismas. No se entiende cómo es que no se incluyeron los conceptos en la normativa correspondiente, es decir, en la definición de utilización.

Conclusión

Toda la Teoría Pura del Derecho es un proceso de interpretación y aplicación de su objeto, la norma jurídica y del Orden jurídico. La norma jurídica, uno de los principales objetos de estudio de la Teoría Pura del Derecho como teoría, es tratada de manera sistemática a fin de poder entregar el sentido (y alcance) de la misma al conocimiento humano (la Teoría Pura del Derecho es una Teoría del conocimiento como aparece en las primeras páginas del libro), la vigencia, su aplicación, las maneras o formas para interpretar, la libertad en la interpretación no sujeta a reglas o normas jurídicas preestablecidas, cuestión en la cual KELSEN insistentemente pone el dedo en la llaga. De otra parte, la norma jurídica es situada dentro de la totalidad de normas jurídicas, del conjunto de las mismas, el Orden jurídico. En dicho ámbito es posible su clasificación, ordenación, control e interpretación no sólo interna y aislada sino externa o relacionada con otras normas jurídicas. Así, el artículo 15 de la citada convención se interpreta individualmente e internamente y luego se procede a interpretarse externamente o dentro del Orden jurídico, ésto, lógico de la lectura de la obra de

KELSEN en su segunda edición, no constituye “lo lógico” dentro del análisis no sólo de la presente convención sino de muchos tratados internacionales y normas jurídicas de otro nivel históricamente y actualmente.

La interpretación sistemática de un Orden jurídico internacional relacionado con las normas jurídicas del Acceso y la División Equitativa de Beneficios derivados de los Recursos Genéticos Naturales afecta la globalidad de la actividad de interpretación y aplicación de las normas jurídicas relacionadas con esta materia. La interpretación aquí es científica, por tanto, es una de las interpretaciones posible ni es la única ni la correcta pero logra, con ello nos diferenciamos de lo afirmado por KELSEN, apagar los problemas de algunas lagunas jurídicas. La interpretación de cada Estado es diferente en el proceso gradual de aplicación y no implica una obligación de aplicar las normas jurídicas de una única manera, como lo sugiere el Protocolo de Nagoya, sino , se mantiene la libertad en la interpretación y aplicación con la debida indeterminación del acto de aplicación en el proceso interpretativo de la norma jurídica.

Tres son las normas claves en este asunto, el artículo 15 respecto de las relaciones jurídicas entre Estados o de privados respecto del objeto de regulación de la normativa jurídica, los Recursos Genéticos Naturales, el artículo 8 letra “j” de la Convención señalada, en relación a las relaciones jurídicas de carácter intelectual derivadas del conocimiento tradicional de comunidades indígenas como de comunidades locales, la regulación del patentamiento de Recursos Genéticos Naturales en el artículo 27 del acuerdo antes indicado.

Nuestro aporte, en la interpretación es el siguiente el artículo 15 sigue siendo la piedra angular donde se regula el tema de los Recursos Genéticos Naturales sea en materia de Acceso como de División de beneficios de manera equitativa. El objeto de regulación son los Recurso Genéticos Naturales y el artículo 27 del Acuerdo no regula

estas materias. Se le ha denominado interpretación en cuanto al objeto.

Consecuencialmente corresponde a cualquier tratado internacional posterior o anterior ser interpretado conforme a dicha fórmula debiendo respetar el la regulación de tales recursos genéticos por este artículo así como los recursos genéticos de plantas se regulan al tratado sobre la materia⁷⁴¹.

De lo anterior se deriva lo siguiente, todos los acuerdos internacionales regidos por el Derecho Internacional Público o por el Derecho Internacional Comercial (contratos internacionales privados cuyo objeto es la utilización de Recursos Genéticos Naturales en cualquiera de sus denominaciones) deben atenerse a las normas contempladas en el artículo 15 del mismo de modo que cualquier norma jurídica nacional. Por consiguiente, sea o no declarado, los derechos soberanos de los Estados deberán ser debidamente respetados so pena de incurrir en responsabilidad internacional y se debe dividir los beneficios de acuerdo a la Equidad.

Si se trata de acuerdos privados o se atienen al tratado internacional, la Convención sobre Diversidad Biológica o se atiene a las leyes dictadas al efecto a nivel nacional. Las leyes, en su caso, podrán efectuar la actividad de cumplir con las normas jurídicas internacionales, el artículo 15, en cuanto indiquen el procedimiento de Acceso para Estados extranjeros o sus representantes o para personas privadas pero no siendo el tratado o convención citada establecida para personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras (que no sean los Estados Partes) debe procederse a su interpretación considerando los nuevos sujetos.

741 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACIÓN, Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, Roma, 2009, artículo 9 Derechos de los Agricultores, número 2: "Las Partes Contratantes acuerdan que la responsabilidad de hacer realidad los Derechos del agricultor en lo que se refiere a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura incumbe a los gobiernos locales. De acuerdo con sus necesidades y prioridades, cada Parte Contratante deberá, según proceda y con sujeción a su legislación nacional, adoptar las medidas pertinentes para proteger y promover los Derechos del agricultor, en particular (...) b) el derecho a participar equitativamente en la distribución de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura (...) Artículo 10.- Sistema Multilateral de acceso y distribución de beneficios 10.1 En sus relaciones con otros Estados, las Partes Contratantes reconocen los derechos soberanos de los Estados sobre sus propios recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, incluso que la facultad de determinar el acceso a esos recursos corresponde a los gobiernos nacionales y está sujeta a la legislación nacional. 10. 2. En el ejercicio de sus derechos soberanos, las Partes Contratantes acuerdan establecer un sistema multilateral que sea eficaz, efectivo y transparente para facilitar el acceso a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y compartir, de manera justa y equitativa, los beneficios que se deriven de la utilización de tales recursos, sobre una base complementaria y de fortalecimiento mutuo" ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACIÓN, op. cit., artículo 9 y artículo 10, pp. 12, 13, 16.

En definitiva, es como si dijéramos, el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica en las relaciones interestatales y nacionales rige a los Recursos Genéticos Naturales y sus derivados, el artículo 8 letra “j” sólo regula a nivel nacional el conocimiento tradicional, el artículo 27 regula exclusivamente la patentabilidad e incluye a los Compuestos Derivados de Recursos Genéticos Naturales pero sólo para que sean protegidos por patentes por los detentadores de los derechos soberanos correspondientes o aquellos a quienes dichos derechos de manera legal se les hayan transferidos. Respecto de las exclusiones, se refiere en lo que importa, a plantas y animales, es decir, se admite que no se patente a dichos individuos (supuesto que sean nuevos y cumplan los demás requisitos). En el caso de los microorganismos y de procesos biológicos esenciales para la producción de plantas y animales la situación difiere. En todos los casos, aun cuando puedan o no cumplir los requisitos se admitiría, de acuerdo a una lectura *a contrario sensu*, que se patentaran (supuestos los requisitos de novedad y otros apuntados).

Es decir, no existiría ninguna posibilidad de patentar plantas, animales, microorganismos procesos biológicos esenciales, inclusive variedades de plantas si no cumplen con los requisitos generales o pueden ser excluidos directamente de patentamiento o establecerse un sistema *sui generis* en un caso.

Los casos, a su vez nos muestran que un encuadre interpretativo derivado de “principios” expresamente indicados por Declaraciones internacional sufre las mismas críticas derivadas, en nuestra respetuosa opinión, de la falta de claridad de las normas aplicables a la diversidad biológica y los Recursos Genéticos Naturales.

Un caso aun más complejo, aun, y de mayor gravedad, lo representa el proyecto de norma jurídica denominado “Protocolo de Nagoya”. En muchas de las futuras normas jurídicas de dicho Protocolo, que suponen una aplicación de la Soberanía y de la

Justicia y Equidad, no se encuentran expresamente nombrados los conceptos dejando la posibilidad de interpretarse maquinalmente basados en la voluntariedad de los acuerdos, cuestión subjetiva y a veces impuesta por una de las partes los términos y la ausencia de objetividad otorgada por la norma que expresamente establece a la Soberanía, Equidad y Justicia la función de determinar los términos del Acceso y la División equitativa de los beneficios o de imponer los mismos e incluso, otro de nuestros aportes, el de determinar la manera o forma en que el Acceso y la Justicia y Equidad deberán ser protegidos por los demás Estados partes de la Convención en este nuevo tratado internacional denominado Protocolo. Finalmente, lo que no deja de ser grave, se parte de la base de un acuerdo entre Estados pero se le imponen obligaciones a los mismos sin indicar expresamente los derechos y las obligaciones a personas naturales que deseen obtener Acceso.

En lo que se refiere a los casos planteados, la Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo así como el Protocolo de Nagoya la interpretación del artículo 15 resulta extraordinariamente poco clara debido, en el primer caso, a la falta de distinciones entre los derechos sobre los recursos naturales que poseen los Estados y, en el segundo caso, a las múltiples dudas que se plantean producto de una interpretación del artículo casi antojadiza sin respetar ni su texto, ni su alcance ni sus restricciones e imponiendo sobre quiénes son los que regulen el Acceso, obligaciones superiores a los que no tengan que regular el mismo así como la obligación de compartir beneficios sin regular los actos ilícitos que se cometieren en el Acceso, en los actos posteriores al mismo e inclusive a la posibilidad de contar con beneficios derivados del Abuso del Derecho al impetrar protección jurídica de los mismos cuando el origen de los Recursos Genéticos Naturales o sus derivados es ilícita.

CAPÍTULO VI

LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE DIVERSIDAD BIOLÓGICA, SU ARTÍCULO 15, ESTUDIOS DE CASOS

Capítulo VI

La aplicación de la Convención sobre Diversidad Biológica, su artículo 15, estudios de casos

Introducción

Metodológicamente no sólo es posible aprender deductivamente sino inductivamente, es decir, lograr comprender los problemas científicos recurriendo a hechos que unidos a otros hechos permitan efectuar generalizaciones, es decir, afirmaciones que auxilien, con ayuda de las razones y evidencias, a confirmar o rebatir las afirmaciones derivadas de las fuentes normativas⁷⁴².

A fin de alcanzar la una u otra posibilidad expresada es que analizaremos una serie de casos.

Los casos y su análisis tienen como razones, jurídicamente complementarias, el que, como lo señala el profesor KELSEN en su obra, la aplicación del Derecho Internacional Público y de sus normas jurídicas es de carácter obligatoria y, por consiguiente, los casos nos permiten avizorar la forma en que se aplica la norma jurídica internacional. Es posible observar varias razones para el estudio de casos. No sólo desde su teoría, la Teoría Pura del Derecho (parte de una concepción monista del Derecho, donde el Derecho se concibe “en su totalidad como un sistema de norma que no entran en conflicto”) se plantea la necesidad del análisis de la aplicación de las normas jurídicas⁷⁴³. Sino, desde la perspectiva de la interpretación del Derecho es fundamental este concepto, la aplicación que se produce con la interpretación de la norma jurídica, en el caso que nos ocupa, de carácter internacional. Así KELSEN indica en su célebre obra, (Teoría Pura del Derecho), al decir que la interpretación es “un procedimiento

742 Acerca de las formas de la argumentación jurídica en una perspectiva histórica y metodológica ver RODRIGUEZ MURILLO, Gonzalo, Aplicación judicial del Derecho y lógica de la Argumentación Jurídica, Cuadernos Civitas, Madrid, 1988.

743 KELSEN, Hans, Introducción a la Teoría Pura del Derecho, 3a edición revisada y corregida, Lima, 2001, p. 81.

espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior”⁷⁴⁴ reafirmando lo expresado precedentemente. Desde el Derecho Internacional Público esta obligación internacional se hace patente. Hay en la obra del profesor BROWNLIE una explicación de las consecuencias del monismo y del dualismo. Acepta éste esferas u Órdenes jurídicas diferentes, uno del Derecho Internacional Público, otro del Derecho nacional y agrega la ausencia de enfrentamiento cuando se tratan como sistemas. Sin embargo, esta opinión, la primera presentada por el profesor BROWNLIE, no explica la ausencia de cumplimiento de las obligaciones internacionales (derivadas de normas jurídicas internacionales) y que consecuentemente deviene en responsabilidad jurídica internacional. Incluye BROWNLIE a Charles ROUSSEAU, célebre internacionalista belga, en esta línea (la noción de coordinación) pero, finalmente, se orienta hacia una distinción clave, el que “Un Estado no puede alegar normas de su propio Derecho o deficiencias en ese propio Derecho para reclamar contra éste por una violación, alegada, de sus obligaciones bajo el derecho internacional”⁷⁴⁵. Esta frase no es más que la expresión de lo que se ha dejado claro en la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados que indica, en términos similares, la obligación de aplicar los tratados internacionales, un tipo de norma jurídica internacional y la imposibilidad de aducir su propia legislación como excusa para la aplicación de las normas jurídicas nacionales.

Es por lo anterior, que se hace necesario saber la interpretación que se ha hecho del artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica, en el plano nacional, en Derecho nacional de ciertos Estados que han sido escogidos principalmente en base a contar con legislación interna sobre la materia, a contar con políticas públicas sobre la materia (una forma diferente de interpretar una norma jurídica internacional no

744 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, p. 349.

745 BROWNLIE, Ian, op.cit., 2003, pp.33-34.

visualizada por el profesor KELSEN, en principio) y los que no cuentan con normativa jurídica pero que poseen interés en tenerla.

Los mismos son aplicación de la Convención sobre Diversidad Biológica y las normas sobre Acceso y División Equitativa de Beneficios a través o de normas jurídicas o a través de políticas públicas debido a la ausencia de posibilidades de que una ley pueda aplicársele. Unas palabras sobre esta materia en KELSEN. Expresa KELSEN la unidad del objeto como postulado gnoseológico y la concepción del Estado como órgano de la comunidad jurídica internacional son dos cuestiones relevantes. El Estado es un ente que aplica las normas jurídicas internacionales. Afirma KELSEN que existe una unidad del objeto de regulación desde el punto de vista gnoseológico borrando la línea entre el Orden jurídico internacional y el Orden jurídico nacional. Con ello propone la formación de un Estado mundial. Admite, por cierto, la imposibilidad actual de algo semejante pero indica que sólo es posible observar una unidad gnoseológica de todo el Derecho, serían un sistema unitario de normas al sistema u Orden jurídico internacional junto al Orden jurídico nacional.

Afirma, asimismo, que el conocimiento jurídico concibe o intenta concebir como Derecho (“categoría de norma jurídica válida” el material caracterizado como Derecho Internacional Público del mismo modo que el Derecho estatal singular, entonces se propone, como la Ciencia natural, presentar su objeto como unidad. El criterio negativo de esta unidad es la ausencia de contradicción. La ausencia de contradicción es un principio lógico y vale para el conocimiento en el dominio de las normas. La validez de una norma no puede afirmarse si existe otra norma que contiene un contenido contradictorio con la primera. En este caso, una norma nacional no puede contravenir una norma internacional (dice KELSEN: “No se puede afirmar la validez de una norma con un contenido a, y al mismo tiempo la validez de una norma con el contenido no -

a)⁷⁴⁶. Es más, agrega KELSEN, no es posible afirmar que dos normas con contenidos lógicamente excluyentes entre sí, valgan al mismo tiempo. En este caso se debe, por medio de la interpretación (que tiene como concepto total “inteligente interpretación”) la contradicción aparente. Se elimina el material a interpretarse como algo sin sentido, agrega. Por esta razón, la contradicción, se la elimina de la esfera del Derecho “que es una esfera de sentido”⁷⁴⁷. Es por lo anterior que se pretende determinar el grado de sentido vertical, es decir si desde una perspectiva de la relación Derecho Internacional Público a Derecho estatal nacional existe validez y ausencia de contradicción así como horizontal, es decir, entre Derechos estatales nacionales.

Desde allí, es fundamental efectuar un trabajo triple, de una parte fundar la necesidad de estudio de la aplicación de las normas jurídicas, de otra entender el porqué de escoger una serie de países cuyas historias a veces, en lo que se refiere a interpretación, no poseen igualdad respecto de la misma. Además, es necesario, entonces, explicar el porqué es necesario la aplicación de la norma jurídica. Desde un estadio superior a uno inferior y que las objeciones de carácter doctrinario o teórico a aplicación del Derecho Internacional Público, particularmente contenidas en los tratados y en el tratado y el artículo que nos ocupa dado que hoy es una obligación internacional la aplicación de la norma jurídica internacional dentro del Derecho nacional de cada Estado.

El caso de Costa Rica

Costa Rica ha sido un país líder en el proceso de utilización de los Recursos Genéticos Naturales en términos de un reparto equitativo de los beneficios provenientes

746 KELSEN, Hans, op.cit., 1941, pp. 177-179 y KELSEN, Hans, op. cit., 1978, pp. 330-332.

747 KELSEN, Hans, op.cit., 1941, pp. 177-179 y KELSEN, Hans, op. cit., 1978, pp. 330-332.

de los Recursos Genéticos Naturales⁷⁴⁸. A través de la creación del “Instituto Nacional de Biodiversidad” (Inbio), en 1989, el gobierno costarricense demostró interés en la materia de la exploración de la biodiversidad⁷⁴⁹. Este fue el punto de partida para Costa Rica a fin de responder a la pregunta acerca de cómo los Estados podían aplicar la obligación internacional, a nivel nacional de la División de los beneficios de los recursos genéticos de manera equitativa.

El Gobierno de Costa Rica publicó como ley la Convención sobre Diversidad Biológica en 1994. Al mismo tiempo interpretó ciertas normas de la Ley de Vida Silvestre con el propósito de permitir a las partes utilizar los beneficios de los Recursos Genéticos Naturales derivados de la utilización de tales recursos. Esta primera posibilidad de regulación es descrita en la literatura como “bioprospección. La misma está basada en un contrato. Ello se ha denominado el contrato “Inbio-Merck” o “Merck-Inbio” (según sea el autor costarricense o no lo sea)⁷⁵⁰. Una fuerte crítica fue levantada por los miembros de universidades costarricenses y organizaciones no gubernamentales (conocidas como “ONGs”, en el “argot” de tales organizaciones)⁷⁵¹. Se centró la crítica en los medios jurídicos para implementar las obligaciones internacionales. Así de una solución contractual se decidió aplicar la ley. Así también, se prefirió concentrar el análisis y el estudio desde una perspectiva jurídica donde organismos del Estado se encargaran de ejecutar actividades de análisis jurídico y no fueren organismos privados, el caso de “Inbio”. En 1998 los costarricenses publicaron una “Ley de Biodiversidad” y han existido diversas discusiones acerca de la interpretación de las normas jurídicas sobre recursos genéticos.

748 GOBIERNO DE COSTA RICA, Benefit Sharing, Experience of Costa Rica, presentation in the Second Regional Workshop of the UNCTAD, Project on Strengthening Research and Policy Making Capacity on Trade and Environment in the developing countries, La Habana. <[\(http://r0.unctad.org/trade_env/test1/openF1.htm\)](http://r0.unctad.org/trade_env/test1/openF1.htm)>(02.04.03) 2000, SITTENFELD et al., Ana, Bioprospecting of Biotechnological resources in Island countries: Lessons from the Costa Rican experiences, unpublished gift from professor Jorge Cabrera (received in electronic mail on 15.11.02),2002a.

749 INSTITUTO NACIONAL DE BIODIVERSIDAD, (2002) Homepage, June 25 <<http://www.inbio.ac.cr/es/default.html>> (31.10.02).

750 Es necesario señalar que este “contrato” tuvo se ejecución con anterioridad al Convenio de Diversidad Biológica. Cfr. GOBIERNO DE COSTA RICA, op. cit., 2000a.

751 Desde el punto de vista del Derecho, en el Derecho nacional o estatal (si empleamos la expresión de KELSEN), nos encontramos con que son personas jurídicas de Derecho privado y en el Derecho Internacional Público son

Evolución histórica de la regulación jurídica costarricense

El gobierno costarricense decidió en 1988 desarrollar una forma de Acceso y División equitativa de beneficio a través del “Instituto Nacional de Biodiversidad” (Inbio). Inbio tiene sus orígenes en una “Oficina sobre Biodiversidad” que se encontraba bajo el mandato del Ministerio de Recursos Naturales Energía y Minas (que ha modificado su nombre a Ministerio de Industria, Energía y Minas), bajo la responsabilidad del Dr. Rodrigo Gámez. Dos objetivos, entre los diversos a considerar, eran esenciales en el desarrollo futuro de Inbio:

1.- Determinar qué biodiversidad existe en las áreas protegidas y dónde está localizada la tal biodiversidad.

2.- Integrar el uso no destructivo de la biodiversidad “en la sociedad intelectual e internacional”⁷⁵².

En 1988, Gámez llamó a una reunión (Costa Rica es un país pequeñísimo”, la mitad de Bélgica, y con una población de no más allá de cuatro millones de habitantes) en que participaron los representantes de todas las instituciones que trabajaban en biodiversidad en Costa Rica. Los participantes acordaron un Programa Nacional de Biodiversidad para el país. A fin de alcanzar tal unificación se acordó y ejecutó un segundo encuentro en 1989 donde los participantes concluyeron que debía crearse un Instituto Nacional de Biodiversidad. El mismo se regiría por las normas del Derecho civil costarricense creándose una persona jurídica con el nombre antes indicado. El Instituto Nacional de Biodiversidad debía “desarrollar una estrategia nacional y llevar adelante un inventario de la biodiversidad costarricense”⁷⁵³. Lo anterior se alcanzaría

752 GÁMEZ, et al., Rodrigo, Costa Rica's Conservation Program and National Biodiversity Institute (INBio), in REID et al. Walter (eds.), Biodiversity Prospecting: Using Genetic Resources for Sustainable Development, Washington, World Resource Institute, Instituto Nacional de Biodiversidad, Rainforest Alliance and African Centre for Technology Studies, Washington, 1993, pp. 53-66.

753 GÁMEZ et al., Rodrigo, op. cit. pp. 53-66.

“integrando todas las colecciones nacionales en una entidad física y administrativa”⁷⁵⁴. Así también se busca “centralizar toda la información de la biodiversidad costarricense” colocando la misma información en un formato “asequible y distribuyendo el mismo al público”⁷⁵⁵.

Una Comisión de Planeamiento fue creada, oficialmente, el día 25 de octubre de 1989. El resultado del trabajo de la Comisión fue la creación de la “Asociación Instituto Nacional de Biodiversidad (Inbio)”. La nueva asociación de público interés y carente de beneficios fue legalmente establecida e incorporada formalmente el 24 de octubre de 1991. Esta asociación está regulada bajo el Derecho privado, Inbio fue creada a fin de efectuar investigación y alcanzar invenciones sobre la biodiversidad sin un objetivo explícito de alcanzar un beneficio económico pero con la idea de una integración de la riqueza que surge de la biodiversidad para el beneficio del desarrollo nacional.

La relación entre Inbio y el Estado

Inbio se relaciona con el Estado a través de acuerdos cooperativos. En 1992 el primer acuerdo fue firmado y un segundo acuerdo fue firmado en 1994.

El acuerdo cooperativo de 1992

Un “Acuerdo Cooperativo entre el Ministerio de Industria, Energía y Minas (El Ministerio)” fue firmado el 11 de mayo de 1992 regulando, por primera vez, las relaciones jurídicas entre el Inbio y el Ministerio ⁷⁵⁶. Este Acuerdo Cooperativo permite a Inbio firmar el acuerdo con Merck en octubre de 1992.

Desde un punto de vista jurídico, como se comprenderá, este Acuerdo de Cooperación entre Inbio y el Ministerio referido es la puerta que permite efectuar las actividades en Costa Rica relacionadas con el Acceso y los beneficios de los Recursos

754 GÁMEZ et al., Rodrigo, op. cit. pp. 53-66.

755 GÁMEZ et al., Rodrigo, op. cit. pp. 53-66.

756 GÁMEZ et al., Rodrigo, op. cit. pp. 53-66.

Genéticos provenientes de plantas, animales y microorganismos. Este acuerdo genera, sin embargo, una serie de dudas jurídicas a este investigador, relacionadas con la competencia del Ministerio para otorgar, al parecer, un monopolio de Derecho sino reconocer uno, de hecho, en lo que a Acceso y División de beneficios se trate. Así también es necesario, por lo menos, preguntarse por los permisos de carácter constitucional para poder ejecutar los acuerdos. ¿Cabe que un organismo privado actúe de hecho como representante de un Estado respecto de bienes, en este caso recursos naturales, que están jurídicamente bajo la tuición del Estado mismo?

La segunda cláusula del acuerdo de 1992 reza de la siguiente manera:

“Basado en las regulaciones de investigación del Servicio Nacional de Parques, MIRENEM debe otorgar a INbio el permiso para coleccionar "samples" de varias especies de plantas, animales y otros organismos a fin de que los mismos puedan ser usados en investigación científica”⁷⁵⁷.

Es por lo anterior que es posible afirmar que “investigación científica” es la figura legal que se indica en este texto y que se intenta imponer a través de este acuerdo como base para el Acceso y la División Equitativa de Beneficios. La expresión denominada “bioprospección” no se utiliza sea porque no se la conoce por los redactores del texto o porque pudiera tener algún carácter peyorativo.

El Servicio Nacional de Parques y Áreas de Conservación recibirá ciertos beneficios económicos de la bioprospección. Inbio intentará incluir 10 por ciento del total del presupuesto anual del respectivo “proyecto científico” para donarlo a un Fondo de Parques Nacionales y no menos del cincuenta por ciento del proyecto comercial, como aparece en la cláusula 4 del acuerdo. Además, Inbio acuerda donar el 50 por ciento de los beneficios financieros que el mismo obtenga al Fondo de Parques

757 GÁMEZ et al., Rodrigo, op. cit. pp. 53-66.

Nacionales cuando reciba beneficios económicos de la investigación (número 5)⁷⁵⁸. Inbio ha compartido el dinero con instituciones costarricenses dedicadas a la conservación de la biodiversidad (cláusula 4).

La responsabilidad de carácter legal se encuentra sujeta al contrato firmado entre Costa Rica e Inbio. Jurídicamente hablando Inbio es una institución creada bajo las normas de Derecho privado, Inbio no tiene responsabilidad política y menos jurídica en caso de trasgresión de las normas de la Convención sobre Diversidad Biológica. La responsabilidad de este tipo se encuentra en los miembros de la Administración Pública.

Evolución en la aplicación de las normas sobre Acceso y División Equitativa de Beneficios

El director de Inbio, Rodrigo Gámez, explicó en las negociaciones de la Convención sobre Diversidad Biológica acerca de la experiencia costarricense a través de Inbio⁷⁵⁹. Es posible afirmar, entonces, que las nociones relativas a la celebración de un contrato como interpretación de los conceptos de “Acceso y División Equitativa de Beneficios” tuvieron sus orígenes en esta forma de solucionar el problema de los recursos genéticos alcanzada por Inbio y Merck. Era una solución novedosa. Está acorde con la proposición de KELSEN sobre el fin de la división entre Derecho público y privado sólo que no cumple ni con los requisitos de la Convención analizada ni con los Pacto de Derecho Civiles y Políticos ni Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Lo que trajo una serie de consecuencias posteriores. Como se vislumbra el incumplimiento respecto de los pactos trajo una serie de consecuencias jurídicas y sociales. Jurídicas en cuanto el Estado, en representación de los nacionales debió haber participado y no delegar, a su vez, los derechos que se le reconocen, en una institución

758 GÁMEZ et al., Rodrigo, op. cit. pp. 53-66.

759 SÁNCHEZ, Vicente, op. cit., 2002.

privada. A fin de cumplir con la Convención sobre Diversidad Biológica, Costa Rica incorporó la mencionada Convención a través de una ley de 1994. Esta ley es la número 7416.

Aquí se plantean una serie de proposiciones de interpretación tras la incorporación de la ley. Unos autores proponen que produce una resolución no obligatoria sobre la Ley Nacional de Costa Rica⁷⁶⁰. Aun más, la Ley Orgánica del Medio Ambiente promulgada en 1994 incluye un capítulo que regula diversidad biológica⁷⁶¹. El Gobierno de Costa Rica concluye que la incorporación de la Convención de Diversidad Biológica es en cumplimiento de las obligaciones contenidas precisamente en las obligaciones internacionales derivadas de la mencionada Convención⁷⁶². Es más, el asesor jurídico de Inbio, Jorge Cabrera ha explicado que:

“Después de la firma de la Convención sobre Diversidad Biológica ha existido un cambio de la legislación de Costa Rica. En 1994, artículo 50 de la Constitución Política de Costa Rica fue reformada. [Este artículo] estableció el derecho a ‘un medio ambiente ecológica y saludablemente balanceado’ y el artículo 46 explicado que los consumidores y usuarios están intitulado a la protección de su salud, medio ambiente entre otros derechos. Sin embargo, ellos no tienen una relación directa con la Convención sobre Diversidad Biológica ellos tienen una relación cercana con todo el proceso originado en Río de Janeiro”⁷⁶³.

El acuerdo de Cooperación de 1994

Un segundo convenio entre el Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, (Mirenem) e Inbio fue firmado el 7 de octubre de 1994 (Acuerdo de 1994) reemplazando el acuerdo 1992. Determina más detalladamente las obligaciones y derechos de en relación a ambas instituciones, Ministerio e Inbio, desde 1994 hasta hoy. Este Acuerdo cooperativo fue renovado en 1999⁷⁶⁴.

760 CABRERA, Jorge, Entrevista, San Jose de Costa Rica, Julio, 2002a

761 MADRIGAL, Patricia y SOLIS, Vivienne, Entrevista, August 22, San Jose de Costa Rica, 2003

762 GOBIERNO DE COSTA RICA, op. cit., 2000a. y GOBIERNO DE COSTA RICA., Review of Article 27.3 (b) of the TRIPs Agreement, Costa Rican Experience, presentation in the Second Regional Workshop of the UNCTAD, Project on Strengthening Research and Policy Making Capacity on Trade and Environment in the developing countries, La Habana. <http://r0.unctad.org/trade_env/test1/openF1.htm>(02.04.03), 2000 c.

763 CABRERA, Jorge, op. cit., 2002 a.

764 CABRERA, Jorge, op. cit., 2002 a.

Inbio y Mirenem basan el Acuerdo de 1994 bajo las premisas de actividades de colección científica en territorios de tierras públicas por una Institución Científica Nacional registrada en el Sistema Costarricense de ciencia y tecnología (artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6). Inbio, siendo una institución científica costarricense, está autorizada para remover esas plantas, animales y microorganismos⁷⁶⁵.

En conformidad al acuerdo de 1994, Inbio “continuará, en conjunto con el Ministerio, el inventario de biodiversidad nacional, en el sistema de áreas protegidas, a través de la ejecución de proyectos de investigación, de acuerdo a los procedimientos y regulaciones establecidos para tal efecto, por la presente legislación”, se entiende por “presente legislación” la existente al año 1994. En este acuerdo de 1994 no está permitida la comercialización total o parcial de los ejemplares biológicos⁷⁶⁶. La posible violación de este convenio lo llevar al término al mismo, es decir, se considera como incumplimiento. Además puede llevar a cierta penalización. De acuerdo a la cláusula 8 del Acuerdo de 1994:

“Ocho. Cumplir de manera estricta la presente legislación. El ministerio permitirá a Inbio recolectar especímenes de diferentes plantas e insectos y otros especímenes de naturaleza biológica, así puedan ser usados en investigaciones científicas para la prospección de la biodiversidad.

Similarmente, Inbio deberá indicar la ubicación y el número de especímenes para ser coleccionados, de acuerdo a los requerimientos de los permisos correspondientes. La comercialización total o parcial de dichos especímenes está prohibida, y las violaciones de esta regulación resultará en las sanciones mencionadas en la cláusula primera del presente instrumento jurídico.

Resultaría importante, antes de recolectar esos especímenes, que están sujetos a investigación de la biodiversidad, el Ministerio debe ser informado de las técnicas de manipulación y procedimientos así obtener que la colección no constituya una alteración tangible del ecosistema.”

Es por eso, Inbio puede comercializar los resultados de la investigación

765 CABRERA, Jorge, op. cit., 2002 a y CABRERA, Jorge, The legal framework and public policy on access to genetic resources and benefit sharing: the experience of Costa Rica, present of the author. May in the Hague. 2002 b.

766 Lo que es de alguna manera acorde no sólo con la Convención sobre Diversidad Biológica sino con la Convención Internacional de Especies en Peligro de extinción en cuanto tal comercialización puede llevar a la especie a la consecuencia de extinguirse.

científica bajo la autorización del Minae. Se comercializa especímenes recolectados desde “campo de bosques estatales” costarricense.

Aun más, Jorge Cabrera enfatizó el mismo hecho: los especímenes fueron recogidos de áreas naturales protegidas por el Estado⁷⁶⁷. Inbio trabaja en “proyectos de investigación” llevando investigación en el campo estatal de los bosques. Posteriormente, el instituto determina los especímenes que quedarán bajo investigación científica en los laboratorios de Inbio y envió los especímenes a los laboratorios de compañías internacionales.

Desde la otra perspectiva, allí no hay un espécimen que será comercializada (artículo 8 de las cláusulas). Las cláusulas once y doce del acuerdo de 1994 expresa la obligación de Inbio a fin de incluir por lo menos 10 por ciento de su presupuesto como manera de apoyo de la “administración y protección de áreas de conservación”. Inbio se compromete éste mismo a transferir el 50 por ciento de los beneficios económicos y materiales derivados o emergentes de la aplicación de su conocimiento e investigación científica en el campo de prospección de biodiversidad al “sistema nacional de conservación”⁷⁶⁸. Inbio es una institución relacionada jurídicamente con el gobierno de Costa Rica a través del acuerdo de 1994, un contrato de Derecho público. El sistema en su globalidad fue considerado como un sistema de auto administración en que el Derecho privado se ve envuelto en la creación de Inbio pero no en relación al gobierno.

El contrato entre Inbio y Merck

El contrato entre Inbio y Merck estableció derechos y obligaciones para las partes. Los diferentes derechos y obligaciones han sido discutidos en varias publicaciones. Ésta parte de la investigación presenta los derechos principales,

767 CABRERA, Jorge, op. cit., 2002 a.

768 CABRERA, Jorge, op. cit., 2002 a.

obligaciones y beneficios de este contrato.

Derechos, obligaciones del contrato

Derecho de Inbio derivados del contrato

Inbio puede rechazar la recolección de material para Merck si no es posible obtener el material por razones logísticas o biológicas o que pueda poner a las especies en peligro⁷⁶⁹.

Derechos de Merck

Inbio acuerda que durante un periodo inicial de dos años, no aprovisionará ninguna otra empresa con los materiales que son requeridos por Merck.

Inbio puede ofrecer a otras empresas los materiales exigidos por Merck tanto en cuanto los intereses evaluativos están completamente fuera del campo de interés de Merck⁷⁷⁰.

Cuando el periodo de evaluación de dos años esté completo, Inbio tiene el Derecho de aprovisionar otras compañías con cualquiera de los materiales que fueron entregados a Merck para ser evaluadas en actividades para promover la salud animal o humana y para usos agrícolas.

Merck posee el derecho de solicitar más material a Inbio.

Merck tiene el derecho de exigir una extensión del periodo exclusivo de evaluación de un material en tanto tenga cumplimiento diligente en la evaluación y en el desarrollo comercial de ese material. El derecho exclusivo expirará en el momento en que Merck decida suspender el programa de “desarrollo comercial” de productos

769 GOBIERNO DE COSTA RICA, Biodiversity Law of Costa Rica, presentation in the Second Regional Workshop of the UNCTAD, Project on Strengthening Research and Policy Making Capacity on Trade and Environment in the developing countries, La Habana. <[\(http://r0.unctad.org/trade_env/test1/openF1.htm\)](http://r0.unctad.org/trade_env/test1/openF1.htm)>(02.04.03), 2000b.

770 BLUM, Elisa, Making Biodiversity Conservation Profitable, A case study of the Merck-INBio Agreement, Environment 35 (4), 1993, pp. 17-20, 38-45.

producidos con el material⁷⁷¹.

Obligaciones de Inbio

Inbio establecerá las facilidades necesarias en Costa Rica para la recolección y el procesamiento de las plantas, insectos y material ambiental.

Inbio contratará y entrenará el personal necesario para la recolección y procesamiento de los materiales.

Inbio anualmente proveerá a Merck de un número específico de plantas, insectos y material ambiental por un periodo de dos años ya que así se ha establecido en el programa de trabajo del acuerdo o convenio entre Inbio y Merck⁷⁷².

El material de las plantas y de los insectos será procesado en un laboratorio establecido por Inbio en la Universidad de Costa Rica a través de un subcontrato de servicios a Inbio⁷⁷³.

Inbio proveerá a Merck con extracto químicos de plantas silvestres, insectos y microorganismos desde las áreas conservadas de Costa Rica para el programa de Merck sobre análisis de drogas⁷⁷⁴.

El aprovisionamiento de material sin incluir el número del mismo pero alrededor de 400 es lo que se entregará por parte de Inbio⁷⁷⁵. Aunque hay autores que han indicado que Inbio entregaría a Merck la cantidad de 10.000 ejemplares de plantas, animales y tierra a Merck. Lo que sí es claro que Inbio no habrá de entregar material igual a otras compañías que busquen el mismo objeto que Merck⁷⁷⁶.

Obligaciones de Merck

La compañía pagará 1 millón de dólares por dos años en diferentes momentos

771 COUGHLIN, Michael, Using the Merck-INBio agreement to clarify the Convention on Biological Diversity, *Columbia Journal of Transnational Law*, Volume 31, 1993, pp. 337-375.

772 BLUM, Elisa, op. cit., 17-20, 38-45

773 GOBIERNO DE COSTA RICA,, op. cit., 2000a.

774 GÁMEZ et al., Rodrigo, op. cit. pp. 53-66.

775 GÁMEZ et al., Rodrigo, op. cit. pp. 53-66.

776 BARKIN, David, Merck INBio Agreement from Earth Times, 28 November 1996, <<http://csf.Colorado.edu/mail/elan/et1094/et1094s6.html>> (6 February 2003), 1996.

del contrato, es un contrato de tracto sucesivo⁷⁷⁷.

Otros explican que es un pago por adelantado o único y al principio⁷⁷⁸. Sin embargo, el gobierno de Costa Rica hace referencia a un millón de dólares, sólo⁷⁷⁹.

Merck pagará 150 mil dólares para comprar equipamiento y para otros costos durante la vigencia del contrato⁷⁸⁰.

Sin embargo, otro autor indica que sólo será 150 mil dólares⁷⁸¹. Y otro autor indica que serán 130 mil dólares⁷⁸².

“Merck efectuará una evaluación de las muestras que Inbio proveerá a través de experimentos biológicos de propiedad de Merck para detectar la actividad potencial de los compuestos a fin de promover salud humana y animal para la agricultura. Merck notificará a Inbio de cualquier actividad capaz de reproducción identificadas en las muestras enviadas por esta institución. Merck dará un número único de identificación para todas las muestras enviadas por Inbio y mantendrá un sistema de identificación que permitirá a ambas partes identificar todos los productos de los cuales es posible obtener regalías bajo el contrato”⁷⁸³.

La compañía se obligó a pagar regalías de 2-6% por cualquier producto comercial derivado de las muestras⁷⁸⁴.

Estas regalías serían pagadas por todas las ventas. Otros dicen que las regalías serían alrededor de 1 a 5 %⁷⁸⁵.

“Al menos una vez al año, Merck enviará a Inbio una exposición escrita del progreso de sus actividades de comercialización en relación a muestras específicas”⁷⁸⁶.

777 GÁMEZ et al., Rodrigo, op. cit. pp. 53-66.

778 COUGHLIN, Michael, op. cit., pp. 337-375.

779 GOBIERNO DE COSTA RICA, 2000a

780 GÁMEZ et al., Rodrigo, op. cit. pp. 53-66.

781 COUGHLIN, Michael, op. cit., pp. 337-375

782 COUGHLIN, Michael, op. cit., pp. 337-375

783 GOBIERNO DE COSTA RICA, op. cit., 2000a

784 LITOVSKI, Mónica, La reencarnación de los yuyos, Centro de Estudios Uruguayos de Tecnologías Apropriadas, <<http://www.sicoar.com.uy/ceuta/reencarn.htm>> (28.11.02), 1997, ZEBICH-KNOS, Michele, Preserving Biodiversity in Costa Rica: The case of the Merck-Inbio Agreement, The Journal of Environment Development, Vol. 6, No 2, pp.180-186, existen opiniones favorables así, GUEVARA, Ana Lorena, Los aportes de la bioprospección realizados por Inbio, Ambientico, No 100, Enero 2002, San José de Costa Rica, <<http://www.una.ac.cr/ambi/Ambien-Tico/100/guevara.htm>> (17.09.2011).

785 COUGHLIN, Michael, op. cit., pp. 337-375

786 COUGHLIN, Michael, op. cit., pp. 337-375

Beneficios para Inbio y para Merck

Beneficios para Inbio

Inbio recibirá 1 millón 150 mil dólares norteamericanos. Ellos serán para entrenar a los investigadores de Inbio, un sistema de computadores y un laboratorio (equipamiento para extracción química), salarios y contribuciones a los parataxonomistas⁷⁸⁷.

Beneficios para Merck

Las muestras de un área representativa del mundo denominada “hotspot”⁷⁸⁸. Una gran cantidad de muestras por un precio reducido. Publicidad alrededor del mundo por ser la primera compañía que firmó un contrato sobre bioprospección. Varios actores expresaron su crítica evaluando los contratos de manera diferente.

Evaluación del contrato entre Inbio y Merck

Luego de la firma del contrato entre Inbio y Merck el contrato generó gran interés alrededor del mundo. Sin embargo, el público costarricense, aquellos con interés en conocer acerca de estas materias, indicaron que existiría ausencia de “transparencia” o suficientemente “transparente”, es decir, habría existido o existiría una ausencia de cuidado en entregar todos los antecedentes respecto de una transacción sobre un bien que se considera público. Sin embargo, hay opiniones que indican que el modelo de Inbio, contratación privada y entrega de recursos a entidades que se encarguen de la conservación tiene serios reparos debido a que se estaría “agotando” y eso porque los aportes que ingresaron desde principios de la década de 1990 bajaron drásticamente

787 LAIRD, Sarah, Contracts for biodiversity prospecting in Walter W. Reid et al. (eds.), Biodiversity Prospecting: Using Genetic Resources for Sustainable Development, World Resource Institute, Instituto Nacional de Biodiversidad (INBio), Rainforest Alliance, and African Centre for Technology Studies, New York, 1993, p. 110.

788 Esta palabra es originaria del inglés y significa que es un lugar donde existe una alta biodiversidad.

desde mediados de dicha década⁷⁸⁹.

Las críticas sociales

La decisión de Inbio de entrar en negociaciones con Merck y firmar un contrato como resultado de las negociaciones generó discusiones en círculos nacionales e internacionales. Algunos autores consideraron que el contrato era un verdadero nuevo elemento de gran trascendencia porque lograba controlar la utilización de recursos genéticos y, a la vez, generar lo que se ha denominado “responsabilidad corporativa”, es decir, que las empresas no sólo cumplan las normas jurídicas obligatorias sino que contribuyan al bienestar social más allá de las mismas normas jurídicas obligatorias⁷⁹⁰. Sin embargo, algunas críticas fueron deslizadas en contra del contrato.

Secretismo en las negociaciones

El contrato fue criticado por existían muchos secretos. El monto exacto de dinero, por ejemplo, y los costos específicos que se encontraban envueltos en la transacción, por entregar otras nociones discutidas acerca del asunto. Merck, de acuerdo a los críticos, podía tomar fácilmente ventaja de Inbio. Esta realidad fue puesta de manifiesto por muchos analistas de dicho contrato⁷⁹¹. Desde otra perspectiva, pareciera ser imposible no mantener el secreto de ciertos términos o acuerdos básicos a fin de dejar la puerta abierta a nuevas negociaciones en el futuro.

789 NAGODA, Dag and TVERTERAAS, Andreas, Biodiversity inventoring and bioprospecting as management tools (A study of the impacts of the National Biodiversity Institute (Inbio) on biodiversity management in seven Costa Rican Conservation Areas, Tesis de Grado Suecia-Costa Rica , Centre dor Development and Environment, Universidad de Oslo, 2001 en MAROZZI, Marino, Los límites del modelo Inbio, *Ambientico*, No 100, San José de Costa Rica, 2002, <<http://www.una.ac.cr/ambi/Ambien-Tico/100/marozzi.htm>> (17.09.2011), NAGODA, Dag and TVERTERAAS, Andreas, op. cit.

790 BROWN, Robert, Equity over exploitation: global guidelines for corporate giants, *Earth Times*, San Diego, October, 1994 <<http://www.sdearthtimes.com/et1094/et1094s6.html>> (26.06.94).

791 GUADYNAS, Ernesto, El INBio y la privatización de la biodiversidad, *AMBIEN-Tico*, Revista mensual del proyecto Actualidad Ambiental en Costa Rica, Escuela de Ciencias Ambientales, Universidad Nacional No. 32, julio, 1995 <<http://www.una.ac.cr/ambi/ambientico/amb32.html>> (20.11.09).

Uso de trabajo y transferencia de tecnología insuficiente

La crítica arreció porque algunos de los autores acusaron a Merck por no usar suficiente trabajo o trabajadores en la transferencia de tecnología. Respecto de lo anterior la relacionadora pública de Merck, Joan Jones, expresó que habían constituido un laboratorio en Costa Rica y que mucho de lo que eran críticas se podía entender como malos entendidos de los términos o cláusulas del contrato⁷⁹².

Centralización y beneficio

Organizaciones no gubernamentales, al mismo tiempo, pusieron de relieve los problemas de centralización de recursos y beneficios de Inbio⁷⁹³. Inbio es una institución privada que usa recursos públicos. Desde otra perspectiva, de acuerdo a algunos autores, los acuerdos son excepciones dentro del ambiente de compañías relacionadas con la utilización de Recursos Genéticos Naturales porque ellas representan un método ilegal e inmoral, la así denominada biopiratería⁷⁹⁴. Dutfield ha enfrentado los malentendidos entre bioprospección y biopiratería al establecer que la primera es una actividad común y legal y la segunda es absolutamente ilegal. Sin embargo, las partes parecen satisfechas con los términos del contrato por tanto, bioprospección parece ser aceptable como una actividad legal⁷⁹⁵.

Pero no sólo hubo críticas. También hubo sectores de la sociedad que miraron con simpatía el contrato.

Apoyo social

Es necesario determinar cómo la sociedad apoyo o criticó este contrato.

792 BARKIN, Daniel, Merck INBio Agreement from Earth Times, 28 November 1996, <<http://csf.Colorado.edu/mail/élan/et1094/et1094s6.html>> (6 February 2003).

793 MADRIGAL, Patricia y SOLIS, Viviana, Entrevista, San José de Costa Rica, 2003.

794 LITOVSKI, Mónica, op. cit., ZEBICH-KNOS, Michele, op. cit., pp. 180-186, opiniones favorables así, GUEVARA, Ana Lorena, op. cit.

795 COUGHLIN, Michael, op. cit., pp. 337-375.

Apoyo de la comunidad científica

No sólo hubo críticas contra la idea de un contrato para hacer investigación o la llamada “bioprospección”. El profesor Dr. Ian T. BALDWIN, Director del Max Planck Institute para la Ecología Química de Jena, Alemania, expresó su admiración por las ideas de Thomas EISNER y la posibilidad de un contrato en los cuales ecología y economía puedan ir juntas, de la mano. En las palabras de Baldwin:

“Ellos [Eisner y su colega Jerry Meinweild] históricamente desarrollaron el Acuerdo Merck-Inbio para la ‘prospección química’ de las reservas biológicas de Costa Rica estableció un modelo a través del cual el valor económico de la diversidad biológica puede realizarse y usarse para su preservación”⁷⁹⁶.

Críticas jurídicas

La crítica de juristas alrededor del mundo no se hizo esperar porque no fueron indiferentes al contrato. Éste generó cierto debate basado en las críticas contra el Orden jurídico que facilitó el mismo, críticas al objeto del contrato, críticas contrarias al sujeto del contrato, críticas contrarias a la Equidad del contrato, críticas contrarias al procedimiento de apropiación y la situación de terceros, críticas contrarias al secreto en ciertas cláusulas del contrato, críticas a las fuentes del Orden jurídico del Contrato Merck-Inbio.

Veremos cada una de estas críticas en los siguientes apartados. Además se planteó la necesidad de contar con una legislación derivada de las obligaciones internacionales contenidas en la Convención sobre Diversidad Biológica⁷⁹⁷.

Críticas contrarias al Orden jurídico costarricense

El Orden jurídico costarricense no tenía normas que regularan la utilización de

796 BALDWIN, Ian, Iscol Lectures, Cornell University 2000, April 13-14, <<http://www.cfe.cornell.edu/cfe/iscol2000/scholschedule.html>> (26.06.11).

797 RODRÍGUEZ, Silvia, Normas de acceso a los recursos bioquímicos y genéticos, Ambiental, No 100, San José de Costa Rica, 2002, <<http://www.una.ac.cr/ambi/Ambien-Tico/100/rodriguez.htm>> (16.09.2011).

los elementos de la diversidad biológica. Costa Rica no tenía una ley sobre el punto y las leyes vigentes no fueron suficientes para proveer un Orden jurídico poderoso para esta materia. Faltaba especificar las normas jurídicas para el tipo de acto de que se trate y no mantener una generalidad sobre el punto⁷⁹⁸.

Críticas al objeto del contrato

Inbio mantiene las regalías y el texto del contrato en secreto cambiando el objeto de los recursos que están en el dominio público al dominio privado. Este fue una de las mayores críticas que se efectuaron: Los Recursos Genéticos Naturales tratados como propiedad privada. No fueron tratados o considerados como propiedad pública o del Estado, ni siquiera se consideró que pudieran estar sometidos a los derechos de la Soberanía. Al mismo tiempo, otro objeto del contrato, las prestaciones en dinero fueron consideradas una bagatela al comparar la inversión de la compañía de 125 millones de dólares por cada medicamento y el presupuesto de Merck a la fecha, en investigación, es de 1000 millones de dólares⁷⁹⁹.

Críticas contrarias al sujeto del contrato

El sujeto en este caso es Inbio en cuanto éste tenía tanto por la ley como por el contrato un carácter de ente o persona jurídica de Derecho privado y, aun así disponía de bienes que se consideran propiedad pública o estatal. Entendida pública como parte del Estado y por consiguiente regulada por las normas de Derecho público donde debía considerarse un permiso. Inbio no debió efectuar acto alguno para abrir espacio a la riqueza genética ni biológica de Costa Rica o vender los derechos sobre la tal riqueza⁸⁰⁰. Los beneficios son sólo para Inbio y no hay posibilidad para compartir el conocimiento

798 MADRIGAL, Patricia y SOLIS, Viviana, op. cit., 2003.

799 LITOVSKI, Mónica, op. cit., ZEBICH-KNOS, Michele, op. cit., pp. 180-186.

800 LITOVSKI, Mónica, op. cit., ZEBICH-KNOS, Michele, op. cit., pp. 180-186, NAGODA, Dag and TVERTERAAS, Andreas, op. cit..

sobre los Recursos Genéticos Naturales⁸⁰¹.

Críticas contrarias a la Equidad del contrato

La Equidad del contrato y su inequidad se concentró en el monto en dinero pagado. El argumento principal es que el monto de dinero pagado no fue en caso alguno proporcional a la riqueza de la biodiversidad costarricense. Uno de los autores consultados, Litovsky, arguyó que, considerando la cantidad de dinero pagada por Merck, 1.3 millones de dólares norteamericanos, y que Costa Rica tiene el 5 por ciento de la biodiversidad mundial la biodiversidad de todo el mundo podría venderse por sólo 26 millones de dólares⁸⁰².

Críticas contrarias al procedimiento de apropiación y la situación de terceros

La pregunta acerca del conocimiento común entre diferentes comunidades fue planteada del mismo modo. Si diferentes comunidades indígenas y locales pueden compartir diferentes conocimientos el problema del Acceso y de la División equitativa de beneficios a través de patentes parece ser otro problema. Este tipo de utilización a través de patentes supone ignorancia de la diversidad cultural en la creación social de tal conocimiento del mismo⁸⁰³.

Críticas contrarias al secreto en ciertas cláusulas del contrato

Otra crítica presentada contra el contrato es el carácter secreto de las cláusulas establecidas en el contrato, como la transferencia de la propiedad⁸⁰⁴. Aun cuando esa crítica no es estrictamente legal (el público levantó su voz para criticar el mismo aspecto), desde una perspectiva jurídica los terceros podrían ver afectados su derechos

801 LITOVSKI, Mónica, op. cit., ZEBICH-KNOS, Michele, op. cit., pp. 180-186.

802 LITOVSKI, Mónica, op. cit., ZEBICH-KNOS, Michele, op. cit., pp. 180-186.

803 LITOVSKI, Mónica, op. cit., ZEBICH-KNOS, Michele, op. cit., pp. 180-186.

804 LITOVSKI, Mónica, op. cit., ZEBICH-KNOS, Michele, op. cit., pp. 180-186, y Gudyanas 1995

pero desconocerían tal afectación, en este caso el Estado (por más que hubiere un permiso contractual con el Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Medio Ambiente) o los derechos provenientes del conocimiento tradicional. Este contrato no fue accesible para el público costarricense⁸⁰⁵. Esta crítica fue reconocida por uno de los entrevistados, el profesor Jorge Cabrera MADAGLIA⁸⁰⁶.

Críticas a las fuentes del Orden jurídico del Contrato Merck-Inbio

Finalmente, la negociación del contrato partió antes del primer acuerdo del MINAE y el negociador no solicitó un Consentimiento Informado Previo⁸⁰⁷. La crítica jurídica planteada por juristas y no juristas produjo cambios en la percepción de las soluciones a través del Derecho privado como posibilidad para obtener una División equitativa de los beneficios de los recursos genéticos. Este contrato debe verse en el contexto del primer intento por obtener una aplicación práctica de la División de beneficios y la regulación del Acceso a los Recursos Genéticos Naturales⁸⁰⁸.

La Ley de Biodiversidad de Costa Rica como aplicación de la Convención sobre Diversidad Biológica

Costa Rica firmó la Convención sobre Diversidad Biológica y así empezó a regir en el Orden jurídico costarricense, tras su ratificación. Así “(...) en la firma de la Convención (...) Costa Rica asumió las obligaciones internacionales en un esfuerzo para reducir el grado de pérdida de la biodiversidad en las recientes décadas”⁸⁰⁹. La Ley de Biodiversidad de Costa Rica, número 7.788, considera que la definición de biodiversidad incluye elementos intangibles, como conocimiento, innovación y

805 MADRIGAL, Patricia y SOLIS, Viviana, op. cit., 2003.

806 CABRERA, Jorge, op. cit., 2002 a.

807 LITOVSKI, Mónica, op. cit., ZEBICH-KNOS, Michele, op. cit., pp. 180-186.

808 CABRERA, Jorge, op. cit., 2002 a.

809 GOBIERNO DE COSTA RICA, op. cit., 2000a.

conocimiento tradicional, ambos individual y colectivo. Esta ley ha sido premiada y, a la vez, criticada. Premiada a nivel internacional ha sido criticada por ausencia de aplicación o derogación expresa y tácita⁸¹⁰. La Ley costarricense sobre Biodiversidad entre los elementos intangibles considera el valor real o potencial asociado a un sistema de protección de la propiedad industrial a través de un sistema sui generis de registro. Los objetivos para esta ley son:

“Para regular el acceso y desde allí facilitar la distribución equitativa de los beneficios sociales, ambientales, y económicos, para todos los sectores de la sociedad, con especial atención a las comunidades locales y personas indígenas.

Para reconocer y compensar el conocimiento, las prácticas e innovaciones de las personas indígenas y comunidades locales para la conservación y uso ecológicamente sostenible de los elementos de la biodiversidad.

Para reconocer los derechos que surgen de la contribución del conocimiento científico a la conservación y el uso ecológicamente sustentable de los elementos de la biodiversidad.

Para promover el acceso a los elementos de la biodiversidad y la transferencia asociada de tecnología (...)”⁸¹¹.

La descripción hecha por la Ley de Biodiversidad de Costa Rica designa las propiedades bioquímicas y genéticas como partes del dominio público, es decir, son propiedad pública bajo administración del Estado (no de Acceso irrestricto).

El Estado autoriza la exploración, investigación, y utilización de los elementos de la biodiversidad que son parte de los bienes que pertenecen a la propiedad pública o que son de dominio público pero en caso alguno parecen apropiables.

Así también se incluye la apropiación de los recursos bioquímicos y genéticos. Más aún, esta ley tiene participación de la “sociedad civil” a través del procedimiento de participación de quienes tienen un interés.

810 RADIO MUNDO REAL, Entrevista a Silvia Rodríguez, Ley de Biodiversidad de Costa Rica recibe premio internacional, aunque dentro de las fronteras la realidad es muy otra, Radio Mundo Real, San José de Costa Rica, 2010. Red de Coordinación de Biodiversidad, Ley de Biodiversidad premiada “Hoy en día es una ley erosionada” Comunicado de prensa, San José de Costa Rica, 2010.

811 GOBIERNO DE COSTA RICA, op. cit., 2000a.

Luego del primer borrador, los interesados tomaron parte en la discusión y el borrador fue corregido más de una vez. Cuando las correcciones provenientes de los argumentos fueron incluidas el borrador fue aprobado en la Asamblea Legislativa de Costa Rica (es el Parlamento o Poder Legislativo).

El señor Luis Martínez, hoy en día un ex congresista y antiguo Presidente de la Comisión de Medio Ambiente de la “Asamblea Legislativa” (Poder Legislativo de Costa Rica), fue quien propuso esta ley como una “proyecto” o borrador a ser discutido.

La Ley sobre Biodiversidad de Costa Rica fue requerida para cubrir una laguna jurídica en el Orden jurídico costarricense: regular la diversidad biológica de manera aun más puntual, detallista⁸¹². El señor Martínez solicitó auxilio, asesoría jurídica a la oficina de la Unión Mundial para la Conservación (conocida en sus siglas en inglés IUCN), oficina de Centroamérica. “La IUCN respondió afirmativamente y el marco filosófico fue definido junto a la Comisión de Medio Ambiente de la Asamblea Legislativa”⁸¹³.

Los principios más relevantes, en tanto concierne a esta investigación, son: Acceso igualitario y distribución de beneficios del uso de los componentes de la biodiversidad, respeto por los derechos humanos, y garantía democrática de una gran participación de todos los ciudadanos en el proceso de decisión⁸¹⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, el 21 de septiembre de 1998 el Procurador general de Costa Rica inició un procedimiento a fin de solicitar la inconstitucionalidad de ciertos artículos de la Ley sobre Biodiversidad.

Los procedimientos, 10 en total, fueron iniciados porque la Ley de Biodiversidad establece o regula materias relacionadas con los impuestos, tópico que de acuerdo a la Constitución Política de Costa Rica es de la exclusiva competencia del Parlamento y de

812 El 23 de abril de 1998 la Ley de Biodiversidad de Costa Rica tuvo su publicación en el diario oficial costarricense pero que tuvo luego un desarrollo particular por el reclamo de inconstitucionalidad que se planteó en Costa Rica.

813 SOLIS, Viviana., MADRIGAL, Patricia, Costa Rica's Biodiversity Law: Sharing the process, *Journal of International Wildlife and Policy*, Volume 2, No.2, 1999, pp. 259-265.

814 SOLIS, Viviana., MADRIGAL, Patricia, op. cit., pp. 259-265.

la Presidencia de la República. Es por lo anterior que ninguna institución, además de la presidencia o el Parlamento en Costa Rica, tienen la facultad de pedir la instauración de un impuesto⁸¹⁵.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional de Costa Rica rechazó esta acción de inconstitucionalidad el 12 de febrero de 2003 y es por lo anterior que la Ley de Biodiversidad de Costa Rica posee pleno efecto en dicho país⁸¹⁶.

Instituciones, derechos y obligaciones relacionadas al Acceso y a la División Equitativa de Beneficios que se desarrollan en esta materia en la Ley sobre Biodiversidad de Costa Rica.

El marco filosófico de la Ley de Biodiversidad de Costa Rica es un tópico que tiene un carácter multidisciplinario y lo anterior parece manifestarse o probarse a través de conceptos como “Consentimiento Previo Informado” o “derecho cultural de objeción al acceso” contenido en la ley.

Instituciones legales

Como hemos indicado, institución legal es aquella que posee una calidad de permanencia y relevancia entre los conceptos que constituyen al Derecho y que establecen los fundamentos de la discusión sobre la materia en estudio en una legislación u Orden jurídico, en este caso, costarricense.

La Soberanía sobre los Recursos Genéticos Naturales

El artículo 6 de la Ley de Biodiversidad de Costa Rica indica que “las propiedades químicas y genéticas de los componentes de la biodiversidad [plantas, animales, microorganismos y la existencia en comunidad las mismas] sean salvaje o

815 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA, Dictamen no. 286, (23.11.02), (C-286-2002), <http://www.pgr.go.cr/Scij/Busqueda/normativa/pronunciamento/pro_ficha.asp?nBaseDato=1&nDictamen=11497> (05.06.03), 2002.

816 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA, Asuntos Constitucionales, <http://www.pgr.go.cr/Scij/Busqueda/normativa/asuntos_cons/asunto_const.asp?nBa>(05.06.03).

domesticado, pertenece al dominio público”.

El inciso segundo de esta norma jurídica manda que el “Estado podrá autorizar la exploración, investigación, bioprospección” en el caso en que los mismos genes sean parte del dominio público⁸¹⁷.

En el caso de utilización de los recursos genéticos y bioquímicos la Ley de Biodiversidad de Costa Rica no distingue si los mismos son o no parte del “dominio público”. En el caso de los Recursos Genéticos Naturales o los recursos bioquímicos, la autoridad competente tiene siempre el derecho (en el sentido de facultad) para determinar si se accede o no al Acceso.

Esta parte del artículo 6 se relaciona con el artículo 2 de la misma ley en donde el Estado declara “ejercer total y exclusiva soberanía sobre los componentes de la biodiversidad”⁸¹⁸. En otras palabras el Estado ejerce “soberanía total y exclusiva soberanía sobre los componentes de la biodiversidad”⁸¹⁹.

En otras palabras, el Estado ejerce derechos soberanos absolutos sobre los Recursos Genéticos Naturales o sobre los recursos bioquímicos sin tomar en consideración si los mismos se encuentran en el dominio público o privado⁸²⁰. Más aun la ley incluyó durante el procedimiento de Acceso, la obligación de designar una representante legal residente en el país (o sea Costa Rica) cuando la solicitud concierne personas naturales o jurídicas que viven fuera del país (artículo 63 número 5).

Consentimiento Informado Previo

El Consentimiento Informado Previo debe expresarse y obtenerse por parte de la autoridad, en este caso, dicho consentimiento es permisivo, es decir, admite al

817 Se debería entender, entonces, que “dominio público” era el dominio del Estado sobre estos recursos de carácter genético.

818 GOBIERNO DE COSTA RICA, Ley 7788: Ley de Biodiversidad, San Jose of Costa Rica, (Unofficial translation from Bernard Mulcahy, Girona, 1999).1998.

819 GOBIERNO DE COSTA RICA, op. cit., 1998.

820 Lo que nos acerca de KELSEN en el ámbito interpretativo, nuevamente. Éste indica que en materia de interpretación cada una de las escalas de la pirámide invertida de las normas deberá, el sujeto cognoscente y aplicante de la norma superior efectuar un acto interpretativo respecto de la norma inferior.

postulante para el Acceso, y la entidad, conforme a la ley estudiada, es de consejo regional de áreas de conservación, los dueños de las heredades o las autoridades indígenas, cuando los recursos estén en sus territorios. Aun más, este Consentimiento Informado Previo debe ser aprobado por una Oficina Técnica encargada de estas materias de acuerdo o conforme a la ley. El artículo 66 de la Ley sobre Biodiversidad reconoce el derecho a la objeción cultural de comunidades locales y de grupos indígenas. Ese derecho puede ocuparse para oponerse al Acceso a Recursos Genéticos Naturales, recursos bioquímicos, así como conocimiento asociado a estos recursos. Las obligaciones, desde otra perspectiva, son el Consentimiento Informado Previo entregado por el propietario de la propiedad raíz o por la autoridad de la comunidad indígena y el director del área de conservación donde tendrá lugar la actividad”⁸²¹.

Términos Mutuamente Acordados

En el caso de los denominados “Términos Mutuamente Acordados” la Ley sobre Biodiversidad de Costa Rica establece el así llamado “permiso de acceso para los componentes de la biodiversidad”. Esos permisos para el Acceso pueden serlo para investigación y bioprospección (artículo 69), y acuerdos y contratos (artículo 74) y las concesiones. Todos los términos deben ser acordados por varias partes y bajo las condiciones impuestas por el Derecho, en otras palabras, con limitada libertad de negociación. Los contratos internacionales y nacionales de Acceso a los Recursos Genéticos Naturales sufren de las mismas restricciones así como todo otro permiso de Acceso (artículo 74).

Por ejemplo, toda postulación para permisos debe encontrarse de acuerdo al artículo 72 de la Ley de Biodiversidad⁸²². De acuerdo a la misma se requiere:

⁸²¹ Articles 65 and 63 paragraph 1

⁸²² GOBIERNO DE COSTA RICA, op. cit., 1998.

- “1.- Nombre completo e identificación del representante interesado. En caso que lo anterior no sea posible debe indicar la el dato de identificación del funcionario y el poder que él o ella inviste.
- 2.- Nombre e identificación completa del profesional responsable o del investigador.
- 3.- Ubicación exacta del lugar y los elementos que serán objeto de investigación, con indicación del propietario, administrador o poseedor del inmueble.
- 4.- Un cronograma descriptivo de los alcances de la investigación y los posibles impactos ambientales.
- 5.- Objetivos y finalidad que persigue.
- 6.- Manifestación de que la declaración anterior ha sido hecha bajo juramento.
- 7.- Lugar para las notificaciones en el perímetro del domicilio de la Oficina Técnica de la Comisión”⁸²³.

División equitativa de beneficios

En el caso de la División Equitativa de Beneficios y la protección del conocimiento asociado, la Ley de Biodiversidad estableció la Comisión Nacional de Administración de la Biodiversidad (CONAGEBIO) (artículo 13). Se compone de 11 representantes de varias reparticiones públicas y organizaciones⁸²⁴. CONAGEBIO incluye a la Oficina Técnica a cargo de los registros establecidos por la Ley de Biodiversidad de Costa Rica. La Comisión es responsable para el procesamiento, la coordinación y la garantía de los permisos que se soliciten. También puede establecer un Comité de Expertos ad-hoc⁸²⁵.

Sin embargo, CONAGEBIO se encuentra hasta el día de hoy discutiendo el tema de la División Equitativa de Beneficios; respecto de ellos no hay “guías” hasta donde sabemos.

Más aun, la Ley de Biodiversidad incluye que “las propiedades genéticas y bioquímicas de los elementos de la biodiversidad silvestres o domesticados son de

823 GOBIERNO DE COSTA RICA, Ley de Biodiversidad No. 7788, p. 39. <http://www.eefb.ucr.ac.cr/Repositorio%20de%20documentos/costarica-leybiodiversidad-1998-sp.pdf> >(20.02.2011)

824 GOBIERNO DE COSTA RICA, op. cit., 1998.

825 GOBIERNO DE COSTA RICA, op. cit., 1998.

dominio público”⁸²⁶(artículo 6 inciso uno).

La declaración, el acto jurídico administrativo, de las propiedades genéticas y bioquímicas de los componentes de la biodiversidad como parte del “dominio público” confirma la naturaleza jurídica del los Recursos Genéticos Naturales como no pertenecientes a la posibilidad de ser adquiridos y como parte del Derecho público costarricense, es decir, de acuerdo con KELSEN, dentro del ámbito que una norma general entrega a las normas jurídicas de aplicación (relación entre la Convención sobre Diversidad Biológica y la ley que se dicta al efecto, en comento en esta parte)⁸²⁷.

Más aun, la misma CONAGEBIO es expresión de la División Equitativa de Beneficios provenientes de la utilización de Recursos Genéticos Naturales en el sentido de asegura una decisión a través de un procedimiento participativo producto de la existencia de personas que representan los intereses y derechos de quienes participan en esta materia⁸²⁸.

Una regla jurídica nueva muy interesante en la materia en el caso de investigación o de bioprospección es la nueva obligación (al parecer basada en la experiencia de Inbio) de depositar el 10 por ciento del presupuesto de investigación y hasta 50 por ciento de los bonos, de lo que éste colecte, a favor del Sistema Nacional de Áreas de Conservación, los territorios indígenas y el dueño del territorio privado que provee el recurso. Esta obligación será establecida por la Oficina Técnica en la misma medida administrativa que permite la investigación ola bioprospección (artículo 76). Estas y otras obligaciones en la ley parecieran ser parte de los efectos del contrato Merck-Inbio⁸²⁹.

826 En este caso, “dominio público” puede tener diversos significados como lo hemos apuntado, es decir, libre acceso, pertenencia a todos; acceso permitido por el Estado dado que pertenece a la nación pero es el Estado el que lo administra. Esta segunda concepción, es, en nuestra opinión, la que se corresponde al concepto.

827 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, pp. 349-350.

828 MADRIGAL, Patricia y SOLIS, Viviana, op. cit., 2003.

829 CABRERA, Jorge, op. cit., 2002 a.

Derechos en la Ley de Costa Rica en materia de Biodiversidad

La Oficina Técnica de la Comisión administrará el procedimiento completo de Acceso. Al mismo tiempo, la Ley de Biodiversidad costarricense reconoce la “existencia y validez de las formas de conocimiento y de innovación” protegiendo este derecho por medio de patentes, secretos comerciales, derechos de los obtentores vegetales, derechos comunitarios de propiedad intelectual sui generis, derechos de copyright y derechos de los campesinos (artículos 77 y 78 número uno).

Excluidas de la protección, son las secuencias de ácido desoxirribonucleico, plantas, animales, organismos que no han sido modificados genéticamente, invenciones esencialmente derivadas del conocimiento que está asociada a prácticas culturales o biológicas en el dominio público, et cetera (artículo 78 número dos). Adicionalmente, la Ley de Biodiversidad reconoce prácticas e innovaciones de indígenas y comunidades locales relacionadas al uso de componentes de la biodiversidad y del conocimiento asociado bajo la denominación de sui generis derechos comunales intelectuales.

Lo anterior significa que ninguna forma de derechos de propiedad intelectual o industrial deba afectar tales derechos históricos (artículo 82).

Finalmente, la Ley de Biodiversidad de Costa Rica incluye el derecho a un proceso participativo para determinar la naturaleza y el ámbito de derechos sui generis de propiedad intelectual e industrial (artículo 83). Más aun la protección de esos derechos sui generis está bajo un sistema registral (inclusión en una base de datos).

Obligaciones en la ley costarricense de Diversidad biológica

En los casos de postulaciones y solicitudes para bioprospección e investigación, la Ley de Biodiversidad establece obligaciones específicas a cumplirse por el postulante (artículo 72): Obligaciones de asegurar la salvaguarda de los derechos del Estado y la

transparencia de las actividades para el investigador y el bioprospector. Acuerdos y contratos necesitan autorización de la Oficina Técnica de la Comisión.

Posibles nuevas reglas de División Equitativa de Beneficios en Costa Rica

Después de la aprobación de la Ley de Biodiversidad de Costa Rica los interesados en la misma y en el procedimiento de División Equitativa de Beneficios critica, nuevamente, las reglas establecidas en la Ley, aunque una participación importante se presentó en la elaboración de la Ley sobre Diversidad Biológica de Costa Rica. Las críticas concernientes al tópico acerca de la División Equitativa de Beneficios se hicieron fuertes.

De hecho un proyecto o anteproyecto de ley ha sido elaborado considerando la mayoría de los elementos incluidos en la Ley de Biodiversidad de Costa Rica. Este anteproyecto incorpora con mayor detalle los elementos relativos a la propiedad intelectual y los derechos derivados de los mismos particularmente en lo que se refiere a los pueblos indígenas.

Uno de los aspectos más relevantes es la definición de recursos bioquímicos incorporados en la “nuevas reglas de acceso” que se transformaron en un reglamento de Acceso que se encuentra en el Reglamento a la Ley de Biodiversidad⁸³⁰.

Su ámbito de aplicación es sobre el manejo, conservación y uso sustentable de la diversidad biológica costarricense. Existen una serie de definiciones, se regula una Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad, un Sistema Nacional de Áreas de Conservación, Consejo Nacional de Áreas de Conservación, las Áreas de Conservación, la Secretaría Ejecutiva, los Consejos Regionales de Áreas de Conservación, los Consejos Locales, Del procedimiento para el nombramiento de Directores de Áreas de Conservación, Organización Financiera del SINAC,

830 GOBIERNO DE COSTA RICA, Reglamento a la Ley de Biodiversidad, Gaceta No. 68 de 8 de abril de 2008.

Conservación y Uso Sostenible de ecosistemas y especies, Educación y conciencia pública, investigación y transferencia de tecnología, Evaluaciones de impacto ambiental, incentivo para la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad.

Se recogen algunos de los elementos más importantes para el comando y control en materia de diversidad biológica, puestos de relieve por varios de los actores relacionados a estas materias.

Las mismas instituciones universitarias, en virtud de un artículo (el número 4) establecido en la ley, han dictado su propia normativa sobre Acceso y transferencia de material genético⁸³¹. Cuando se requiera el Acceso a elementos de la biodiversidad por desarrollarse proyectos o actividades en la materia se remite a la Vicerrectoría de Investigación una carta a fin de se conceda el Aval de la Comisión Institucional de Biodiversidad, en la Universidad de Costa Rica.

Se dicta una resolución con el permiso de Acceso y con lo anterior, siempre que sea necesario, se puede por el interesado solicitar el permiso correspondiente de carácter estatal si los objetos de estudio se encuentran en áreas silvestres protegidas del Estado administrada por el Ministerio de Ambiente y Energía.

Con ello se evita el trámite de ocurrir para el permiso a la Oficina Técnica de la Comisión Nacional de Gestión de la Biodiversidad y en el caso de transferencia desde la universidad al exterior se debe firmar un Acuerdo de Transferencia de Material Genético⁸³².

Lo importante, de manera clara, es el tema de los recursos bioquímicos, que son cualquier material derivado de los organismos vivos investigados e utilizados porque poseen ciertas características específicas, moléculas especiales o signos de diseño.

Los recursos bioquímicos incluyen, entre otros, los materiales necesarios para

831 JENSEN PENNINGTON, Henning, Carta de 14 de marzo de 2007, VI 1819.2007, San José de Costa Rica, 2007.

832 JENSEN PENNINGTON, Henning, op. cit..

obtener productos sintéticos, utilizando como modelos su estructura molecular u otras características físicas o químicas o aquellas que auxilian para elaborar productos semi sintéticos de ingredientes activos o aquellos que utilizan extractos de organismos para la elaboración de fitomedicina o productos nutricionales. Estas definiciones traen una serie de problemas, principalmente relacionados con el ámbito de las regulaciones de Acceso y el balance entre derechos y obligaciones establecidos para aquellos que buscan Acceso a los Recursos Genéticos Naturales⁸³³.

Otro anteproyecto de ley es el relacionado a los indígenas. Esta propuesta reconoce la existencia del conocimiento tradicional, prácticas, costumbres, y la costumbre de los indígenas, y de las comunidades locales (artículo 4). La propuesta no incluye ningún requisito para el reconocimiento de tradiciones y prácticas (artículo 5). La propuesta considera un procedimiento para el acceso al conocimiento tradicional y al conocimiento asociado (capítulo uno) y el derecho a la objeción cultural.

En el orden a resolver el problema de la División de beneficios en un modo equitativo un fideicomiso (institución jurídica) sería establecida donde el dueño de su propiedad transfiriera esa propiedad a otra persona, sujeta esta a ser transferida de dicha persona a otra persona en un momento posterior (artículo 9). La creación de un registro de conocimiento tradicional será otro medio a través del cual se protegen los derechos indígenas.

Conclusiones

El proceso costarricense de desarrollo de normas jurídicas sobre acceso y División Equitativa de Beneficios derivados de la utilización de Recursos Genéticos Naturales permite alcanzar algunas conclusiones.

La Ley sobre Biodiversidad de Costa Rica ha protegido la Soberanía Permanente

833 CABRERA, Jorge, op. cit., 2002 a

sobre los Recursos Naturales, el Consentimiento Informado Previo, así como los Términos Mutuamente Acordados. Más aun la “División Equitativa de Beneficios” comenzó antes de la existencia de una norma jurídica internacional a través del contrato Inbio-Merck en un proceso sinergia.

Desde un punto de vista teórico y práctico de la Justicia en un sentido filosófico, ésta abarca tres áreas relevantes, la interrelación entre partes, intervención de un tercera parte “objetiva” y la participación de aquellos que no se encuentran relacionados. Esta distinción se plasma en el procedimiento, la definición de lo que es justo, y, así tenemos un procedimiento conmutativo, otro distributivo y, finalmente, otro procedimental.

Ahora bien, considerando que la Equidad es el aspecto práctico, aplicable, directamente, del concepto de Justicia es que se puede hablar tanto de una Justicia distributiva, conmutativa y procedimental así como de una Equidad calificable con los adjetivos indicados. Así esta distinción puede ser útil para la evaluación del caso costarricense.

En la Ley de Biodiversidad de Costa Rica la distinción entre Equidad distributiva, retributiva y procedimental parecieran encontrarse en balance. La protección de los derechos de los Estados y el control sobre dichos recursos se encuentran en manos de las instituciones estatales que es el juez final para la distribución de los beneficios de una manera equitativa. Al mismo tiempo, la Ley de Costa Rica sobre Diversidad Biológica permite a las partes entrar en negociaciones y concluir tratados estableciendo División Equitativa de Beneficios basado en negociaciones y acuerdos.

El derecho de terceras partes se encuentra garantizado por las mismas normas jurídicas y por la existencia de un derecho a oponerse a los contratos donde se establezca una División Equitativa de Beneficios sin considerar los derechos de terceras

partes.

Lo anterior ha sido incorporado durante el procedimiento de la Oficina Técnica y, además, la existencia de registros y la aplicación del concepto de Consentimiento Informado Previo pueden ser salvaguardias efectivas de los derechos de aquellos que no son partícipes en la negociación de un contrato.

El caso de la India

Introducción

La Convención sobre Diversidad Biológica establece una obligación para la aplicación del artículo 15 en materia de Recursos Genéticos Naturales. Todos los Estados signatarios y ratificantes deben cumplir con las obligaciones en el Orden jurídico nacional. India fue uno de los países que mayor apoyo entregó a la Convención en su etapa de negociación.

Es uno de los estudios de caso por su grado de desarrollo en la aplicación del artículo 15, es un hecho que posee una ley vigente, un texto completo que regula reglamentariamente esta materia estableciendo la forma en que se habrá de aplicar la Justicia y la Equidad en la División de los beneficios generados por la utilización y también por la respuesta de la India frente a la extracción de recursos genéticos desde la India a Europa o Estados Unidos.

El problema de la División equitativa de los beneficios provenientes de los Recursos Genéticos Naturales no es un problema nuevo para la India. Antes era el recurso biológico el que era extraído desde la India y era integrado en algún jardín botánico o usado por algún país europeo o en colonias de dichos países (traslado material de la planta o el animal).

Hoy día personas y empresas entran compran y se llevan a sus países tales recursos biológicos cuya propiedades son conocidas por las personas y empresas en razón de haberse producido una declaración de parte de pueblos indígenas de las mencionadas calidades de los recursos.

Han existido extracciones ilegales donde estas empresas o personas en definitiva obtienen o han pretendido obtener beneficios. Aquí veremos un segundo caso que contiene alguno de los elementos básicos para la discusión en esta materia, la aplicación de las normas jurídicas internacionales al Orden jurídico nacional, la defensa jurídica de los Recursos Genéticos Naturales así como la defensa política y social frente a las extracciones ilícitas y un caso en que la obtención de beneficios se ha dividido de manera equitativa y justa a nivel nacional.

Los casos son el del árbol “Neem” y del arroz “Basmati” además del caso del pueblo “Jeevani” así como un movimiento por la generación de una norma jurídica que aplique de manera más específica interprete y aplique la Convención sobre Diversidad Biológica generando una Ley de Biodiversidad⁸³⁴.

La determinación de una institución material (un organismo del Estado central) y de instituciones jurídicas proveyendo un balance entre las partes y protegiendo ese balance es uno de los resultados jurídicos en esta materia. Resultado que se representa por normas jurídicas contempladas en la Ley de Biodiversidad y que se aplican hoy día. En esta legislación sobre la diversidad biológica India ha intentado obtener Acceso y División Equitativa de Beneficios. Así como el Dr. Sareth Babu Gidda del Ministerio de Medio Ambiente de la India, hoy día trabajando en la Secretaría de la Convención sobre Diversidad Biológica ha indicado:

“India es uno de los 12 países Megadiversos e India es un país rico en diversidad biológica y conocimiento

834 BRIDGES, Granting of Basmati Patent To US Firm Raises Traditional Knowledge Concerns, Vol. 5, Number 29, July 15, Geneva, 2001.

tradicional. Y la Convención sobre Diversidad Biológica facilita la ejecución la división equitativa de los beneficios sobre los ricos recursos genéticos y el conocimiento tradicional. Una de las obligaciones de la Convención de Diversidad Biológica y así también el interés del Estado es lograr ejecutar los beneficios de aquellos recursos, nosotros necesitamos esa legislación⁸³⁵.

Tres casos relacionados a la División Equitativa de Beneficios derivados de los Recursos Genéticos Naturales

El día dos de septiembre de 1997 Rice Tec le fue otorgada una patente por la Oficina de Patentes y de Comercio de los Estados Unidos de Norte América⁸³⁶. Los derechos de patentamiento de Basmati parecieron darle a la empresa Rice Tec la posibilidad de llamarlo Basmati dentro de los Estados Unidos de Norte América y de calificarlo de “Basmati” para sus exportaciones. La patente sobre este grano es considerado una violación del hecho que el grano aromático de arroz crece sólo en la India (regiones del Punjab, Harvanna y Uttar Pradesh) ha pertenecido a esas regiones desde tiempo inmemorial. La patente número 5663484 sobre líneas de raza del arroz Basmati indica “que las invenciones relacionadas con el novel línea de raza y a plantas y granos de esas líneas”⁸³⁷.

La solicitud de patentes incluye plantas, que han sido transportadas de la India y cultivadas en el norte, sur y Centro América o las Islas del Caribe. Al mismo tiempo, diferentes tipos de granos de arroz con ciertas características dimensionales son parte integrantes del reclamo. Sería difícil entregar en el mercado los granos de arroz teniendo características similares o idénticas en aquellos lugares donde las patentes son otorgadas. Las líneas de arroz de la invención han sido obtenidas cruzando unas semillas de Basmati seleccionado de una semi enana variedad de grano largo.

Todas estas semillas de las líneas de Basmati parecen haber sido obtenidas de la

835BABU, Sareth, ENTREVISTA, (25.06.03), New Delhi, 2003

836 usaremos una serie consecencial histórica.

837 IPSNEWS 2001

Colección Mundial de Germoplasma. Beltsville, Estados Unidos, administrada por el Departamento de Agricultura de los Estados Unidos de Norte América⁸³⁸.

El gobierno de la India se contactó la Oficina de patentes y Comercio de los Estados Unidos de Norte América y solicitó re examinar la solicitud para una patente sobre el Basmati (Patent No 5.663. 484 con fecha 2 de septiembre de 1997 en Estados Unidos de Norteamérica, en adelante, USA) buscando proteger los intereses indios, particularmente aquellos de los productores y exportadores, porque RiceTec buscaba producir y vender arroz bajo el nombre de arroz Basmati⁸³⁹.

Al mismo tiempo, un grupo interministerial de alto nivel que reúne representantes de los ministros y Departamentos de Comercio, Industria y Relaciones Exteriores, Commission on Scientific Research, Agricultura, Biotecnología, “AIREA, y el ICAR fueron movilizados para analizar en profundidad la exanimación del caso”⁸⁴⁰.

La agencia india que solicitó la petición para la examinación en representación del gobierno fue APEDA (Autoridad para el desarrollo de exportaciones de agricultura, productos y comida procesada, se usa su sigla en inglés). Arguyó que la patente era inválida por razones técnicas debidas a la “novedad”, “utilidad”, y ausencia de obviedad. Esta patente fue difícil de cambiar. Desde un punto de vista científico y técnico legal. La razón es que fue extremadamente bien expresada. Cubría, además, 20 solicitudes y con parámetros extremadamente amplios en los atributos que las variedades del arroz Basmati se encuentran asociadas”⁸⁴¹.

Sin embargo, científicos que participan en el Comité Técnico establecido por el Ministerio de Comercio e Industria ha considerado que la evidencia reunida de las

838 Las variedades son: Bas867, RT 1117, RT 1121 and Bas Lg Sel have been developed and seeds of RT 1117, RT 1121 and Bas 867 were deposited by RiceTec with the American Type Culture Collection (ATCC), 12301 Parklawn Drive, Rockville Md. 20852, USA in October 1994, in compliance with the Budapest Treaty. The respective ATCC numbers are ATCC 75939, ATCC 75940 and ATCC 75941. (it may be noted that RiceTec had filed an application for 'Basmati 867' to be granted Breeder Rights under the UPOV in December, 1995).

839 RAMCHANDRAN, Rabrinanath, Challenging the basmati patent in The HINDU India's National Magazine, Volume 17- Issue 10, May 13-16, 2000. <<http://www.frontlineonnet.com/fl1710/17100790.htm>> (25.01.08).

840 ADDEWUMI, James, Basmati, TED Case Studies, (June 1998), <<http://www.american.edu/TED/basmati.htm>> (04.04.09) (1998).

841 ADDEWUMI, James, op. cit., 1998

publicaciones de investigación y de las diferentes variedades bajo cultivo demostraron más allá de cualquiera duda que las solicitudes contenidas en las postulaciones no son todas nuevas.

R. A. Mashelkar⁸⁴² Director general del CSIR (Consejo de investigación científica e industrial, CSIR, en su sigla en inglés), liderando y presidiendo el comité interministerial para salvar el problema de las patentes en el caso del arroz Basmati estableció que la patente sería “modificada o retirada en dos fases”: En primer lugar, aquellos reclamos que pueden ser dejados sin aplicación de manera definitiva, luego, en base al resultado, y la fuerza de la evidencia presentada por la defensa, las solicitudes restantes serían modificadas⁸⁴³.

Posibles errores o conceptos equivocados en el caso del arroz Basmati

En el caso del arroz Basmati la información distribuida por los periódicos y algunas organizaciones no gubernamentales parecieran ser erradas, de acuerdo a algunos abogados.

El primer error parece ser que la empresa Rice Tec, patentó el nombre “Basmati”, manufactura India, en la Oficina de Patentes de los Estados Unidos. Desde otra perspectiva los nombres de marcas comerciales no pueden patentarse bajo Derecho alguno. Los mismos sólo pueden ser registrados como marcas comerciales.

Una palabra aparecida en el título de una solicitud de patentes o patente garantizada no confiere ningún derecho de protección exclusivo excluyendo a otros de poder intentar hacer valer sus derechos sobre el mismo objeto.

El segundo error parece ser que al patentarse el nombre “Basmati” los manufactureros indios, tanto exportadores como productores pareciera ser que no

842 MASHELKAR, Raghunath Anant, *ENTREVISTA*, 2003.

843 RAMCHANDRAN, Rabrindanath, op. cit. ; Mashelkar 2003

podrían vender, exportar y por cierto, producir el arroz “Basmati” en la India.

Los consumidores indios sólo podrían consumir el arroz “Basmati” en la India. Una lectura de los antecedentes en que se funda la solicitud de esta patente la protección se refiere a un nuevo tipo de grano de arroz, de “línea” de grano de arroz, determinando un derecho sobre esa nueva “línea” de grano de arroz producida en conformidad a dicho método. Esta patente no tiene ninguna relación con la comercialización de Basmati en India.

El tercer error pareciera ser la solicitud de un método que logre la preparación como comida del grano de arroz. Los productores indios, sean del tipo que sean, podrán efectuar sus actividades de producción en relación a estas patentes. La patente se focaliza sólo en las características químicas de Basmati y de la protección legal será establecida sobre la base de sus características genéticas.

El cuarto error fue la creencia que la patente sobre Basmati fue posible porque el sistema de patentes indio tiene defectos como la ausencia de actuación del Gobierno Indio. Sin embargo, sólo es procesada por el Orden jurídico del país donde la solicitud es presentada, en este caso, Estados Unidos de Norteamérica. Leyes de patentes en la India o el Gobierno Indio, no tienen ninguna responsabilidad en las patentes y sus procedimientos para solicitarla cuando se produce en otro país.

El quinto error pareciera ser la solicitud contra el Gobierno de India acerca del momento para interponer una solicitud a la Oficina de Patentes y Comercio de los Estados Unidos. No hay normas para oponerse antes que una patente que sea otorgada por la Oficina de Patentes y Comercio de los Estados Unidos.

El caso del árbol Neem

El árbol Neem tiene diversas cualidades. Su follaje y sus maderas se han usado

para atacar enfermedades como la lepra, y ha sido usado como pesticida. Estas características pueden estudiarse en el libro Upananivod, un tratado en sánscrito muy antiguo que se relaciona con agricultura.

En 1998 una firma de los Estados Unidos de Norteamérica vendió una patente del árbol Neem correspondiente a su semilla a la empresa WR GRace otra empresa de la misma nacionalidad. En 1992 WRGrace aseguró sus derechos para la fórmula que usa la emulsión del árbol Neem para fabricar un pesticida. Alrededor de 200 organizaciones han desarrollado un cambio jurídico en la Oficina de Patentes y Comercio de los Estados Unidos de Norteamérica dado que la misma otorgó una patente sobre el uso de pesticida del extracto del árbol Neem. “La sustancia del cambio es que el extracto de pesticida que se ha puesto en duda ha sido desarrollado y usado por la gente de la india para proteger sus cultivos”. El conocimiento de la sustancia era, por cierto, bien conocido y de manera pública al momento de otorgar la patente y las diferencias entre éste y el producto patentado fue “obvio” o conocido⁸⁴⁴.

La Oficina de Patentes de Munich mantuvo objeciones del autodenominado “Grupo Verde” en el Parlamento Europeo a una patente otorgada en 1994 a la transnacional WRGrace y el Departamento de Agricultura de los Estados Unidos de Norteamérica por la reclamada invención de las propiedades fungicidas del árbol indio Neem.

La “División de examinación” sostuvo que la técnica usada era bien conocida para los agricultores locales, contaba con ausencia de calidad inventiva, y concluyó que este conocimiento indígena no puede ser patentado⁸⁴⁵. Como se indicara anteriormente la patente fue rechazada por la Oficina Europea de Patentes.

844 SHIVA, Vandana, A case history of Biopiracy, (10.05.00b) <<http://www.healthlibrary.com/reading/neem/chap10.htm>> (15.04.09). Shiva, Vandana, Entrevista, Tokyo, 2003.

845 SHIVA, Vandana, The Neem tree- a case history of biopiracy, TWN Third World Network <<http://www.winside.org.sg/titlepit-ch.htm>> (12.07.09), 2002; Action Aid, 1999.

El caso “Jeevani”

“Jeevani” es un agente anti fatiga basado en la planta medicinal “aryogyapaacha”. Tres miembros de la tribu “Kani” divulgaron la identidad de la fruta a científicos indios. Las personas de la tribu “Kani” vive en las selvas de Thiruvananthapuram distrito de Kerala en el sur de la India. La estructura tradicional de la comunidad fue aquella de una unidad altamente coordinada bajo el control de un jefe tribal llamado “Muttukani”. Tradicionalmente el “Mutukani” combina el rol de legislador, protector, juez, médico y sacerdote⁸⁴⁶.

El remedio “Jeevani” fue desarrollado de la planta perenne Arogyapaacha (*trichopus zeylanicus*). Esta es una planta “rhizomatous, hierba perpetua distribuida en Sri Lanka, India del Sur y del Sur”⁸⁴⁷. En 1996 el Jardín Botánico Tropical y Instituto de Investigación (en sus siglas en inglés TBGRI) solicito dos proyectos de patentes para la elaboración de una medicina deportiva de carácter herbal basada o cuyos componentes se encuentran aislados de arogyapaacha.

Los científicos aislaron 12 compuestos de arogyapaacha y desarrollaron el medicamento o remedio denominado “Jeevani”. La tecnología, entonces, fue licenciada (término utilizado en lenguaje de propiedad intelectual que es equivalente a arrendar) a la empresa Arya Vaidya Pharmacy, Ltd., una empresa manufacturera india de productos médicos.

Se estableció un Fondo de Confianza a fin de compartir los beneficios de la comercialización de la droga “Jeevani”. La solicitud de patentes describe a la misma como “una nueva, segura, medicina deportiva que posee propiedades anti-fatiga, anti stress y propiedades para impulsar la resistencia”⁸⁴⁸.

846 ANURADHA, Rabrindanath, Sharing with Kanis: A case study from Kerala, Kalpvriksha Mimeo, New Delhi, 1998 and ANURADHA, Rabrindanath, Bio-prospecting and Benefit-Sharing: Some issues and Prospects Novartis and UNED (UK), Report of a UNED-UK/Novartis Workshop hosted by the Rockefeller Foundation, New York. 1999, pp. 10-12.

847 PUSHPANGADAN, et al., Pariseth.K, Arogyapacha (*Trichopus Zeylanicus*), The Ginseng of Kani Tribes of Agasthyar Hills (Kerala) for Evergreen Health and Vitality, Ancient Sciences of Life 7: 13-16, 1988a.

848 PUSHPANGADAN, et al., Pariseth.K, op. cit.

La postulación deja en claro que “los efectos terapéuticos de las plantas ha sido determinado detalladamente por estudios farmacológicos y en los mismos se ha especificado la apariencia física de esta planta que es la descripción de “Varahi” descrita por varios libros y científicos”⁸⁴⁹.

Participación en los beneficios en el caso “Jeevani”

En noviembre de 1997 un “trust” (sociedad de confianza) fue registrado ante las autoridades indias nombrándosele “La sociedad de confianza Kerala Kani Samudaya Kshema” con nueve personas, todos los cuales son miembros de la tribu Kani.

El presidente y vicepresidente de esta sociedad de confianza son dos miembros de esta tribu Kani que fueron aquellos que comunicaron el conocimiento tradicional relacionado a arogyapocha a TBGRI (Jardín Botánico Tropical e Instituto de Investigación de la India, TBGRI en su sigla en inglés).

La decisión de formar esta sociedad de confianza surgió y se acordó en una reunión local de 40 Kanis. Los objetivos de dicha sociedad fueron: calidad de vida, y desarrollo de actividades de los Kanis en Kerala, preparación de un registro de biodiversidad a fin de documentar el conocimiento de los Kanis, determinar y apoyar métodos a fin de promover uso sustentable y conservación de los recursos biológicos⁸⁵⁰.

Discusiones y reacciones a los casos de extracción ilegal y a los contratos

En cada caso, es posible encontrar diferentes discusiones que surgen de los conflictos mismos. Las discusiones se han organizado en relación a cada uno de los casos.

849 PUSHANGADAN, et al., Pariseth.K, Ancient Science of Life, TBGRI Publication 1995, pp. 13-16, New Delhi, 1988b.

850 PUSHANGADAN, et al., Pariseth.K, op. cit.

Caso del arroz “Basmati”

Algunos comentaristas establecieron que “Nosotros [India] hemos de manera ruidosa perdido el caso del arroz Basmati”, particularmente porque algunos de los reclamos no fueron acogidos por la Oficina de Patentes y Comercio de los Estados Unidos de Norteamérica⁸⁵¹.

Algunas de las críticas que aparecieron luego del rechazo al reclamo referido anteriormente fueron:

“La India no cambio ninguno de las características que no fueren la calidad del grano en la noción equivocada que nuestro comercio sólo está relacionado con el grano”.

Organizaciones No Gubernamentales confirmaron sus suposiciones al considerar que en ese momento India cambió tres reclamos y Rice Tec Inc logró que todos fueren rechazados. Han argüido que si India no hubo de modificar las 20 solicitudes estas patentes no podrían haberse sostenido. Así lo reflejan algunas opiniones:

“Lo que ha ocurrido es un serio traspie. Sólo una persona enferma mentalmente podría llamar a esto una victoria. El 14 de agosto [de 2001] , la Oficina de Patentes y Comercio de los Estados Unidos entregó una sentencia para restringir algunas solicitudes de patentes. Por consiguiente, Rice Tec tuvo que revisar la patente. Pero en la abstracción de la sentencia todas las características de la solicitud de Rice Tec parecen haberse admitido. Aquí existe una sentencia escrita, legal y válida de la Oficina de Patentes y Comercio de Estados Unidos que será utilizada desde ahora en otras solicitudes futuras”⁸⁵².

Imposibilidad de reclamar contra las patentes otorgadas por la Oficina de Patentes y Comercio de los Estados Unidos de Norte América

De acuerdo a las normas jurídicas de la Oficina de Patentes y Comercio de los

851 SAHAI, Dr. Savian, Interviewed by Ramesh Menon, Rediff.com, August 27 (19/01/03), <<http://cgi.rediff.com/money/2001/aug/27inter.htm>> 2001.

852 SAHAI, Dr. Savian, op. cit. 2001.

Estados Unidos de Norte América y las leyes de patentes de los Estados Unidos no existe ninguna posibilidad de apelar. “Uno puede llevar esto a una corte o tribunal pero puede tener una duración de años [el juicio] y puede ser extremadamente dispendioso”⁸⁵³.

Comentarios como el aquí publicado fueron presentados y hechos en una serie de periódicos criticando a los gobiernos por esta idea de victoria contra Rice Tec Inc en relación al caso del arroz Basmati.

La India sólo ganó cuatro de las veinte solicitudes

“[N]osotros sólo hemos logrado ganar en obtener forzar a Rice Tec retirar cuatro de las veinte solicitudes [de patentes]”. Las solicitudes que no han sido retiradas tendrán efectos adversos sobre los intereses comerciales de la India en las futuras exportaciones del arroz Basmati” ha indicado una declaración de APEDA⁸⁵⁴.

Pero el líder en “seguridad alimentaria” Devinder Sharma ha argumentado que para disminuir las cuatro solicitudes más importantes lo que ha hecho Rice Tec es engañar el intento de la India de poner fin a la solicitud de patente y a la patente misma. De acuerdo a Sharma, Rice Tec retiró estas solicitudes porque se dio cuenta que estas solicitudes pertenecían a “nuevas líneas de granos” no serán consideradas a la luz de la reexaminación buscada que busca APEDA con la Oficina de Patentes y Comercio de los Estados Unidos.

“De las 20 solicitudes, sólo cuatro son específicas características de los granos cuando de las otras diez y seis solicitudes están más o menos relacionadas con “nuevas líneas de arroz”, con técnicas detalladas de crianza, características y propiedades de

853 SAHAI, Dr. Savian, op. cit. 2001.

854 DEVRAJ, Raman, 'Basmati' patent win not final, say food security experts (05.09.2003), <<http://www.twinside.org.sg/title.basmati.htm>>(10.02.03).

cultivación fuera del subcontinente Indio” ha dicho Sharma⁸⁵⁵. Hay, sin embargo, una buena cantidad de solicitudes que fueron retiradas por Rice Tec Inc. De acuerdo a otras fuentes basadas en la información de oficiales del Gobierno Indio, el número de solicitudes que han sido retiradas por Rice Tec Inc han sido alrededor de quince.

Progresiva violación de la Soberanía nacional de la India

El señor Uzma Jalil de nacionalidad paquistaní, líder de una campaña anti-biopiratería describe tanto la patente sobre Basmati como la patente sobre Turmerica (otra especie) como “manifestaciones de la creciente infracción de la Soberanía económica y nacional del Sur por el Norte”. De acuerdo a Jamil quien es miembro de la “Comisión del Sud Este asiático sobre Políticas Ambientales, Económicas y Sociales” las solicitudes de Rice Tec Inc. se encontraban en directa violación a la Convención sobre Diversidad Biológica que reconoce la Soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales y los recursos genéticos son recursos naturales bajo dicha Soberanía⁸⁵⁶.

Ignorancia de las contribuciones de las comunidades locales

Más aun, Uzma Jalil consideró que “La manera en que Rice Tec estableció la patente, demostró que la misma ha ignorado la contribución de las comunidades locales en la producción del Basmati y esto no lleva a la posibilidad de compartir beneficios, (...)”⁸⁵⁷.

Violación de los Acuerdos sobre Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados al Comercio

Las patentes de Basmati de Rice Tec Inc. violarían las normas de los Acuerdos

855 DEVRAJ, Ramesh, 'Basmati' patent win not final, say food security experts (05.09.2003), <<http://www.twinside.org.sg/title.basmati.htm>>(10.02.03), 2003, Raghavan, 2003.

856 DEVRAJ, Ramesh, US Corporate 'Biopirates' Still Staking Claim on Basmati Rice, Inter Press Service (05.10.00),<<http://www.commondreams.org/headlines/100900.htm>>(10.01.03), 2000.

857 DEVRAJ, Ramesh, op. cit., 2000.

sobre Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados al Comercio que dicen relación la Organización Mundial del Comercio. Esta violación de normas jurídicas diría relación con las “indicaciones geográficas” ha indicado un activista de anti-biopiratería. Bajo estas normas, por ejemplo, el término “champaña” puede sólo ser usado a fin de describir vino que ha sido sólo producido en la región de Francia cuyo nombre es “Champaña” y “Scotch” whisky puede sólo ser aplicado a las bebidas producidas en Escocia. El arroz Basmati está del mismo modo bajo esta regulación desde que tiene una relación cercana “con la relación exclusiva con un lugar de origen en el subcontinente Indio” de acuerdo al Devinder Sharma. Pero la India no logró generar una protección desde la perspectiva de este tratado de Derechos de Propiedad intelectual sobre el arroz Basmati, del té denominado Djareeling⁸⁵⁸.

Violación de las “indicaciones geográficas”

Otros, dentro de esta lista de reclamos, han argüido que el caso del arroz Basmati generaría una violación al artículo 22 del Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados al Comercio, al que nos hemos referido anteriormente, por cuanto este artículo protege mercancías cuya “cualidad y reputación u otras características son atributos esenciales” que son parte de su origen geográfico.

La India está hoy en día en la situación de poder efectuar todos los esfuerzos a fin de proteger todos sus derechos sobre indicaciones geográficas específicas como es el caso del arroz Basmati a través del marco legal o del Orden jurídico bajo la Ley de Indicaciones Geográficas de la India⁸⁵⁹.

Sin embargo, a nivel internacional, estas expresiones no estarían protegidas por los tratados internacionales dado que los artículos 23 y 24 sólo se referirían vinos y

858 DEVRAJ, Ramesh, op. cit., 2000.

859 REPUBLICA DE INDIA, The Geographical indication of Goods (Registration and Protection) Act, Ministry of Law, Justice and Company Affairs, New Delhi, No 48, The Gazette of India, December 30, 1999.

licores aunque el artículo 23 número uno establece la necesidad de renegociación del artículo 23 a fin de ampliar la protección que las “indicaciones geográficas” tienen sobre objetos que se generan en determinados lugares del mundo. Sin embargo, de acuerdo a experto en seguridad alimentaria estas extensiones a productos como Basmati o Djardeeling han sido objeto de oposición de parte de países desarrollados⁸⁶⁰.

El caso Basmati fue un éxito para la India

La Oficina de Patentes, Comercio de los Estados Unidos rechazó conceder una patente para las líneas genéricas y pseudo-genéricas de Basmati. Otros han dicho que la India no ha tenido pérdidas con este caso sino que ha ganado a Rice Tec Inc⁸⁶¹.

La libertad de comercio en el caso Basmati

Aun más, Anil Swarup estableció que con las patentes sobre el Basmati sólo se conceden las mismas a tres que no afectan el interés de la India para exportar el arroz a Estados Unidos⁸⁶².

La regulación India para la certificación de los nombres será posible con la vigencia de la Ley de Indicaciones Geográficas y que pudiera en un mes finalizar la regulación de la certificación de las variedades de Basmati con indicaciones geográficas. Algunas de las solicitudes fueron redactadas de manera amplia incluyendo el noventa por ciento del germoplasma del arroz y el arroz tradicional⁸⁶³.

Ningún derecho sobre marca comercial sobre el arroz Basmati a alguna compañía

Una visión diferente es la que afirma que la concesión de las respectivas patentes

860 ICTSD Internal Files, Granting of Basmati Patent To US Firm Raises Traditional Knowledge Concerns, <<http://www.icts.org/weekly/01-09-11/story4.htm>> Volume 5, Number 29, 31 July 2001.

861 DHAR, Bathir, Entrevista Interview, 23.06.03, New Delhi 2003; SAHA, Rameh, Entrevista, New Delhi, June 20. 2003; NAYAR, Nayar, LAKASHMIKUMARÁN, (2001) India wins basmati rice battle against US. Firm (August 21,2001), <<http://www.rediff.com/money/2001/aug/21rice3.htm>>(12.02.03) 2002.

862 DHAR, Bathir , op. cit., 2003

863 DHAR, Bathir, 2003

que son denominadas “patentes varietales” a una compañía texana para vender las tres variedades de arroz Basmati pero es posible a los Indios de cultivar y vender su arroz⁸⁶⁴.

Inclusive es posible que la India pueda vender líneas mejoradas del grano. Se ha indicado que se puede desarrollar sus propias variedades de arroz Basmati⁸⁶⁵.

El caso “Neem”

Derechos de las compañías para conducir investigación basada en los Recursos Genéticos Naturales

Después varias discusiones surgieron, por ejemplo, acerca de los derechos de las compañías para conducir investigación usando patentes lo que las empresas Estados Unidos de América denominado “descubrimiento” es la manera en que actualmente se considera el actual robo y pirateo de las prácticas indígenas y conocimiento de la gente⁸⁶⁶.

Patentabilidad del árbol “Neem”

Otra discusión es si es posible patentar el árbol “Neem” considerando que es un producto de naturaleza que muestra que no es el resultado de la innovación y el descubrimiento. Se contesta a lo anterior indicando que la empresa WR Grace no tiene una patente sobre el árbol en cuanto a tal sino sólo el proceso de hacer una emulsión de pesticidas. La compañía cree que este proceso es un descubrimiento porque conlleva la manipulación hacia el mejor resultado. La expresión “descubrimiento” tiene una definición nueva y una antigua⁸⁶⁷.

864 REDDIFF, (2001) US firm wins patent for basmati rice varieties, <<http://www.reddiff.com/money/2001/aug/21rice.htm>> (23.02.03).

865 REDDIFF, op. cit. 2001

866 HASSAN, Sawas, The Neem Tree, Environment, Culture and Intellectual Property Rights, <<http://www.american.edu/TED/neemtree.htm>> (27 January 2003), 2003, SHIVA, Vandana, The Neem tree- a case history of biopiracy, TWN Third World Network, pp. 501-502 <<http://www.winside.org.sg/titlepit-ch.htm>> (12.07.02)

867 HASSAN, Sawas, The Neem Tree, Environment, Culture and Intellectual Property Rights, <<http://www.american.edu/TED/neemtree.htm>> (27 January 2003), 2003

El uso de nuevas técnicas científicas sobre técnicas indias tradicionales

De acuerdo a una de las nociones difundidas en India los procesos que las empresas emplean en esta materia son procesos tecnológicos nuevos pero que se basan en técnicas indias y así se explica el rechazo al patentamiento de los procesos por las enormes contribuciones de indios a la creación de medicamentos. Es por esto que se ha indicado que el árbol Neem produce etanol y no sólo etanol que en la década de 1960 era ya conocida⁸⁶⁸.

Elementos negativos

La patente levantó objeciones de los Indios. La actitud agresiva de la empresa Grace en relación a la adquisición de la producción de productos farmacéuticos y del árbol (como tal) de Neem levantaron una serie de reacciones de científicos indios, los agricultores y los activistas políticos quienes objetaron que las multinacionales no tienen derecho alguno para adquirir lo que ha sido durante centurias el trabajo de experimentación indígena y algunas décadas de experimentación de científicos indios.

La patente parece que fuere un ataque contra el conocimiento local e indígena

La patente existente está concentrada sólo en el proceso de proteger la química natural en la forma de una emulsión estable o solución que es un método que es una adición al proceso convencional usado por milenios a fin de elaborar los productos que tienen al árbol “Neem” como base.

La novedad parecería, según algunos, existir sólo en el “desconocimiento” de los países occidentales, un poco irónicamente, porque si bien conocen de estas propiedades buscan el modo de apropiarse cambiando la perspectiva del patentamiento. El árbol “Neem” se intentó registrar bajo la ley de insecticidas de 1968 y aquello fue rechazado

868 HASSAN, Sawas, op. cit., 2003, SHIVA, Vandana, Entrevista, Tokyo, 2003.

precisamente por ser un conocimiento común el que el Neem era un insecticida natural basado en noticias inmemoriales⁸⁶⁹.

Mal uso de patentes

Las patentes de Neem son un largo catálogo de Recursos Genéticos Naturales que se han originado en países subdesarrollados cuando los derechos de propiedad intelectual sobre los mismos han sido adquiridos por empresas multinacionales de países desarrollados⁸⁷⁰.

Elementos positivos

Actuales beneficios para la economía India

WR Grace y PJ Margo han entregado beneficios a la economía India porque han generado empleo para los agricultores debido a que el precio del Neem ha subido porque existe una agregación de valor al mismo producto de esta discusión llegando a 3000 rupies la tonelada (partiendo de sólo 300 rupies).

Convirtiendo la basura en riqueza

PJ Margo ha indicado que esta patente lo que hizo fue convertir la basura en riqueza por cuanto el Neem era explotado y luego botado como basura porque era muy barato en cambio, al ser más demandado, convirtió la situación en una ventaja.

El caso “Jeevani”

En el caso “Jeevani” tanto consecuencias positivas como negativas se han hecho

869 ERKLAERUNG VON BERN, Background paper on the Neem patent challenge, (22.09.00), <[%> \(05.06.03\), 2002.](http://www.evb.ch/index.cfm?page_id=448)

870 Acerca de un nuevo Derecho relacionado con las multinacionales ver FRIEDMANN, Wolfgang, La nueva estructura del Derecho internacional, Trillas, México, 1967, p. 222 ss.

presente.

Los elementos negativos del caso “Jeevani”

Ausencia de información

Hay una crítica de parte de miembros de la tribu Kani acerca de la ausencia de conocimiento del Mandato de Confianza o en su nombre inglés “Trust”⁸⁷¹.

Problemas con los Derechos de propiedad intelectual

El Director del Instituto de Investigaciones, Entrenamiento, Desarrollo de determinadas Casta y Tribus de Kerala (región donde se encuentra la planta “Jeevani”) reclamó que los Derechos de propiedad intelectual se les entregaban o eran solicitados por empresas de carácter privado. Tales patentes o solicitudes eran sólo para empresas lo que parece un contrasentido dado que los verdaderos detentadores de los títulos son los indígenas⁸⁷².

Problemas con la participación

Finalmente algunos además arguyeron que era necesario considerar los derechos de todos en el proceso de División de beneficios así como de la detentación de los derechos de propiedad intelectual⁸⁷³.

Ley de Biodiversidad

La Ley de Biodiversidad fue aprobada por el Parlamento de la India en 2002 (11 de diciembre) y se encuentra actualmente vigente.

Razones para una Ley de Biodiversidad

La decisión India de implementar el tópico de Acceso y División de Beneficios establecida en la Convención sobre Diversidad Biológica se encuentra reflejada en la

871 MENON, Sektor, Kerala Tribe Accuses Indian Biologists of Stealing Knowledge, PANOS Biopiracy, London, 04.08.98, 1998. Este es un fondo de dinero a ser utilizado conforme a cierto criterio para que produzca beneficios cuantificables en dinero y esos beneficios cuantificables en dinero sean ocupados por los miembros de la tribu Kani.

872 MENON, Sektor, op. cit.

873 MENON, Sektor, op. cit.

Ley de Biodiversidad de 2001⁸⁷⁴.

Más aun, varias instituciones expresadas en la Ley de Biodiversidad han sido la manera en que la India ha cumplido con sus obligaciones internacionales contenidas en la Convención sobre Diversidad Biológica⁸⁷⁵.

Necesidad de una ley

El informe “State of the Environment” que se elaboró para la India cubrió en los años 2000 al 2002 cinco prioridades, una de ellas fue la de biodiversidad, que tuvo un rol central.

El reporte mencionado expresa que existe una fuerte pérdida de la biodiversidad debido a falta de políticas claras y mecanismos institucionales para la conservación de la biodiversidad, de la legislación en materia de biodiversidad, participación de comunidades, y una clara perspectiva acerca de los derechos de propiedad intelectual (su relación con los derechos de propiedad y todos otros derechos como los de las comunidades) llevando, finalmente, a que la biodiversidad india sea adquirida por medio de patentes.

Se indicó en el informe referido que se debía concebir la necesidad de contar con una legislación integral sobre la materia y por ello es que nace la Ley de Biodiversidad de la India⁸⁷⁶.

Las Organizaciones No Gubernamentales Indias tuvieron participación en la discusión de la ley de biodiversidad. Después de las consultas las Organizaciones No Gubernamentales y los expertos en materia jurídica⁸⁷⁷.

Materias relevantes de la Ley de Biodiversidad

Las siguientes son las materias relevantes de la Ley de Biodiversidad.

874 BABU, Sareth, ENTREVISTA, (25.06.03), New Delhi, 2003, CULLET, Phillippe, op. cit., 2003.

875 CHOUDHARY, BRINDANATH, Legislation for genetic heritage, in Biotechnology and Development Monitor, No. 48, December, 2001, pp. 19-21; GUPTA, Ashish, (2003) Value addition to local Kani tribal knowledge: patenting, licensing and benefit-sharing, <<http://www.sristi.org/pub.html>> (14.03.03), 2003; Cullet, Phillippe, Property Rights over Biological Resources: India's Proposed Legislative Framework, 4th Journal of World Intellectual Property, Geneva, 2001.

876 KUMARAN, Lakashmi y SETHI, Pia 2003.

877 GENE CAMPAIGN, Influencing National policy and Drafting National Legislation <<http://www.genecampaign.org/activities4.htm>> (15.04.03), 2003.

La Soberanía sobre recursos naturales (genéticos)

A fin de mantener la Soberanía sobre recursos naturales se estableció un registro obligatorio para ciudadanos o personas jurídicas de la India cuando efectúen cualquier tipo de participación en actividades comerciales con recursos biológicos. Cualquiera de estas entidades requiere a fin de ejecutar la obtención de cualquier recurso biológico o de un conocimiento asociado para investigación o utilización comercial o investigación biológica sin la aprobación previa de la Autoridad Nacional. En el caso de ciudadanos indios en el extranjero deben inscribirse en un registro cada vez que deseen exportar recursos biológicos (Article 2b)⁸⁷⁸.

Sólo investigación colaborativa envuelve transferencia y/o el cambio de recursos biológicos e información relativa a esta entre instituciones incluyendo instituciones gubernamentalmente auspiciadas e instituciones similares en otros países serán exceptuados⁸⁷⁹.

El registro del conocimiento de personas naturales locales (en contraposición a persona naturales que desarrollen sus actividades a nivel nacional), es decir, provenientes y que desarrollen sus actividades en el lugar y comunidad donde se han desarrollado los conocimientos locales, es parte del desarrollo de un sistema “sui generis” de derechos de propiedad intelectual a fin de dar un balance a los varios aspectos de las Medidas de Equidad que incluye el registro de conocimiento en los diversos niveles y desarrollo de un sistema sui generis de protección de la propiedad intelectual de dicho conocimiento. Este sistema sui generis auxilia a proteger el derecho sobre los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y de las comunidades⁸⁸⁰.

878 REPÚBLICA DE INDIA, (Ministry of Law and Justice), The Biological Diversity Act, 2002, Publicada en la Gaceta del Estado, 5 de febrero de 2003, artículo 2 letra b.

879 BABU, Sareth, Entrevista, 2003 REPÚBLICA DE INDIA, (Ministry of Law and Justice), op. cit., artículo 5 párrafo 1

880 BABU, Sareth, Entrevista, 2003. REPÚBLICA DE INDIA, op. cit., artículo 36, párrafo 5.

Autorización imperativa de la Autoridad Nacional India para cualquier resultado de investigación derivada de recursos biológicos

La Ley de Biodiversidad establece la obligación de autorización de cualquier resultado de investigación que sea el resultado de la investigación sobre recursos biológicos indios aun los recursos genéticos o el conocimiento derivado de ellos de cualquiera que esté registrado en la India (artículo 4)⁸⁸¹.

Si una publicación científica contiene resultados de una investigación científica ejecutada con Recursos Genéticos Naturales de la India, debe seguir las guías que dicte al efecto el gobierno de la India y cumplido lo anterior debe ser publicado⁸⁸².

Posibilidad de la Autoridad Nacional de Biodiversidad de oponerse a todo derecho de propiedad intelectual otorgado fuera de la India

La Autoridad Nacional de Biodiversidad puede, en representación del gobierno central, tomar medidas jurídicas a través de un procedimiento establecido en las leyes Indias para oponerse a los derechos de propiedad intelectual fuera de la India o cualquier recurso biológico o conocimiento asociado que ha sido extraído (exportado o materialmente extraído) fuera de la India (artículo 18 número uno)⁸⁸³.

Consentimiento Informado Previo

Permiso previo para cualquier aplicación de derechos de propiedad intelectual dentro o fuera del territorio de la India.

La Ley de Biodiversidad exige permiso previo para “cualquier forma de derechos de propiedad intelectual” dentro o fuera de la India⁸⁸⁴. Este permiso debe ser garantizado por la Autoridad Nacional India de acuerdo a la forma establecida por la

881 REPÚBLICA DE INDIA, op. cit., artículo 4.

882 BABU, Sareth, Entrevista, 2003, REPÚBLICA DE LA INDIA, op. cit., artículo 4 párrafo 4.

883 REPÚBLICA DE LA INDIA, op. cit., artículo 18 párrafo 1.

884 BABU, Sareth, Entrevista, 2003.

ley. La autoridad puede garantizar permiso pero puede establecer cargas relacionadas a la División de beneficios que surgen de la comercialización o de dichos derechos (artículo 6)⁸⁸⁵.

Intimación previa al Consejo Estatal de la Biodiversidad

En el caso que un ciudadano Indio o un “cuerpo corporativo” quiere explorar la biodiversidad en India, ellos deben dar información al Consejo Estatal de la Biodiversidad (State Biodiversity Board en la ley) en la manera que se indica en la ley (artículo 24 número uno)⁸⁸⁶. El Consejo Estatal de la Biodiversidad puede establecer una prohibición o restricción para cualquiera de dichas actividades después de recibir dicha intimación si es de la opinión que esa actividad provoca un detrimento a los objetivos de conservación y usos sustentable de la biodiversidad o de la “división equitativa de los beneficios” que aparecen de dicha actividad (artículo 24 número 2)⁸⁸⁷.

Términos o Cláusulas Mutuamente Acordadas (Mutually Agreed Terms)

Investigación conjunta colaborativa

Las investigaciones conjuntas de carácter colaborativas requieren de permiso cuando se refieran a la biodiversidad o sus componentes porque con sus resultados no les está permitido salir del país de cualquier forma. Así una gran cantidad de medidas se sugieren en la ley para cumplir las expectativas de los proveedores de dichos recursos genéticos o del conocimiento asociado (Número uno, dos y tres del artículo 5)⁸⁸⁸.

División Equitativa de Beneficios

Protección directa de la Equidad en la División de beneficios derivados o

885 BABU, Sareth, Entrevista, 2003, REPÚBLICA DE LA INDIA, op. cit., artículo 6.

886 REPÚBLICA DE LA INDIA, op. cit., artículo 24 párrafo 1.

887 BABU, Sareth, Entrevista, 2003, REPÚBLICA DE LA INDIA, op. cit., artículo 24 párrafo 2

888 REPÚBLICA DE LA INDIA, op. cit., artículo 5 párrafos 1, 2, 3.

emergentes de los Recursos Genéticos Naturales es la Autoridad Nacional de la Biodiversidad asegura importantes aspectos relacionados con la aplicación del artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica⁸⁸⁹.

La División Equitativa de Beneficios derivadas del uso de los recursos biológicos de sus productos derivados

Prácticas asociadas a su uso, aplicación y conocimiento

El conocimiento asociado a dichos recursos a través de la aprobación de los términos y condiciones de cualquier transacción relacionadas a estas materias (artículo 8)⁸⁹⁰.

Una lista de beneficios incluyendo propiedad conjunta de los derechos de propiedad intelectual (Caso “Basmati”, Caso “Neem” y caso “Jeevani”), transferencia tecnológica, lugares para investigación y desarrollo, fondos de capitales de inversión, compensaciones monetarias directas, así como otras compensaciones no monetarias (Número dos del artículo 21)⁸⁹¹.

Cumplimiento de la División Equitativa de Beneficios

La Ley ha creado un Fondo Nacional de Biodiversidad y cualquier beneficio debe ser depositado en este Fondo de acuerdo a las reglas de División Equitativa de Beneficios de las partes⁸⁹². De lo anterior se deduce que el pago de estos beneficios sea hecho directo a las fuentes cuando los recursos biológicos o el conocimiento sean el resultado de Accesos para individuos específicos o grupos de individuos u organizaciones de acuerdo a los términos de los acuerdos en una manera que pueda

889 REPÚBLICA DE LA INDIA, op. cit., artículo 21 párrafos 1, 2.

890 REPÚBLICA DE LA INDIA, op. cit., artículo 8.

891 REPÚBLICA DE INDIA, op. cit., artículo 21, párrafo 2.

892 AHUYA, Dr. Viba, Entrevista, Nueva Delhi, 2003, BABU, Sareth, Entrevista, 2003. REPÚBLICA DE LA INDIA, op. cit., artículo 21, párrafo 3.

considerarse como apropiada (artículo 21 número tres)⁸⁹³.

Creación de un Fondo para la División de los beneficios

La Ley de Biodiversidad ha creado dos fondos, el Fondo Nacional de la Biodiversidad (artículo 26 a 30) y el Fondo Local para la Biodiversidad (artículos 42 a 47). El Fondo Nacional de la Biodiversidad busca canalizar los beneficios a los solicitantes conservando los recursos biológicos, desarrollando áreas donde tales recursos biológicos o conocimiento asociado han sido adquiridos y desarrollo económico en consulta con los cuerpos intermedios y locales involucrados se intenta alcanzar (artículo 26).

En el mismo sentido, la Ley de Biodiversidad tiene un Fondo Local para la Biodiversidad que será usado para el beneficio de las comunidades en tanto cuanto dicho usos sea consistente con la conservación de la biodiversidad (número 2 del artículo 44)⁸⁹⁴.

Este Fondo Local para la Biodiversidad ha sido utilizado para lograr la conservación de la misma sobre la base de aportes de origen diferente.

Se incorporan préstamos o fondos de carácter gratuito (donaciones) que pueden ser de origen diferente, así también se incluyen derechos que se cobran, y sumas de dinero. La forma en que se usa el Fondo es de responsabilidad y decisión del Gobierno Estatal pero no debe sobrepasar los aspectos más generales en la materia, a saber, que sólo cabe aplicarlos a la conservación y uso sostenible de la biodiversidad⁸⁹⁵.

Evaluación de la Ley de Biodiversidad India

Esta evaluación se efectúa desde el año 2003 hasta hoy considerando las críticas

893 AHUYA, Dr. Viba, op. cit., 2003. REPÚBLICA DE LA INDIA, op. cit., artículo 21 párrafo 3.

894 AHUYA, Dr. Viba, op. cit., 2003. REPÚBLICA DE LA INDIA, op. cit., artículo 44 párrafo 2.

895 REPÚBLICA DE LA INDIA, National Biodiversity Authority, Chapter, 11, Nadu, India, 2011.

que en ese momento fueron formuladas hasta la situación actual en que las mismas han sido ampliamente minimizadas y desarrolladas y no son aplicables como tales. Muestran, como en otros casos, el esfuerzo por poner fin a las críticas.

Confusión y debilidad

De acuerdo a algunos comentaristas, la Ley de Biodiversidad es débil y confusa⁸⁹⁶. La Ley no considera leyes más antiguas y en muchos casos estará o será contraria a tales leyes. Los derechos de propiedad intelectual parecen ser muy débiles en esta ley debido a que no hay referencia acerca del tipo de derechos de propiedad intelectual aplicable al conocimiento tradicional asociado a los recursos biológicos o a los recursos biológicos mismos.

Toda solicitud de propiedad intelectual sobre los recursos debe ser aprobada por la Autoridad Nacional de la Biodiversidad. La ley es contraria a un debate muy extenso en el tiempo acerca del patentamiento de formas de vida.

Otras legislaciones de la India sobre la materia toman una clara posición al respecto la Ley de 2001 sobre Protección de Variedades de Plantas y Derechos de los Agricultores. La misma garantiza que ninguna patente será permitida acerca de plantas o animales pero sólo sobre micro-organismos.

Al mismo tiempo la Ley de Biodiversidad establece una estructura paralela de carácter institucional. Por ejemplo en el caso de áreas protegidas existe un problema cuando es posible que dos o más instituciones puedan administrar dichas áreas. Es por eso que pueden generarse contradicciones normativas o ejercicio de hecho de derechos inexistentes debido a discordancias o contradicciones normativas o por falta de normas

896 SUHAI, Samian, India's Biodiversity Bill is weak and confused, November 11, <<http://www.genecampaign.org/newsfolder/PVP-FR-long/analysis/2011.doc>> (12.02.03), 2002, Devi 2003. Obviamente la calidad de débil y confusa depende de quiénes emitan tal aserto y en relación a cuál concepto es lo anterior establecido.

jurídicas mismas⁸⁹⁷.

La presente Ley será un problema para investigadores. La legislación es capaz de asustar a potenciales investigadores así como las publicaciones y diseminaciones de investigación deberá tener especial consideración el permiso y las normas que establezca el gobierno al respecto pudiendo inclusive ser vetado por el gobierno la investigación al respecto.

Así también las comunidades indígenas y locales no podrán oponerse a los derechos de propiedad intelectual respecto de recursos biológicos o de conocimiento tomados de ellas así como la ausencia de División equitativa de los recursos genéticos⁸⁹⁸.

La Ley sobre Biodiversidad contraviene la Convención sobre Diversidad Biológica de 1992

Existen críticas que se fundamentan en la posible contravención de la Ley sobre Biodiversidad y la Convención sobre Diversidad Biológica de 1992. La Ley de Biodiversidad niega la posibilidad de apropiarse los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados.

Sólo se admite con autorización de los cuerpos administrativos establecidos por la ley misma previa aprobación del Gobierno pero no puede efectuarse acto alguno sin la aprobación del gobierno.

En vez de ser las comunidades locales y las comunidades indígenas las que reciban los beneficios serán, en verdad, las compañías multinacionales. El objeto que tiene esta legislación, de acuerdo a sus críticos, es que la misma será una manera de auxiliar a las compañías multinacionales más que a otros entes o personas naturales a fin

897 SUHAI, Samian, op. cit., 2002.

898 SUHAI, Samian, op. cit., 2002.

de quedarse con la rica biodiversidad.

Excepción general para los Indios en cuanto pueden obtener los beneficios de los recursos biológicos

La Ley establece en la sección 3 que quienes no sean ciudadanos y tampoco sean Indios así como personas jurídicas que no se encuentren registradas en la India no pueden obtener ningún recurso biológico así como ningún conocimiento asociado que tenga su origen en la India. Se incluye en lo anterior la investigación para utilización comercial o para investigación biológica o para utilización biológica sin el permiso especial de la Autoridad Nacional de la Biodiversidad.

Desde una perspectiva diferente, esta prohibición general ha sido criticada porque ha sobrepasado o contradicho una serie de normas jurídicas que tienen por objeto el trabajo colaborativo en materia de estudio e investigación en relación a las guías de políticas acerca de la biodiversidad que el Gobierno Indio ha publicado⁸⁹⁹. Es necesario apuntar que esta “guías” no son obligatorias jurídicamente hablando.

Crítica específica a la imposibilidad de investigación colaborativa en agrobiodiversidad

La Ley de Biodiversidad establece una seria imposibilidad de investigación colaborativa en materia de agrobiodiversidad. La sección 6 en el número 3 (siguiendo su versión en inglés) establece que la aplicación personal no es posible respecto de quienes solicitan protección a derechos relacionadas a la protección de variedades de plantas que hayan sido regulados por medio de leyes del Parlamento Indio⁹⁰⁰.

Lo anterior genera otra discordancia entre normas jurídicas, unas que protegen

899 DEVI, Sareth, Entrevista, Nueva Delhi, 2003.

900 AGARWAL, Ashmin, The Bill of Contention, Centre for Science and Environment, New Delhi, <http://www.cseindia.org/html/dte/dte20020115/dte_edit.htm> (23.01.03), Agarwal 2003.

los recursos genéticos y otras que protegen los derechos de propiedad intelectual sobre nuevas creaciones de plantas provenientes de la agrobiodiversidad cuando la diferencia entre biodiversidad proveniente de animales, plantas y microorganismos de origen natural y los que son producto de la agricultura es realmente tenue.

La ley abre la puerta a compañías multinacionales para explotar las comunidades agrícolas Indias. Estas empresas podrían reclamar derechos derivados de la propiedad industrial (derechos del obtentor, por ejemplo) sin que exista protección ni contraprestación⁹⁰¹.

Posibilidad de ausencia de revisión judicial

El artículo 52 de la ley indica que si se actúa de “buena fe” no se procede a perseguir a ningún funcionario público del Gobierno Central o de alguno de los Estados a fin de alcanzar la ejecución de la ley o de los reglamentos que la complementen.

Esta Ley genera críticas por la falta de control externo (que, en inglés, le denominan *accountability*), a la burocracia, y con lo anterior es un peligro para la democracia y los derechos de las personas con lo cual se puede usurpar los derechos de las personas y recursos así como conocimiento de los mismos⁹⁰².

Se ha convertido en algo claro que la regulación por el Estado ha llegado a procedimientos complicados y atrasos para dejar fuera de genuinos bioprospectores y de usuarios del “conocimiento tradicional” y de recursos biológicos. Es claro igualmente que la “fiebre del oro” para obtener beneficios de los recursos biológicos y recursos genéticos no se ha alcanzado⁹⁰³.

901 AGARWAL, Ashmin, op. cit.

902 SHIVA, Vandana, 2002b, AGARWAL, Ashmin, op. cit.

903 AGARWAL, Ashmin, op. cit.,

Reglas sobre la División de beneficios en la India

Después que la Ley de Biodiversidad entró en vigencia en el 2002, un proyecto generado por la Autoridad Nacional de la Biodiversidad y el procedimiento para la División Equitativa de Beneficios fueron discutidas en la India.

Luego el número veinte y uno de la Reglas de Diversidad Biológica de 2003 desarrolló los mecanismos por una División Equitativa de Beneficios. La Autoridad Nacional de la Biodiversidad se encuentra encargado de las normas específicas para la División equitativa y justa de los beneficios de manera o forma “caso a caso”. Si bien es posible que pueda determinar el “quantum” específico a través de acuerdos mutuos en consulta de las autoridades locales y también con los que solicitan beneficios⁹⁰⁴.

Al mismo tiempo, las reglas establecidas en el caso de los recursos biológicos son accesados por individuos, grupos de individuos de organizaciones, y la cantidad acordada será pagada directamente a esos individuos o grupos. Si no es posible determinar ni a las personas ni a los individuos sino al Fondo Nacional de la Biodiversidad conforme al artículo 21 número seis de la Ley de Biodiversidad.

Conclusión

Es claro, la India ha desarrollado, interpretado y aplicado el artículo 15 de la Convención de Diversidad Biológica. En este caso se aplica el sistema de dictar una ley y reglamentos permitiendo la interpretación y aplicación de tal manera y así se aplica la determinación por una autoridad estatal de lo “justo y equitativo” en la División de beneficios de la utilización de los recursos genéticos.

Inclusive hay una obligación de determinar la Equidad y Justicia en la División de beneficios así como la petición de permiso para la obtención de derechos de propiedad intelectual además de definirse una División de carácter conmutativa,

904 AHUYA, Dr. Viba, op. cit., 2003, Article 21 paragraph 3

distributiva y procedimental.

El caso brasileño

Este caso, al igual de los otros casos es escogido como uno de los lugares con gran riqueza de biodiversidad mundial. En efecto, Brasil es uno de los centros de biodiversidad en el mundo⁹⁰⁵.

Además posee una serie de características, desde el punto jurídico, permitiéndonos un análisis de interés para mi tesis, a saber, tiene una Constitución Política estableciendo jurídicamente al “medio ambiente” como centro de análisis, pude visitar a Brasil, Bahía, donde se concentra la Mata Atlántica, pertenece a una de las dos familias jurídicas relevantes para nuestro estudio, la familia jurídica proveniente de la cultura europea continental y, además, ha tenido un devenir muy interesante desde que se aprobó la Convención de Diversidad Biológica, una norma jurídica relevante para Brasil.

La Convención de Diversidad Biológica y Brasil

Brasil es sin duda centro de reunión y recuerdo de las dos convenciones de mayor importancia en materia de regulación jurídica del medio ambiente porque pretenden ser las generadoras de una serie de derechos y obligaciones generales entre Estados a fin de pretender regular jurídicamente tanto la modificación del clima terrestre como la vida vegetal, animal y microbiana en la Tierra. Las Convenciones a las que nos referimos son la Convención de Cambio Climático⁹⁰⁶ y la Convención sobre Diversidad Biológica⁹⁰⁷.

La Convención sobre Diversidad Biológica en Brasil rige desde el 28 de febrero

905 MYERS et al, Norman, (2000) Biodiversity hotspots for conservation priorities, Nature 403: pp. 853-858.

906 REPÚBLICA DE CHILE, Promulga Convención sobre Cambio Climático, Decreto 123, Publicado en el Diario Oficial de la República de Chile de 13 de abril de 1995.

907 REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., 1995, UNITED NATIONS ORGANIZATION, op. cit., 1993.

de 1994⁹⁰⁸. Esta convención es uno de los frutos de Río de Janeiro 1992 que es la reunión más importante que se ha visto donde se encontraron jefes de Estado o jefes de gobierno de todos los países de la Tierra.

Las normas jurídicas constitucionales brasileñas

La Constitución Política del Brasil fue modificada en 1998, seis años tras la Conferencia de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, a fin de incorporar conceptos relacionados con Medio Ambiente. Declaró un derecho en el artículo 225 que reza de la siguiente manera:

“Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado bien de uso común del pueblo y esencial a las calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y de preservarlo para las presentes y futuras generaciones.

I.- Para asegurar la efectividad de ese derecho, incumbe al Poder Público:

1.- Preservar y restaurar los procesos ecológicos de las especies y de los ecosistemas.

(Se regula por la ley 9.985 de 18 de julio de 2000).

2.- Preservar la diversidad e integridad del patrimonio genético del País y fiscalizar las entidades dedicadas a la investigación y manipulación del material genético. (Se regula por la ley 11.105 de 24 de marzo de 2005).

3.- Definir en todas las unidades de la Federación, espacios territoriales y sus componentes que serán especialmente protegidos, siendo una alteración y una supresión permitidas solamente por ley, prohibido efectuar modificaciones cualquiera que comprometa la integridad de los atributos que justifiquen su protección. (Se regula por la ley 11.105 de 24 de marzo de 2005).

4.- Exigir, conforme a la ley, para la instalación de obra o actividad potencialmente causadora de significativa degradación del medio ambiente un estudio previo de impacto ambiental al que se le dará la respectiva publicidad.

(...)

7.- Proteger la fauna y la flora, prohibidas, en la forma de la ley, las prácticas que sitúen en riesgo sus funciones ecológicas, provoquen la extinción de las especies o sometan a los animales a crueldades.”⁹⁰⁹.

908 SECRETARÍA DE LA CONVENCIÓN SOBRE DIVERSIDAD BIOLÓGICA, List of the Parties, Montreal, 2012, < <http://www.cbd.int/convention/parties/list/> > (23.9.2011).

909 REPÚBLICA DE BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, Senado Federal (Texto consolidado até a Emenda Constitucional No 68 de 21 de dezembro de 2011, Secretaria Especial de Editoração E Publicações, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, 2010, p. 45. artículo 225,

Agrega:

“IV.- La Floresta Amazónica brasileña, la Mata Atlántica, la Sierra del Mar, el Pantanal Mato-Grossense y la Zona Costera son patrimonio nacional y su utilización se hará, en la forma que la ley establezca, dentro de las condiciones que aseguren la preservación del medio ambiente, inclusive en cuanto al uso de los recursos naturales.”⁹¹⁰.

Es decir, este es el marco constitucional en que cualquier actividad jurídica de los brasileños o extranjeros en el Brasil deben obedecer. Además de las normas jurídicas de carácter legal dictadas en obediencia a la Constitución Política del Brasil así como a la Convención sobre Diversidad Biológica.

El contrato entre Novartis y Bioamazonia, interpretación y aplicación del artículo 15 de la Convención en el Acceso y la División Equitativa de Beneficios

Bioamazonia fue creada por el Estado de Brasil a través de su gobierno para administrar los Recursos Genéticos Naturales. Un Decreto presidencial de 18 de marzo de 1999 dio lugar a la institución denominada Bioamazonia. Bioamazonia debe administrar los aquí denominados Recursos Genéticos Naturales de la Amazonia y “establecer negocios con empresas a fin de obtener recursos financieros y no financieros para la organización”⁹¹¹.

La obtención de dichos recursos se ejecuta a través de “contratos de administración” con tres Ministerios del Gobierno del Estado brasileño, a saber, los Ministerios de Medio Ambiente, de Planificación y de Finanzas.

Los “contratos de administración” definen objetivos y poderes de Bioamazonia.

<http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_21.12.2011/CON1988.pdf> (23.12.2011).

Editora Saraiva, CLT Saraiva Acadêmica e Constituição Federal. Editora Saraiva, 5ª Edicao, actualizada y aumentada, 2007, pp. 115-116.

910 REPÚBLICA DE BRASIL, op. cit., p. 45, artículo 225, EDITORA SARAIVA, op. cit., pp. 115-116.

911 BIOAMAZONIA, Acordo Bioamazonia-Brasil, <<http://www.bioamazonia.org.br/acordo>> (04.02.2002), 2002, BIOAMAZONIA, Acuerdo de Cooperación Bioamazonia Novarti, Brasilia, 2000.

Bioamazonia tiene la posibilidad de firmar y administrar acuerdos y otros instrumentos necesarios así como la posibilidad de participar de joint ventures (artículo 4 número 2 del Estatuto de Bioamazonia en 2002). De acuerdo a información recibida desde Brasil esos tres ministerios controlaban las actividades de Bioamazonia a través de normas jurídicas contenidas en el contrato o en normas jurídicas legales derivadas de la Constitución. Sin embargo no fue hasta 2005 cuando, como veremos en el transcurso de este análisis, que se dicta una ley sobre el asunto a la que hemos aludido ya.

Este contrato es regulado conforme a las normas de Derecho público debido a que las normas jurídicas que lo admiten a la sazón o que son interpretadas desde la Constitución hasta la Convención sobre Diversidad Biológica son normas de Derecho público sea constitucional, sea administrativo, sea internacional.

El segundo contrato, contrato internacional entre una empresa y una representante del Estado sobre bienes pertenecientes al Estado

En el mes de mayo de 2000 Novartis firmó con Bioamazonia un contrato que se concentraba en el aspecto denominado en el lenguaje vulgar de los que tratan el tema como “Acceso y división ‘equitativa’ de beneficios” debido a que no respeta ninguno de los principios básicos del derecho de propiedad al usar testafierros (Bioamazonia) para obtener el denominado “conocimiento tradicional” y obviando normas fundamentales relativas a los derechos del Estado de Brasil así como de los brasileños en aras de obtener un contrato de este tipo, solución que pareciera perfecta pero que siguiendo una frase que escuche en España: “pan para hoy y hambre para mañana”⁹¹².

Análisis formal del contrato Bioamazonia con Novartis del año 2000

El contrato contiene o se divide en dos partes, a saber, una primera donde se deja

912 BIOAMAZONIA, op. cit.. 2000.

constancia de los términos más relevantes del acuerdo, donde se deja constancia los elementos esenciales. Una segunda parte no menos relevante es la relativa a los elementos técnicos de un contrato de este tipo⁹¹³.

Contenido del contrato

El contrato contiene derechos y obligaciones entre Novartis y Bioamazonia. Una cierta cantidad de dinero será pagado por un número de microorganismos, esos microorganismos serán procesados y los compuestos de Recursos Genéticos Naturales serán enviados desde Brasil a Novartis en Suiza⁹¹⁴.

El contrato ha establecido primero las estipulaciones de las obligaciones y derechos de las dos partes. Segundo, el mismo regula la División de beneficios. El contrato contiene, del mismo modo, normas sobre solución de conflictos de acuerdo a cuál de las partes debe entrar en negociaciones en caso de conflicto⁹¹⁵.

Derechos y obligaciones en el caso del contrato Bioamazonia-Novartis

Derechos de Novartis

Derecho de selección de microorganismos

Novartis estableció como Derecho el poder seleccionar diez mil microorganismos. Los diez mil micro-organismos serían seleccionados por la misma empresa para efecto de efectuar investigación sobre los mismos. Los micro-organismos representan una nueva área de investigación ya que hasta el momento se han analizado en esta investigación sólo actos respecto de animales y plantas no así microorganismos. Es la nueva frontera debido a que los mismos pueden tener propiedades más

913 BIOAMAZONIA, op. cit.. 2000.

914 BIOAMAZONIA, op. cit.. 2000.

915 BIOAMAZONIA, op. cit.. 2000.

importantes que las de los animales y las plantas⁹¹⁶.

Derecho de modificación del objeto de análisis de manera unilateral

Novartis tiene el Derecho de seleccionar diez mil microorganismos modificando el objeto del contrato, la selección de microorganismos a recursos biológicos. Es posible efectuarlo de manera unilateral por permiso del contrato mismo⁹¹⁷.

Derecho unilateral a extender el plazo de ejecución del contrato

En caso de interés en uno de los microorganismos o recursos biológicos a fin de extender el tiempo del contrato de de investigación del respectivo contrato en relación a un microorganismo o recurso biológico⁹¹⁸.

Derecho de propiedad sobre derivados e invenciones

Se señala en el respectivo contrato que las invenciones que resulten del trabajo de Novartis con los Recursos Genéticos Naturales y sus derivados son de la empresa. “Cepas Escogidas” y también los Compuestos Directos y Compuestos Derivados (derivaciones y derivados o derivativos de los Recursos Genéticos Naturales) Novartis tiene el derecho exclusivo a requerir y mantener protección de patente para producir, hacer, usar, vender, es decir, transferir los mencionados compuestos⁹¹⁹.

Obligaciones de Novartis

Novartis tiene la obligación de pagar dos millones de francos suizos a fin de instruir o entrenar científicos brasileños para coleccionar y revisar treinta mil micro-

916 BIOAMAZONIA, op. cit.. 2000.

917 BIOAMAZONIA, op. cit.. 2000.

918 En un sistema liberal puro esto podría ser posible pero hoy día en los sistemas liberales puros se han establecido desde correcciones a este tipo de “derechos” hasta la consideración de sancionar este tipo de cláusulas.

919 BIOAMAZONIA, op. cit.. 2000, Anexo 1, número 4.2 y 4.3.

organismos.

Respecto de los microorganismos seleccionados Novartis debería pagar por cada uno la cantidad de doscientos cincuenta francos suizos.

Debe pagar la suma de cuatro millones cien mil francos suizos por nuevas invenciones basado en los microorganismos.

Otra obligación es que en caso se encuentre alguna invención y decida comercializar debe pagar cinco millones doscientos de francos suizos.

Finalmente, si se descubre alguna invención y decide comercializar debe pagar un cero coma cinco por ciento de las ventas anuales netas de la venta de la invención⁹²⁰.

Obligaciones de Bioamazonia

Bioamazonia, a su vez, se obliga a lo siguiente:

Debe revisar treinta mil microorganismos.

Debe negociar el uso del “conocimiento tradicional” con las comunidades locales y las comunidades indígenas.

Debe negociar el precio del uso del mencionado “conocimiento tradicional”.

Debe enviar antecedentes acerca del medio ambiente en donde las muestras que son Recursos Genéticos Naturales se encuentran, es decir, el ecosistema donde las mismas se han desarrollado.

Debe enviar diez mil muestras de los Recursos Genéticos Naturales (en definitiva, diez mil Recursos Genéticos Naturales) a los cuarteles generales de Novartis⁹²¹.

920 BIOAMAZONIA, op. cit.. 2000.

921 BIOAMAZONIA, op. cit.. 2000.

Los beneficios

Bioamazonia

En el caso de Bioamazonia, el objetivo es estrictamente económico y de capacitación, es decir, el sentido del contrato para Bioamazonia es crear un grupo de especialistas y expertos en materia de investigación de recursos genéticos, nacidos del dinero pagado por Novartis. Luego de este contrato Bioamazonia (esta es nuestra conclusión basada en las fuentes que se han citado o se citarán en el texto) continuaría trabajando de manera independiente en la investigación científica y tecnológica de los Recursos Genéticos Naturales.

Habría un pago cuando se inicien los estudios clínicos en su fase uno de 250 o 500 mil florines suizos según la tabla que se aplique al caso que corresponda, cuando comiencen los estudios clínicos en fase III que será de 1 millón o quinientos mil florines suizos de acuerdo a las mismas tablas referidas, cuando exista el lanzamiento al mercado de un medicamento o producto relevante, y el pago por ventas líquidas de Novartis durante el plazo de los royalties de un 1 o de un 0,5 % de acuerdo a las tablas indicadas.

Novartis

En el caso de Novartis, el beneficio es la información acerca de treinta mil muestras de Recursos Genéticos Naturales. Tal información implica el conocimiento de microorganismos de secciones completas de los ecosistemas o del ecosistema brasileño en su conjunto pero desde la perspectiva genética lo que constituye un caudal de información aun más relevante que los genes mismos porque permite saber de dónde obtener genes en caso de necesidad de recuperar plantas, por ejemplo, que han sufrido el

embate de plagas y para su reproducción requieren de los genes originales y no los compuestos secundarios como ocurre, por ejemplo en el caso de las papas que se usan hoy en el mundo y cuyo origen genético es Chiloé en Chile.

Debe recibir diez mil muestras de microorganismos, probablemente los microorganismos mismos, para ser guardados en los cuarteles de dicha empresa⁹²².

En el punto 4 del Anexo dos el beneficio se produce por la generación de propiedad conjunta o exclusiva y excluyente. Los derechos de cualquier invención que se relacione a, o que resulte de, testeo por cualquiera de las partes en Compuestos Originales deberán ser de propiedad conjunta de Bioamazonia y Novartis. En caso que sea posible obtener la protección de patente para, o relativa a, un Compuesto Original, Novartis solicitará, a su propio costo y criterio, intentar y obtener tal protección en conjunto con los nombres de Novartis y Bioamazonia, la cual prestará toda la asistencia necesaria solicitada para este objetivo. Novartis deberá tener propiedad sobre todos los derechos en cualquiera de las invenciones relativas a Compuestos Derivados. Novartis deberá tener el derecho exclusivo de obtener protección de patente respecto de cualquier tal invención relativa a Compuestos Derivados, a su propio costo y criterio⁹²³.

Una licencia perpetua y exclusiva de Bioamazonia a Novartis con derecho a conceder sublicencias para producir, usar y vender productos contenidos en un Compuesto Original, Compuesto Derivado en el Territorio (el mundo conforme a la definición incluida en el contrato), y para el Área de cualesquiera derechos de patentes o know-how relevantes de propiedad o controlados de propiedad o de control conjunto por la Bioamazonia relativos a tales compuestos o linajes de los cuales los Compuestos Originales fueron aislados.

922 BIOAMAZONIA, op. cit.. 2000.

923 BIOAMAZONIA, op. cit.. 2000. número 4.1.

La oposición al contrato

En general el contrato fue mirado con un alto grado de rechazo sino con franca hostilidad. Los fundamentos de esta reacción se pueden resumir:

1.- Pérdida de diez mil muestras porque saldrían fuera del territorio del Estado de Brasil y quedarían en manos de Novartis⁹²⁴.

2.- La administración de los Recursos Genéticos Naturales a través de Bioamazonia y de los contratos significa disponer de recursos naturales que están entregados al Estado de modo de que éste los administre. No puede administrarlo un ente privado o semipúblico⁹²⁵.

3.- Derivada de la crítica anterior, tampoco cabe que Bioamazonia administre los recursos.

4.- Una consecuencia de lo anterior es que la administración de los recursos sólo cabe al ser admitida legalmente⁹²⁶.

5.- Si fuere efectivo el contrato se produciría una situación especial, se niega la capacidad de Brasil de efectuar investigación de los recursos⁹²⁷.

6.- Desde el punto de vista jurídico, dos derechos derivados del derecho soberano sobre recursos genéticos, así el derecho a controlar la explotación de los Recursos Genéticos Naturales y el derecho a determinar el Acceso a los Recursos Genéticos Naturales. El primero es defendido en el artículo 228 de la Constitución Política de Brasil y 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica, el segundo es, a su vez, protegido por el artículo 15 de la Convención citada y concedido al Estado⁹²⁸.

924 ARNT, Roberto, Tesouro Verde, Environment, Justice and Finance, Revista Exame, Sao Paulo, ano 35, No. 9, pp. 52-64, maio, 2001, CAMPANHA POR UN BRAZIL LIBRE DE TRANSGÉNICOS, Brasil movimentos sociais e a Embrapa, Electronic Meesage left on the list of distribution named ELAN <elan@csf.colorado.edu> Subject: Brazilian Shamans and Biopiracy, (25.11.01), 2001.

925 CAMPANHA POR UN BRAZIL LIBRE DE TRANSGÉNICOS, 2001.

926 ARNT, op. cit., 2002

927 RAW, Isaias, 2002.

928 CAMARGO-VIERA, Susana, op. cit., p. 7.

7.- Ausencia de Equidad en los derechos y obligaciones de Novartis y Bioamazonia en razón de los derechos otorgados a uno (Novartis) sobre otra (Bioamazonia)⁹²⁹.

La reacción jurídica, justificación de una norma jurídica nacional

En el caso de Brasil este acuerdo creó serias dificultades. De una parte las críticas jurídicas fueron de tremendo nivel y, a la vez, las críticas académicas y sociales hicieron que el Estado brasileño decidiera dictar una norma jurídica denominada “Medida Provisional” a fin de lograr evitar el problema que se plantea, la inseguridad jurídica producto de la celebración de un contrato internacional sobre recursos naturales cuando tales recursos quedan en manos del Estado y éste debe efectuar la actividad de decidir sobre su utilización o transferencia.

En el año 2001 se dicta la denominada “Medida Provisional” que es una norma jurídica dictada en casos de mucha “importancia y urgencia”. Esta “Medida Provisional” lleva por número dos mil ciento ochenta y seis guión diez y seis de 23 de agosto de 2001 publicada en el Diario Oficial de Brasil el 24 de agosto de 2001, que es la última de las medidas de este tipo. La primera expresamente indica que reglamenta el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica y los números uno y cuatro inciso segundo de cada número perteneciente al artículo doscientos veinte y cinco de la Constitución, citados más arriba⁹³⁰. Además, en 2005 se dictó el decreto número cinco mil cuatrocientos cincuenta y nueve⁹³¹.

Una Medida Provisional tiene que ser considerada una especie de “proyecto de ley” a fin de ser aprobada o rechazada por el Poder Legislativo⁹³².

Desde otro punto de vista, después de 2001 esta forma de creación de normas

929 CAMARGO-VIERA, Susana, op.cit., p.7.

930 REPÚBLICA DE BRASIL, 2003. La norma originaria de es la Medida Provisoria No. 2052 de 29 de junio de 2000 publicado en el Diario Oficial de Brasil de 30 de junio de 2000.

931 REPÚBLICA DE BRASIL, decreto 5.459 publicado en el Diario Oficial de Brasil de 7 de junio de 2005.

932 GAVETTI Ernesto, Limitacao ao uso de medidas provisórias, Jurisprudencia Brasileira, civil e comercio, Brasil, 2001, pp. 19-31.

jurídicas, que se había entregado al Presidente de la República, fue derogada⁹³³.

Esta Medida Provisional estableció una serie de modificaciones normativas. Las más relevantes son las siguientes:

- 1.- Consejo Administrador del Patrimonio Genético
- 2.- “Consentimiento Informado Previo”
- 3.- “Acceso al patrimonio genético” y “bioprospección”
- 4.- “Términos Mutuamente Acordados”
- 5.- “División Equitativa de Beneficios”

1.- El “Consejo Administrador del Patrimonio Genético” elabora guías acerca de la División de beneficios para las partes contratantes, no permite ningún tipo de contrato sobre cualquier investigación, aprueba el envío de cualquier componente del patrimonio genético en el país o al extranjero, administra el “Patrimonio genético”⁹³⁴, “Conocimiento tradicional”⁹³⁵.

2.- “Consentimiento Informado Previo” que se incluye en el artículo 11 número cuatro de la norma jurídica donde se deja constancia del derecho de este consejo a aceptar o rechazar el Acceso a los Recursos Genéticos Naturales producto de la ausencia de la información previa, por ejemplo, que no exista entrega de antecedentes de lo que va a ocurrir con los Recursos Genéticos Naturales.

- 3.- “Acceso al patrimonio genético” y “bioprospección”

Se la define dicho Acceso como “obtención de muestras de componente del patrimonio genético para fines de investigación científica, desarrollo tecnológico, o bioprospección permitiendo su aplicación industrial o de otra naturaleza” y

933 GAVETTI Ernesto, op. cit., pp. 19-31.

934 Define patrimonio genético señalando que es “Información de origen genética contenida en muestras de todo o de parte de un espécimen vegetal, hongos, microbiano o animal en la forma de moléculas y sustancias provenientes de metabolismo de estos seres vivos o de extractos obtenidos de estos organismos vivos y muertos encontrados en condiciones in situ inclusive domesticados o mantenidos en colección ex situ desde que colectados en condiciones in situ en el territorio nacional, en la plataforma continental, en la zona económica exclusiva”.

935 Define “conocimiento tradicional” que es: “asociado” y se la define: “información o práctica de comunidad indígena o de comunidad local con valor real o potencial asociada al patrimonio genético.”

bioprospección “actividad exploratoria que va a identificar componente del patrimonio genético e información sobre conocimiento tradicional asociado con potencial de uso comercial”⁹³⁶.

El Acceso no autorizado al componente genético se castiga con multas, así de diez mil hasta cien mil reales, contenidas en el artículo 15 del decreto que se encarga de aplicar sanciones a los infractores del permiso correspondiente⁹³⁷.

4.- “Términos Mutuamente Acordados”

Artículos 12 y 13 de la Medida Provisional incluye el derecho del Concejo de la Administración del “patrimonio genético” para aceptar o rechazar los términos, cláusulas de un contrato internacional.

Así se dice:

“Art. 12 La actividad de colecta de componentes del patrimonio genético y del acceso a los conocimiento tradicional asociado que contribuya para el avance del conocimiento y que no estaba asociado a la bioprospección, cuando envuelve la participación de personas jurídicas extranjeras, será autorizada por los órganos responsables por la política nacional de investigación científica y tecnológica observadas en la determinación de esta Medida Provisoria y de la legislación vigente.”⁹³⁸.

En caso que no exista acuerdo o permiso de la autoridad competente y se accede de todos modos se aplica una multa distinguiendo si se trata de personas naturales o personas jurídicas, a las personas jurídicas la multa es desde quince mil a diez millones de reales y a las personas naturales desde cinco mil a cincuenta mil reales lo anterior contenido en el artículo 16.

Puede haber penas más altas o equivalentes de acuerdo al acto ilícito cometido.

Asimismo se sanciona el envío de parte del patrimonio genético, sea que no se tenga acuerdo o sin autorización del órgano competente. Así también existe una serie de

936 Estas definiciones se encuentra en REPÚBLICA DE BRASIL, Medida Provisional 2186-16 de 23 de agosto de 2001, publicada en el Diario Oficial de Brasil de 24 de agosto de 2001.

937 REPÚBLICA DE BRASIL, decreto 5.459 publicado en el Diario Oficial de Brasil de 7 de junio de 2005.

938 REPÚBLICA DE BRASIL, Medida Provisional 2186-16 de 23 de agosto de 2001, publicada en el Diario Oficial de Brasil de 24 de agosto de 2001.

posibles penas que nacen de este envío pero que constituyan delitos de índole similar pero no iguales al mero envío.

5.- “División Equitativa de Beneficios”

La “División Equitativa de Beneficios” se establece en el capítulo séptimo de la Medida Provisional, en su artículo 24 expresa lo que es la norma jurídica general:

“Los beneficios resultantes de la exploración económica del producto o del proceso desarrollado a partir de una muestra de componente del patrimonio genético y del conocimiento tradicional asociado obtenidos por una institución nacional o institución con sede en el exterior serán repartidos de forma justa y equitativa entre las partes contratantes conforme dispone el reglamento y la legislación.”⁹³⁹.

Los beneficios pueden ser entre otros división de lucros, pago de royalties, Acceso y transferencia de tecnología, licenciamiento libre de derechos de productos y procesos, capacitación de recursos humanos⁹⁴⁰.

En materia de División de beneficios la norma jurídica general indican que la exploración debe ser económica de componentes del patrimonio genético brasileño cuando sea una institución (nacional o con domicilio en el extranjero) y se ha celebrado un contrato.

Además, se establecen en los artículos 26 y 27 de la Medida Provisional las exigencias y requisitos para un “Contrato de utilización del patrimonio genético y de Repartición de Beneficios” que es la forma en que supone la norma jurídica que habrá de resolverse el Acceso.

Así también se impone una serie de sanciones en el artículo 27 consistente en una indemnización del veinte por ciento de la facturación bruta obtenido de la comercialización del producto, los royalties obtenidos. La multa aparejada, para una persona jurídica posee un rango mínimo de cincuenta mil reales a uno máximo de

939 REPÚBLICA DE BRASIL,, decreto 5.459 publicado en el Diario Oficial de Brasil de 7 de junio de 2005.

940 REPÚBLICA DE BRASIL, decreto 5.459 publicado en el Diario Oficial de Brasil de 7 de junio de 2005, artículo 25.

cincuenta millones de reales y para personas naturales desde veinte mil reales a cien mil reales como máximo⁹⁴¹.

El Acceso al Patrimonio Genético de la Plataforma Continental se encuentra en la Ley 8.617 de 4 de enero de 1993 donde en el artículo 13 número dos dice expresamente que las actividades científicas en este espacio marítimo debe efectuarse previa autorización del Gobierno Brasileño refiriéndose exclusivamente a otros Estados y allí regula esta materia en ejercicio exclusivo de su jurisdicción⁹⁴².

El contrato tipo (debido a las cláusulas obligatorias) que contiene la Medida Provisional en esta materia permite que se protejan los derechos de terceros así como los derechos de los Estados.

Conclusiones

Desde el punto de vista de lo ejecutado por Brasil en materia de Recursos Genéticos Naturales es un trabajo de gran exigencia tanto en la Medida Provisional como en el Reglamento aludidos.

Son el producto de lo aprendido frente a una solución interpretativa y una aplicación estricta de normas jurídicas internacionales basadas en la libertad contractual donde la determinación de lo “justo y equitativo” quedaba al libre arbitrio de las partes en un contrato cuando se debía, por normas jurídicas constitucionales e internacionales, considerar que dichos objetos de derecho llamados recursos pertenecen a los brasileños y es el Estado brasileño el que los administra estableciendo su enajenación sólo con la existencia de una norma jurídica de carácter legal.

Entonces se regula tanto los conceptos que deben considerarse definiciones que encuadran o determinan al objeto o a los objetos que se someten a regulación jurídica y

941 REPÚBLICA DE BRASIL, Medida Provisional 2186-16 de 23 de agosto de 2001, publicada en el Diario Oficial de Brasil de 24 de agosto de 2001, Artículo 18 República de Brasil, decreto 5.459 publicado en el Diario Oficial de Brasil de 7 de junio de 2005, artículo 26,

942 Publicado en el Diario Oficial brasileño de 5 de enero de 1993 que puede encontrarse en, <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8617.htm>.

que pueden encontrarse en relaciones jurídicas de transferencia, se define la forma en que es posible efectuar dicha transferencia (requisitos que deben cumplirse), forma jurídica (contrato), sujetos de dicha relación jurídica (el Estado a través del Consejo de Administración y, por otra parte, personas naturales o jurídicas donde el domicilio es lo relevante)⁹⁴³.

La Justicia de carácter retributiva es permitida y la determinación de la Equidad en la materia del mismo modo es admitida, en cuanto se entrega libertad para efectuar la actividad de determinar la Equidad en la distribución de los beneficios. A la vez la Justicia distributiva tiene efecto sobre la normativa en cuanto exige, a través de las normas jurídicas referidas, que haya cláusulas que indiquen la forma en que se habrá de dividir los beneficios provenientes de la utilización comercial de los Recursos Genéticos Naturales. Finalmente, el procedimiento, la Justicia procedimental, se manifiesta en la indicación del procedimiento de aprobación bajo sanción de nulidad en caso que no se cumplan las normas jurídicas de la Medida Provisoria. Brasil no recorrió el camino de negar los contratos como medio de ejecutar la noción de Justicia y Equidad pero se mantiene la noción de ser éste uno de los medios para lograr tal utilización. Sin embargo, a la vez, no dejó tal utilización únicamente en manos de las negociaciones contractuales sino que estableció requisitos mínimos y un ente de la Administración Pública que autorice o rechace tales contratos controlando lo que se consideran bienes públicos como los recursos naturales y, en particular, recursos naturales de carácter genético.

El caso chileno

A diferencia del caso Brasileño, el caso Indio y el de Costa Rica, Chile no posee una ley que se refiera a la diversidad biológica. Por tanto, cabe la aplicación directa de

943 En esta materia el que sea nacional o extranjero se define por el domicilio del sujeto que no sea el Estado en razón de su importancia para definir la regulación jurídica aplicable.

la Convención sobre Diversidad Biológica debido a que es ley de la República de Chile⁹⁴⁴. Chile tiene una ley que regula el medio ambiente y se han firmado acuerdos contractuales para la transferencia de los recursos naturales en Chile⁹⁴⁵.

Es sin embargo relevante considerar tanto las normas jurídicas constitucionales, a fin de observar la laguna constitucional, y las normas legales así como las normas jurídicas internacionales, en este caso, la Convención sobre Diversidad Biológica, la suerte de interpretación, rechazada por errada en cuanto a que Acceso y División de beneficios se regula por contratos privados y no por contratos que ha regulado la ley y, finalmente, tanto los proyectos de ley relacionados con la diversidad biológica así como el tratado UPOV o de Protección de la Obtención de Variedades Vegetales dada su importancia debido a que muchas de las discusiones que se enfrentan en el tema de los recursos genéticos provenientes de animales, plantas y microorganismos de carácter natural son las que se plantearon en la aplicación de este convenio.

Las normas constitucionales y los recursos naturales, en particular la biodiversidad

En Chile no existe conciencia de la importancia jurídica de los recursos naturales concentrándose las normas en sólo planteamientos relacionados con recursos naturales de carácter no renovables (cobre, hidrocarburos). La Constitución Política de la República de Chile en el año 2011⁹⁴⁶ sólo contiene determinadas normas jurídicas reguladoras de los recursos naturales.

Es nuestra opinión y lo demostraré en este acápite que o se regula el Acceso y la División Equitativa de Beneficios en la utilización de los Recursos Genéticos Naturales

944 REPÚBLICA DE CHILE, Convención sobre Diversidad Biológica, entrada en vigor mediante su publicación en el Diario Oficial con fecha 6 de mayo de 1995.

945 Para una relación con el Derecho civil cfr. PEÑA-NEIRA, Sergio, Los recursos genéticos desde el Derecho civil en Universidad Diego Portales, Estudios de Derecho civil IV (Jornadas Nacionales de Derecho civil), Carlos Pizarro W. (Coordinador), Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009, pp. 47-56.

946 REPÚBLICA DE CHILE, Fija el texto refundido, coordinado, y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, Diario oficial de la República de Chile de 22 de septiembre de 2005 actualizado a 11 de julio de 2011.

bajo una ley o debemos entender, conforme a la doctrina chilena sobre el asunto y una interpretación sistemática de la Constitución, que la Convención sobre Diversidad Biológica no es sólo una ley en la República de Chile sino que regula estas materias de ley.

La regulación de la biodiversidad y de los recursos genéticos es privada y se cree, por quienes han ejercido o ejercen en calidad de administradores de tales recurso que su regulación debería ser bajo el Derecho privado, Derecho civil o comercial, y orientada a describir exclusivamente los derechos y deberes relacionados a la propiedad intelectual e industrial y su transferencia por medio de contratos. No consideran que primero los Recursos Genéticos Naturales son tales desde su extracción para luego, tras la misma poder convertirse, quizás, en objeto de regulación de las normas jurídicas relacionadas a la propiedad intelectual e industrial. ¿Es posible transferir comercialmente a los Seres humanos? La respuesta es negativa. ¿Es posible transferir comercialmente recursos que se encuentran protegidos por los derechos soberanos de un Estado sobre dichos recursos? En Chile se debe seguir a la Convención sobre Diversidad Biológica, de una parte y de otra normas constitucionales que regulan al Medio Ambiente indicando el alcance de la disposición o enajenación, quién puede autorizarla y otros aspectos relevantes que deben ser respetados porque de otra forma existirá la comisión de un ilícito.

Además, nos encontraríamos frente a una ausencia de interpretación sistemática, cuestión básica o fundamental en cualquier Orden jurídico (cualquiera de las denominaciones que se desee emplear)⁹⁴⁷.

En principio la Constitución Política de la República trata al Medio Ambiente.

En efecto el artículo 19 número ocho de la citada Constitución indica:

947 Acerca de la perspectiva privada habrá una serie de referencias en el análisis a contratos desarrollados entre entidades públicas y entidades privadas extranjeras, lo interesante es que tales referencias siempre son a los contratos, precisamente, SALAZAR SUAZO, Erika y LEÓN LOBOS, Pedro, Estado de la Conservación ex situ de los Recursos Fitogenéticos Cultivados y Silvestres, Santiago de Chile, 2006, pp. 87-89 convenios que en realidad son contratos administrativos o al menos actos administrativos así, Manzur, Isabel, Lasen, Carolina, Acceso a Recursos Genéticos: Chile en el contexto mundial, Fundación Sociedades Sustentables-Field, Santiago de Chile, Londres, 2003, p.24, y KELSEN, Hans, op. cit., 1993, p. 50.

“La Constitución asegura a todos los chilenos:

8º.- El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente;”⁹⁴⁸.

Este artículo asegura que el Ser humano viva en un medio ambiente libre de contaminación, es decir, no protege el medio ambiente sino protege el medio ambiente en la medida en que el Ser humano vive en él y lo protege en la medida en que el mismo está descontaminado o habrá de descontaminarse.

Una primera parte es la relativa a la “naturaleza jurídica” del medio ambiente, contenido dicho término en el inciso primero y lo que significa “vivir en un medio ambiente libre de contaminación”. La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile ha indicado que “medio ambiente” es “todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera, como a la tierra y sus aguas, a la flora y fauna, todo lo cual conforma la naturaleza, con sus sistema ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven”⁹⁴⁹.

Esta definición jurisprudencial fue luego modificada por la Ley de Bases sobre el Medio Ambiente. Se le define como “el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, *química o biológica*, socioculturales y sus interacciones en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones.”⁹⁵⁰.

948 REPÚBLICA DE CHILE, op. cit.,2005, artículo 8.

949 REPÚBLICA DE CHILE, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, Ríos, María y otros con Sociedad Constructora Octava Ltda, 3 de octubre de 1989, Considerandos 29, 30, 31.REPÚBLICA DE Chile, Excelentísima Corte Suprema de Chile, Ríos, María y otros con Sociedad Constructora Octava Ltda, 13 de noviembre de 1989, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXVI, sección segunda y quinta, 1989.

950 REPUBLICA DE CHILE, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Fecha de publicación 9 de marzo de 1994, Modificación final 13 de noviembre de 2010, artículo 2 letra “II”.

Con ello se reconoce que el medio ambiente contiene elementos químicos o biológicos, los Recursos Genéticos Naturales son de la primera entidades pero guardados en la segunda y se determina o define medio ambiente indicando sus componentes y salvo que exista una definición en una norma particular esta definición debe ser aplicada y ejecutada a fin de determinar la calidad correspondiente en cualquier texto legal, resolución administrativa y sentencia judicial, de lo que es el medio ambiente. Es decir, cualquier Recurso de Protección debe considerar al medio ambiente conforme a cómo se indica en la ley, luego ocurre lo mismo en cualquier acto administrativo y contrato, de manera que, al afectar los componentes definidos como parte de medio ambiente en la ley hace incurrir en un ilícito, en el caso que nos ocupa, ambiental.

Se relaciona lo anterior al Recurso de Protección y la determinación de quien sea el sujeto de activo del mismo debido a que gracias a dicha definición es que podrá determinarse el ámbito de la protección de la Constitución al medio ambiente y, a los recursos genéticos de animales, plantas y microorganismos⁹⁵¹. La determinación del sentido y alcance de los términos se propone que sea la jurisprudencia la dilucidadora de los mismos. En la discusión dentro de los redactores de la Constitución el acento se encuentra en la necesidad de evitar la contaminación desarrollando la vida de manera normal⁹⁵². Es más, se hizo presente que es imposible una contaminación cero sino que todo ambiente tiene un grado de contaminación⁹⁵³. Es decir, la norma jurídica constitucional sobre protección al medio ambiente ha sufrido una modificación y ampliación en su sentido y alcance debido a la incorporación de normas jurídicas legales e internacionales.

951 GUZMÁN, Rodrigo, La regulación constitucional del ambiente en Chile Aspectos sustantivos y adjetivos (Historia, doctrina y jurisprudencia), Lexis Nexis, 2005, pp. 2, 8.

952 GUZMÁN, Rodrigo, op. cit., 2005, p. 28.

953 GUZMÁN, Rodrigo, op. cit., 2005, p. 29.

En lo que nos corresponde analizar, el inciso primero segunda parte del artículo 19 número ocho de la Constitución Política del Estado se indica que el Estado debe velar por este derecho y, a la vez, “tutelar la preservación de la naturaleza”. Este concepto de tutelar nos indica que el Estado no es dueño de la naturaleza sino que mantiene cuidado jurídico y material sobre la misma. Obviamente el cuidado jurídico resulta de ser la Constitución una norma jurídica en sí y el artículo e inciso tienen esa misma naturaleza. La tutela material implica que los órganos del Estado deben lograr que la naturaleza no mantenga del mismo modo en que ha existido por siempre.

La expresión “naturaleza” empleada en el texto, entiende a todo el mundo natural, es decir, todo aquello que no sea una creación del Ser humano sino una “fuerza o actividad de carácter natural”⁹⁵⁴. Tal tutela se orienta a la preservación, su objeto jurídico es evitar que se alterada de cualquier forma, y ello nos lleva a la Convención sobre Diversidad Biológica donde uno de los objetivos es la conservación de la biodiversidad con lo cual podemos entender que la diversidad biológica es parte del objeto de “preservación” debido a que pertenece, es parte, constituye un elemento de la naturaleza o de esta fuerza o actividad de carácter natural.

Finalmente, se indica en el inciso segundo del artículo en análisis las restricciones dirigidas a proteger el medio ambiente (a fin de evitar la contaminación pero en una interpretación literal para proteger todo el medio ambiente, no sólo el que se desee libre de la contaminación) y el que las mismas restringen derechos y libertades. Tales restricciones deben ser, por mandato constitucional, específicas y, a la vez sólo se pueden deber al ejercicio de determinados derechos o libertades. Se observa cómo es posible encontrar derechos que habrán de enfrentarse siendo reconocido lo mismo en el presente artículo.

954 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario esencial de la lengua española, Espasa Calpe, S.A., Madrid, 2006, p. 1018.

En este sentido es muy probable que uno de los problemas abordados en esta investigación, el de los derechos soberanos sobre los recursos naturales, de carácter renovable, enfrentado al derecho de propiedad en la búsqueda de protección de los mencionados recursos, sea un ejemplo de esta expresión de enfrentamientos de derechos. Si bien el objeto de esta investigación, los derechos derivados de la Soberanía versus la Equidad en la División de beneficios derivados de la utilización de los Recursos Genéticos Naturales se orienta hacia la aceptación de tales derechos incorporando los recursos naturales o bienes a la noción de aquellos que son “comunes a la Nación toda”, sobre los cuales recae ciertos derechos del Estado como Administrador o dejándolos en una situación jurídica diferente como partición de los objetos jurídicos, cosas, en relación a sujetos que son titulares de las mismas, cuestión propia de la Teoría del Derecho.

Lo relevante, la diversidad biológica, como parte de la naturaleza, debe ser protegida por el Estado de Chile y, aunque es dable entender que la protección del medio ambiente tiene por objeto librar de contaminación al medio ambiente o lograr que se descontamine, no es menos cierto que las restricciones a derechos y libertades de las personas dirán relación con la protección del medio ambiente, a mayor protección del medio ambiente mayor restricción de tales derechos. En el caso que nos ocupa en la investigación general y como lo hemos adelantado, el ejercicio de los derechos soberanos supone Equidad en la División, a la ausencia de Equidad podría haber un incumplimiento de los derechos soberanos.

A su vez hay una referencia a lo posible o no de ser adquirido bajo el derecho de propiedad o dominio excluyendo a su vez ciertos bienes:

“La Constitución asegura a todas las personas:(...)”

23°.- La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución. Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes;⁹⁵⁵.

Es interesante saber de este artículo la determinación, en materia jurídica constitucional y legal, de bienes u objetos jurídicos pertenecientes al patrimonio del Estado, no le pertenecen por ser comunes a los Seres humanos y los apropiables por los Seres humanos, es decir, posible de adquisición⁹⁵⁶.

Los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres

La Naturaleza debe ser protegida por el Estado y, además está excluida de la adquisición cuando la Naturaleza contiene bienes que ella ha hecho “comunes a todos los hombre o que deben pertenecer a la Nación toda”.

El énfasis no se encuentra, aunque pueda parecer extraño, en los bienes “comunes” porque dicha clasificación, si bien tendría aplicación respecto de los Recursos Genéticos Naturales, no es aplicada por la ley respecto de los recursos. Es decir, dada la novedad de su regulación jurídica su regulación es por normas constitucionales e internacionales y civiles, en lo que en estas últimas no se hubieren derogado⁹⁵⁷.

En efecto, “bienes comunes a todos los hombres”, el agua o el aire, no son posible de ser objeto de adquisición sino que pueden ser objeto de concesión que es una forma especial de uso y goce pero de carácter administrativo. No admite la disposición.

955 REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., 2005, artículo 19 número 23.

956 VERDUGO, Mario et al., Derecho constitucional (Tomo I), Editorial Jurídica de Chile, 1994, pp. 301-302.

957 El profesor Alejandro VERGARA indica que los “bienes y recursos naturales (...) la naturaleza no sufren modificaciones; lo que ha sufrido modificaciones es, primero, la realidad de su aprovechamiento por los hombres, y, en seguida, la explicación que ofrece el derecho a tales nuevos usos y aprovechamiento.” Vergara, Alejandro, El novísimo derecho de los bienes públicos y recursos naturales en Chile, publicatio y derechos reales administrativos, Revista de Derecho Administrativo, Vol. Nº 49, Buenos Aires, Lexis Nexis, pp. 575-589.

Sin embargo, los Recursos Genéticos Naturales no son sólo del orden de los bienes comunes a todos los seres humanos (porque la naturaleza hubiere obrado así) sino que son del orden, de los que “deben pertenecer a la nación toda” debido a que, precisamente, dos leyes chilenas incorporadas como tales al Orden jurídico nacional lo han declarado así, entregándole al Estado de Chile la administración de los mismos, más no a los privados.

Estas leyes son el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales así como la Convención sobre Diversidad Biológica⁹⁵⁸. Como indicaremos después, dada las materias que regulan, son normas legales no sólo desde el punto de vista formal (poseen un lugar de carácter superior o igual al de la ley) sino que ordenan materias propias de la misma. En lo que nos interesa, aquí, ambas normas jurídicas indican que los bienes pertenecen a lo que en lenguaje constitucional es la nación toda, los nacionales chilenos. Esta calificación se efectúa por la ley no sólo porque constitucionalmente así debe ejecutarse, son materias de ley regulables por la misma sino porque sólo la ley puede calificar algo en la calidad indicada pudiendo ser considerada, en otros contextos, como propia de la naturaleza. Más aun, la incorporación de la Convención sobre Diversidad Biológica al Orden jurídico nacional modifica la calificación de dichos bienes como comunes a la humanidad a sometidos a los derechos de los Estados en razón de su Soberanía, en este caso, la Soberanía del Estado de Chile.

Así el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indica que:

“Artículo 1.(...)

958 REPÚBLICA DE CHILE, Promulga el Convenio sobre Diversidad Biológica, número 1963, Publicado en el Diario Oficial de la República de Chile de 6 de mayo de 1995, República de Chile, Promulga el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966 suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969, publicado en el Diario Oficial de la República de Chile de 27 de mayo de 1989. Podríamos agregar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que contiene una norma igual en el artículo 1 número 2.

2.- Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales (...)⁹⁵⁹.

Es decir, los recursos naturales pueden ser dispuestos por los “pueblos” que son, a estos efectos y en una primera aproximación, la nación toda de un país. La interpretación que se ha considerado aquí, en esta investigación es la de los términos o palabras en su sentido actual y no como la idearon sus redactores. Además, como se ha indicado anteriormente, es necesario interpretar tratados internacionales de manera diferente en el Orden jurídico nacional por entregar o generar otros sujetos detentadores de tales derechos, las personas.

De otra parte el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica indica que:

“1.- En reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados 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.”⁹⁶⁰.

Es decir, se reconoce los derechos soberanos de los Estados sobre los recursos naturales, derechos que en Chile se entienden pertenecer al pueblo o nación toda y que, por consiguiente, es la Nación toda la que detenta la titularidad.

¿Sobre cuáles recursos se ejerce la mencionada titularidad? Sobre los recursos genéticos. Es el Estado en definitiva el que ejerce tales derechos en representación de la Nación no pudiendo ser adquiridos, conforme al texto constitucional citados, por nadie y su regulación es por medio de una ley.

Entonces, de una parte, se permite el libre Acceso a fin de ingresar “al dominio privado de las personas, a cualquier título lícito, toda clase de bienes, sean muebles o inmuebles, corporales e incorpales” protegiendo a las personas de actos legislativos o

959 REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., 1995, artículo 1 párrafo 2.

960 REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., 1995, artículo 15.

generados por la autoridad pública excluyendo de forma genérica tal Acceso. A la vez, los recursos genéticos en general y Recursos Genéticos Naturales, por obra de la Convención sobre Diversidad Biológica y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, leyes en la República de Chile, hacen los recursos naturales de aquellos que pertenezcan “a la Nación toda” y sean administrados por el Estado.

Del mismo modo es posible indicar que:

“La Constitución asegura a todas las personas:

24°.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

(...)

El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.

Corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la

que tendrá el carácter de orgánica constitucional. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión.

En todo caso dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión.

Será de competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de Justicia declarar la extinción de tales concesiones. Las controversias que se produzcan respecto de la caducidad o extinción del dominio sobre la concesión serán resueltas por ellos; y en caso de caducidad, el afectado podrá requerir de la Justicia la declaración de subsistencia de su derecho.

El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número.

La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo.

Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional. El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional.

Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos;”⁹⁶¹.

Finalmente:

“La Constitución asegura a todas las personas:

25°.- La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular.

El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley.

961 REPÚBLICA DE CHILE, op. cit.,2005, artículo 19 número 24.

Se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley.

Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior, y”⁹⁶².

Los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres

Los bienes según un autor cumplen las siguientes características, por una parte, nunca pueden ser objeto de apropiación por nadie, por otra, están relacionados con el artículo 19 número ocho que tiene por objeto relacionarse con el medio ambiente, como se ha indicado más arriba, finalmente se señalan como ejemplos el aire y el Alta Mar ⁹⁶³.

Los bienes nacionales de uso público o bienes públicos

Los bienes pertenecen o cuya propiedad pertenece a la Nación toda tienen una serie de características, una primera es que no pueden ser apropiados por nadie, en ello se parecen a la primera categoría de bienes expuestas aquí, se encuentran fuera del comercio humano y sobre ellos, señala el Código Civil chileno, se sanciona cualquier acto sobre los mismos con la nulidad de carácter relativo conforme al artículo 1466 y 1682 del Código Civil chileno⁹⁶⁴.

Según una sentencia del Tribunal Constitucional la distinción referida no sólo se plantea en el plano constitucional sino que se refiere a esta categoría de bienes en el plano legal particularmente en el del Código Civil chileno en su artículo 589. La distinción legal es asumida como constitucional en el proceso de interpretación y se entiende que su “dominio pertenece a la nación toda”, “su uso pertenece a todos los habitantes de la Nación”, no es posible para alguien “disponer de ellas”, no se las

962 REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., 2005, artículo 19 número 25.

963 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Librotecnia, Santiago de Chile, 2010, p. 170.

964 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Requerimientos formulados por diversos senadores y diputados para que el tribunal resuelva la constitucionalidad del decreto supremo No 1, de 10 de enero de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, Publicado en el Diario Oficial de 6 de agosto del mismo año, de acuerdo al artículo 82, No 5, de la Constitución Política de la República, Rol 245 y 246 (Acumulados), 2 de diciembre de 1996, considerando 6º.

considera en el comercio humano, y, lo que hemos puesto de relieve, que debe ser “la ley la que los declare bienes nacionales de uso público”.

En Chile este tipo de bienes que todos pueden hacer uso (en la distinción entre uso, goce y disposición) son protegidos por el Orden jurídico constitucional y legal. Además, se agrega en el considerando doce que no se puede constituir propiedad y no pueden ser objeto de propiedad privada⁹⁶⁵. Existen excepciones pero suponen el otorgamiento de exclusividad de tales bienes por medio de las concesiones⁹⁶⁶.

Se ha expuesto, además, que estos bienes se excluyen del dominio privado y el fundamento de su definición es en razón de utilidad pública y de la utilidad de la Nación, es decir, utilidad de aquellos que podrán usar del bien: el público⁹⁶⁷.

Las cosas incorporales en el Derecho chileno

Cómo hemos adelantado, es necesario determinar la regulación jurídica chilena (constitucional y legal) a fin de determinar hasta dónde el Orden jurídico chileno puede proteger tanto los productos de la utilización de los Recursos Genéticos Naturales así como proteger jurídicamente actos jurídicos celebrados entre el Estado, sus representantes y quienes solicitan y obtienen Acceso, particularmente, personas jurídicas, que celebren contratos con el Estado chileno. Lo anterior sin que se pueda cometer el Abuso del Derecho en que se obtenga la protección jurídica de las normas sobre Propiedad Industrial sobre los Recursos Genéticos Naturales cuando no se ha entregado la autorización correspondiente para obtener tal garantía jurídica o la autorización obtenida no abarca tal posibilidad.

965 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 12º.

966 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 12º.

967 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de “Inversiones Pingüeral Ltda.”, “Inmobiliaria Pingüeral S.A.” e “Inmobiliaria e Inversiones Costa Pingüeral Ltda.”, y don Gustavo Yangüez Mery respecto del artículo 13 del Decreto Ley No 1.939, de 1977, en el juicio sumario sobre el reclamo deducido contra resolución administrativa, Rol No C/4193/2008, caratulado “Inversiones Pingüeral Ltda. Y otros con Fuentes Fuentealba, María Angélica”, del Tercer Juzgado de Letras de Concepción.

En el Orden jurídico chileno la protección jurídica a las cosas incorpóreas, los derechos, y los derechos sobre propiedad intelectual se protegen en sus inicios desde el artículo 565 inciso 2 del Código Civil chileno. Se indica que las cosas incorpóreas son los derechos así como las obligaciones o créditos. No obstante, es necesario aproximarnos más aun a la protección jurídica de las invenciones derivadas, posiblemente (si ello fuere posible y no sean descubrimientos) que se fundamenta en el artículo 584 del Código Civil chileno donde de manera explícita se indica que las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores indicando que se regirá por leyes especiales⁹⁶⁸. Estos son los denominados derechos de propiedad intelectual y derechos de propiedad industrial. En ambos casos existen leyes que regulan las primeras, ley 17.336 y sus modificaciones dictadas en 1970 y, de otra parte, ley 19.039 de 1996 que ha sufrido una gran modificación en 2005⁹⁶⁹.

Es decir, las citadas propiedades se protegen en el Derecho chileno tanto legalmente (leyes citadas) como constitucionalmente, aunque desde el punto de vista del Derecho civil la situación es similar, las creaciones del talento o del ingenio son derechos pero diferente en cuanto dicho derecho recae sobre una cosa inmaterial, otros derechos, cuestión que, de acuerdo a la redacción del artículo 19 “la constitución garantiza”, aparece como evidente. Además que originariamente las producciones del talento y del ingenio, protegidas por derechos, no se las puede incluir en las cosas incorpóreas porque no se confunden unos con otros⁹⁷⁰.

Es posible evitar el Abuso del Derecho debido a que la ley 19.039 exige, como un requisito, “novedad”. Implica que la realidad tecnológica, el “estado de la técnica”, respecto de dicho producto o proceso no hubiere incluido una creación similar

968 GUZMÁN, Alejandro, op. cit., 1995, pp. 52-53, 56.

969 REPÚBLICA DE CHILE, Ministerio de Educación, Ley 17336, Diario Oficial de 2 de octubre de 1970, última modificación 04 de mayo de 2010. REPÚBLICA DE CHILE, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Establece normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial, Diario Oficial 25 de enero de 1991, última modificación 26 de enero de 2007.

970 GUZMÁN, Alejandro, op. cit., 1995, p. 59.

anteriormente que hubiere sido divulgada. Debido a la primera restricción si las características de la planta, animal o microorganismo que se intenta patentar se hubiere divulgado anteriormente de manera escrita pierde la posibilidad de que sea “nueva”. Esto no es posible si dicha creación así descrita en la solicitud de protección se encuentra en la naturaleza y se describiera anteriormente. Además, se establece una segunda restricción “nivel inventivo” donde un especialista en la materia señala si indica que la invención “no resulta obvia ni se habría derivado de manera evidente del estado de la técnica.”⁹⁷¹. La invención es la “solución a un problema de la técnica que origine un quehacer industrial.” Las invenciones son protegidas por patentes⁹⁷². Hay, no obstante, una exclusión aun mayor, debido a que no son invenciones y por consiguiente quedan excluidos del patentamiento “[l]as plantas y los animales, excepto los microorganismos que cumplan las condiciones generales de patentabilidad.” Sólo son patentables, además de los microorganismos los procedimientos microbiológicos, conforme a la ley de Propiedad Industrial citada⁹⁷³.

Protección de estos derechos a través del Recurso de Protección

El Recurso de Protección se ha creado con el objeto de proteger ciertos derechos o garantías que se consideran relevantes para el Derecho. Estas garantías y su protección se establecen en el artículo 20 de la Constitución Política de la República:

“Artículo 20.- El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso quinto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°,12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y

971 REPÚBLICA DE CHILE,, op. cit., 1991, artículo 35.

972 REPÚBLICA DE CHILE,, op. cit., 1991, artículo 31.

973 REPÚBLICA DE CHILE,, op. cit., 1991, artículo 37 letra “b”.

asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.”⁹⁷⁴.

Desde el punto de vista de la Jurisprudencia hemos presentado el razonamiento jurídico que se desarrolla en esta materia donde se desarrolla de la siguiente manera:

“(…) la Constitución ampara la inviolabilidad de todas las propiedades” primero porque así lo declaran el artículo 19 números 23, 24, 25, y se hayan protegidas por una acción constitucional, la acción de protección, “dentro de estas se encuentra la especie de propiedad que recae sobre las cosas incorporales. Los derechos personales son cosas incorporales. A su vez, los contratos son fuente de derechos personales. Luego, los derechos personales y consecuentemente los contratos se encuentran amparados por la garantía del derecho de propiedad, lo que impide al legislador dictar leyes con efecto retroactivo que les afecten”⁹⁷⁵.

Es más la jurisprudencia ha seguido este razonamiento jurídico denominado de la “intangibilidad de los contratos” y si al legislador se le impide efectuar modificaciones a los contratos celebrados válidamente entre entes representantes del Estado y particulares entonces se genera una consecuencia similar o igual respecto de cualquier contrato en relación a actos administrativos de otros Poderes del Estado respecto de un contrato celebrado válidamente entre el representante del Estado y la persona natural o jurídica, según corresponda⁹⁷⁶. Es decir, produce obligaciones que ingresan en el patrimonio y son protegidas por la Constitución Política en su artículo 19 número veinte y cuatro citado anteriormente.

Por lo tanto, el riesgo de emplear un ente administrativo a fin de firma un contrato, en Chile, para aplicar la Convención sobre Diversidad Biológica, además de incumplir con el artículo 15 traería como consecuencia jurídica no buscada la protección constitucional al contrato, fuente de derechos personales que, por ser derechos, se protegen por la Constitución al contarse con la protección de la propiedad sobre esos

974 REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., 2005, artículo 20.

975 JANA, Andrés, MARÍN, Juan, op. cit., p. 21.

976 JANA, Andrés, MARÍN, Juan, op. cit., pp. 41-45, especialmente p. 42.

derechos (personales). Lo que es más complejo, es la imposibilidad de modificación de los términos del contrato.

En cambio, un acto administrativo puede ser modificado al no constituir un contrato. Es más, históricamente, en Chile, este ha sido el fundamento del rechazo de la doctrina a la firma de contratos administrativos⁹⁷⁷. Luego la doctrina ha desarrollado la noción contrato administrativo pero no ha podido acordar los elementos básicos aunque dicha discusión prosigue⁹⁷⁸. El ente en Chile que se ha encargado de la colección de Germoplasma es el Instituto Nacional de Investigaciones Agropecuarias⁹⁷⁹.

La relación entre la Convención sobre Diversidad Biológica y las normas constitucionales citadas, ¿Ley de Quórum Calificado o ley de otro tipo, Orgánica Constitucional?

En este análisis de la situación de Chile, como estudio de caso, y a fin de mantener el argumento que en Chile no existe una regulación constitucional autónoma sino que la regulación constitucional se amplía considerando otras normas del Orden jurídico chileno es que analizaremos la situación de la Convención referida en el título de este texto respecto del lugar que ocuparía la Convención en el Orden jurídico chileno.

Este tema es importantísimo porque con ello podemos indicar que se solucionaría el problema de la regulación de los Recursos Genéticos Naturales en Chile. Aquí no miramos a la Convención como una norma jurídica internacional sino que es una norma jurídica nacional, se encuentra dentro del Orden jurídico nacional y es allí donde se debe desarrollar la misma. Nos concentraremos exclusivamente en su posición como fuente formal del Derecho chileno, del Orden jurídico chileno.

977 MORAGA, Claudio, Los contratos administrativos en la doctrina chilena (1859-2009) en PANTOJA, Rolando (coord.), Derecho administrativo 150 años de doctrina, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2009, pp. 379-393.

978 MORAGA, Claudio, op. cit., pp. 426-427.

979 LEÓN-LOBOS, Pedro, SEQUEL, Ivette, Conservación de recursos fitogenéticos de Chile: El papel del Instituto de Investigaciones Agropecuarias en Simonetti, Javier, Conservación de la Diversidad Biológica en Chile: Logros y Desafíos, Programa interdisciplinario de Estudios de la Biodiversidad, Santiago de Chile, 2003.

Es necesario indicar que un tratado internacional requiere (y requirió) que fuere aprobado por el Senado de la República de Chile. Es una atribución exclusiva del Senado de la República y que, sin embargo, debe cumplir (y cumplió) con los requisitos que la misma Constitución estableció. En 1994 la Convención fue incorporada dentro del Orden jurídico nacional. Desde ese momento la Convención se convierte en una ley, es decir, tiene “fuerza de ley”⁹⁸⁰. Además, esta incorporación implica regular situaciones de hecho, el punto es que estas situaciones de hecho debieron haberse regulado por una norma especial, es decir, una norma jurídica que posee ciertas características que la hacen diferente en cuanto al quórum de aprobación, la materia que regula u otro tema. En el Derecho constitucional chileno existen las denominadas “Leyes de Quórum calificado”, “Leyes Orgánicas Constitucionales”. Las primeras constituyen un examen formal, las segundas suponen un examen de la materia, por consiguiente, del objeto a regular y si éste se encuentra sometido a consideraciones especiales la ley tiene un carácter especial⁹⁸¹. Es necesario indicar que respecto de ciertos bienes la Constitución Política del Estado indica que el Estado posee la

980 NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, *Dogmática constitucional*, Editorial Universidad de Talca, Talca, 1997, pp. 70-72, pp 76-79.

981 Atribuciones exclusivas del Congreso

“Artículo 54.- Son atribuciones del Congreso:

1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación.

La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley.

El Presidente de la República informará al Congreso sobre el contenido y el alcance del tratado, así como de las reservas que pretenda confirmar o formularle.

El Congreso podrá sujerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional, en el curso del trámite de su aprobación, siempre que ellas procedan de conformidad a lo previsto en el propio tratado o en las normas generales de derecho internacional.

Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria.

Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.

Corresponde al Presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de tratados que hayan sido probados por éste. Una vez que la denuncia o el retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno.

En el caso de la denuncia o el retiro de un tratado que fue aprobado por el Congreso, el Presidente de la República deberá informar de ello a éste dentro de los quince días de efectuada la denuncia o el retiro.

El retiro de una reserva que haya formulado el Presidente de la República y que tuvo en consideración el Congreso Nacional al momento de aprobar un tratado, requerirá previo acuerdo de éste, de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva. El Congreso Nacional deberá pronunciarse dentro del plazo de treinta días contados desde la recepción del oficio en que se solicita el acuerdo pertinente. Si no se pronunciare dentro de este término, se tendrá por aprobado el retiro de la reserva.

De conformidad a lo establecido en la ley, deberá darse debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación y retiro de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación y la nulidad del mismo.

En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 64, y” REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., 2005, artículo 54, pp. 43-45.

propiedad, cuestión que debería referirse a los derechos que se derivan de la Soberanía porque la propiedad indicaría que puede ser adquirida por privados utilizando los medios que la ley indica.

Tales bienes, descritos en el artículo 19 número veinte y cuatro inciso seis se refiere a minas y otros recursos naturales no renovables, aunque se indique que las mismas se encuentran bajo el dominio absoluto y se agrega “inalienable e imprescriptible”. Sin embargo, sin seguir el razonamiento relacionado al tema de las minas miramos a los Recursos Genéticos Naturales y el razonamiento es que en materia de los derechos sobre tales bienes, recursos, la regulación jurídica nacional no se encuentra en la Constitución de manera directa. Indirectamente se indica en el artículo 19 número veinte y tres inciso dos que los requisitos o limitaciones en la adquisición del dominio de algunos bienes.

Por lo tanto, si sobre las minas existe derecho de propiedad sobre otros bienes propios del Estado, deberían haber, o derecho de propiedad u otro derecho. En el caso de marras son los derechos derivados de la Soberanía. Los mismos no son derechos de propiedad sino derivados directamente de la Soberanía misma. Se regularían por exclusión por la ley indicada en el artículo 19 número veinte y tres inciso dos, quórum calificado, al dejarlos fuera o excluirlos, dicha ley debería tratar sólo los casos del derecho de propiedad.

Deberían y son regulados por una ley, simple, ésta es, la Convención sobre Diversidad Biológica. No se podría considerar a la Convención como de aquellas leyes de quórum calificada u orgánica constitucionales debido a que los recursos naturales no renovables, en la Constitución, se regulan por leyes simples conforme al artículo 19 número veinte y cuatro inciso siete. Esta forma de regulación provoca un ataque a la coherencia del Orden jurídico porque discriminaría entre tipos de recursos cuando tal

discriminación se justificaría, existirían razones para la misma, en virtud o considerando como fundamento a la voluntad del legislador y el que los recursos naturales no renovables poseen un valor y un precio más alto.

Cuestión particularmente discutida en el caso de Estados que cifran su desarrollo económico en las exportaciones de bienes (recursos en la terminología usada aquí, sean o no renovables o no renovables). Si respecto de las no renovables se las considera regulables por la ley orgánica constitucional las renovables deberían regularse por el mismo tipo de norma.

Aunque la ley sea una Convención en el caso que nos ocupa y en el actual momento de su aplicación tendría el mismo valor que una Ley Orgánica Constitucional en razón de que la ley que se refiere a los recursos naturales no renovables así lo es. Pero, es necesario indicar que la materia en sí, los derechos del Estado derivados de la Soberanía chilena son parte integrante del ser del Estado por consiguiente el artículo 15 de la Convención, ley chilena, al menos en Chile, debería ubicarse, interpretarse debido a que es un proceso de interpretación, en una posición superior al de la ley normal y de las normas jurídicas de carácter orgánica constitucionales así como de quórum calificado, la razón se debe a que son de la esencia del Estado los derechos nombrados, sin los cuales o no se es Estado o se degeneraría en una persona jurídica diferente, privada tal vez. De no ser así, aun en el caso de no poder incluirse en las categorías indicadas a la Convención por cualquier razón jurídica o por no considerarse los indicados derechos como propios de la existencia del Estado, de todas formas esta Convención establece la regulación jurídica básica de carácter legal de los Recursos Genéticos Naturales, la regulación jurídica que establece las bases esenciales de un Orden jurídico como el de los Recursos Genéticos Naturales y de la biodiversidad

biológica, pues bien, conforme al artículo 63 número 20 de la Constitución, la misma es una “materia de ley”.

Es más, como las normas jurídicas que regulan las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública, artículo 63 número diez y ocho de la Constitución, son materia de ley y la posibilidad de transferir alguno de los derechos derivados de la Soberanía podría implicar tal enajenación a través de un procedimiento administrativo como el descrito en el artículo 15 números uno al seis o la necesaria aplicación de un procedimiento en normas administrativas que regulan el procedimiento de División de beneficios, se reafirma esta conclusión, la Convención es una ley⁹⁸².

¿Es posible de desafectar un bien nacional de uso público?

La desafectación es el acto jurídico por el cual se retira una calificación jurídica. Sólo es posible si lo anterior se efectúa si hay una Ley de Quórum Calificado. Pero en el caso de los Recursos Genéticos Naturales, como lo sostenemos en este caso, la Convención de Diversidad Biológica, considerando que son del tipo de ley señalada, esto trae como consecuencia que de declararse que dichas normas no continuarán siendo aplicadas como bienes nacionales de uso público, nos halláremos en la violación de un tratado internacional y sus obligaciones y de una norma nacional que establece derechos soberanos al Estado de Chile.

Los bienes susceptibles de apropiación

En este caso nos enfrentamos a bienes que no se encuentran en las categorías anteriores⁹⁸³. Sólo a modo de ejemplificación mencionamos los bienes del Estado o fiscales (propiedad del Estado adquiridos a fin de cumplir con sus funciones), bienes de

982*Artículo 63.- Sólo son materias de ley:

(...) 18) Las que fijan las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública;

(...) 20) Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico” REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., 2005, artículo 63, pp. 45 ss.

983 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, op. cit., 2010, p. 172.

los gobiernos regionales (aquellos que conforman el “patrimonio de la persona jurídica de derecho público denominada Gobierno Regional que administra una Región”), bienes municipales, (“patrimonio de una persona jurídica denominada Municipalidad”), bienes privados de particulares (bienes apropiables por personas naturales o jurídicas privadas)⁹⁸⁴.

Limitación a la apropiabilidad

En cuanto a las limitaciones a la apropiabilidad sólo cabe respecto de los bienes susceptibles de apropiación, no así las demás categorías por las razones invocadas anteriormente. Para poder limitar la adquisición de la categoría de bienes susceptibles de apropiación se requiere una Ley Orgánica Constitucional⁹⁸⁵.

Expropiación de la propiedad

En este caso sólo por ley general o especial es posible efectuar este acto y, en el artículo 19 número veinte y cuatro, nos enfrentaríamos a una indemnización.

Materia regulada por ley que podrían o no ser objeto de las normas de la Convención sobre Diversidad Biológica

A fin de dilucidar este problema se requiere saber cuáles son las materias que deben ser reguladas por ley y se resuelve en el artículo 63 de la Constitución mencionada más arriba.

Son tales las que deben ser, conforme a la Constitución, objeto de leyes orgánicas constitucionales. Es decir, la materia se regula integralmente y con una situación jerárquica superior la norma a fin de lograr que no pueda ser modificada de manera inmediata y por simples mayorías.

984 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, op. cit., 2010, pp. 172-173.

985 Artículo 19 número 23 inciso 2:

“Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.”. REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., 2005, artículo 19, número 23, inciso 2.

En segundo lugar, el mismo artículo indica que en aquellos casos en que se ordena que una materia sea regulada por ley así habrá de hacerse, que es el caso de los Recursos Genéticos Naturales. Existe además una limitación, el deber de dictar leyes en el caso de enajenación de bienes del Estado y del mismo modo en caso de arrendamiento o concesión.

Es decir, sea que los bienes sean del Estado o sean bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres siempre requerirán de normas jurídicas que los regulen o no podrán ser regulados pero en un estatus diferente a una cosa que pueda ser apropiada por alguien, sencillamente no admite tal apropiación, es decir, no son apropiables. Finalmente, las normas de “iniciativa exclusiva del Presidente de la República” son, sin duda, de “competencia” o de única regulación por medio de ley.

Es decir, la regulación de la diversidad biológica en Chile y de un componente de la misma, los Recursos Genéticos Naturales y de los derivados de los mismos o no se encuentra regulado en Chile o se encuentra regulado por medio de la Convención sobre Diversidad Biológica. Si es esta la segunda opción, regula la misma materia de ley y por consiguiente, a lo menos, la Convención tiene la calidad de la misma en cuanto a derechos y obligaciones que se incorporan y se garantizan al Estado y a los habitantes de la República, a las personas, en el lenguaje del artículo 19 de la Constitución indicada. Finalmente, como norma de cierre, las bases del Orden jurídico también se incluyen como materia de ley. Es decir, se enfrenta el problema de determinar el objeto a regular, la diversidad biológica y los Recursos Genéticos Naturales, en este caso y luego, dado que se habrá de regular las “bases esenciales” jurídicas de dicho objeto a regular, que constituirá un “Orden jurídico”, entonces debe regularse por ley⁹⁸⁶.

986 *Artículo 63.- Sólo son materias de ley:

1) Las que en virtud de la Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales;

2) Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley; (...)

10) Las que fijen las normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento o concesión; (...)

14) Las demás que la Constitución señale como leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República⁹⁸⁶; (...)

Por su parte, el Presidente de la República de Chile tiene atribuciones en materia legislativa, es decir, posee iniciativa de regulación. Lo anterior se limita a las materias que quedan fuera de las que a la ley le corresponde donde puede dictar reglamentos. Como la amplitud de las materias que son propias de regulación legal es inmensa las áreas donde puede dictar un reglamento el Presidente de la República (fuera del ámbito legal) son pocas⁹⁸⁷.

Concluimos del análisis normativo constitucional o se legisla sobre bienes intransferibles y no susceptibles de ser adquiridos o son regulados por la Convención sobre Diversidad Biológica que debería o ser una norma jurídica que fije el Orden jurídico de una materia, en cuyo caso es o tiene rango o fuerza de ley. De no ser así, aun mientras no se regule el objeto por una ley no podría disponerse del mismo hasta que se regule.

De estas normas jurídicas es posible afirmar que los Recursos Genéticos Naturales, de cualquier tipo, deben ser normados por ley y, por consiguiente, su transferencia así como su administración sólo puede ser definida por normas de carácter legal.

La razón es que o son aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, que es una probabilidad concreta o que deben pertenecer a la Nación toda. Esta segunda opción requiere además que la ley declare tal situación y es posible afirmar que las normas jurídicas legales, tratados internacionales, así lo han hecho. De una parte, como se ha comentado anteriormente en este trabajo, el Derecho Internacional Público ha calificado a los Recursos Genéticos Naturales como pertenecientes a los pueblos (artículo 2 número uno del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el mismo número de artículo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, vigentes en Chile).

20) Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico." REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., 2005, artículo 63, pp. 50-52.

987 "Artículo 32.- Son atribuciones especiales del Presidente de la República: (...)

6º.- Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes;" REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., 2005, artículo 32, p. 30.

La ley además ha reforzado esta noción al indicarse en el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica, ley en la República de Chile, que los recursos naturales (por consiguiente, los Recursos Genéticos Naturales) son objeto de los derechos del Estado y el Estado es la nación jurídicamente representada por tanto, son de la Nación. Ergo los derechos soberanos sobre los Recursos Genéticos Naturales tienen como titular a la Nación toda. La Constitución no contiene otros preceptos de este tipo en lo que se refiere a los recursos genéticos en general ni a los Recursos Genéticos Naturales en particular.

A la vez, en el artículo 19 número veinte y cuatro se prohíbe la privación de la propiedad en Chile, del bien sobre la que ésta pudiera recaer o de alguno de los atributos esenciales del dominio, salvo que se pague la indemnización correspondiente. Sin embargo, no es el caso de los recursos naturales porque los mismos pertenecen a la Nación toda salvo que se haya otorgado concesión de los mismos y se discuta el derecho de concesión sobre ellos.

Es más, el Estado, indica el mismo número del artículo citado, posee el dominio, es decir, es dueño de los depósitos donde se encuentren los minerales en Chile indicando que eso no obsta a la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los “terrenos en cuyas entrañas estuvieren” estos depósitos situados. En otras palabras, pueden coexistir derechos sobre objetos diferentes, los derechos de la Soberanía que pertenecen a la Nación toda, los derechos del Estado sobre los depósitos de recursos naturales no renovables y los derechos de los propietarios sobre el terreno en cuyas entrañas se encuentre el respectivo recurso. Lo dicho nos lleva, en lo que nos ocupa, a considerar un mismo sistema para los recursos genéticos de origen animal, vegetal y microbiano en Chile en lo que a su pertenencia se refiere, los recursos son de la Nación administrados por el Estado a través de los derechos conferidos a éste o reconocidos

pero los frutos y el terreno, las plantas y animales mismos pueden tener como dueño a personas naturales o jurídicas⁹⁸⁸.

Es posible que conforme a la ley se defina la concesión y exploración de recursos naturales no renovables. Pues no podría ser otra la solución en el caso de los renovables, sin importar su importancia sino a consideración de la regulación que veremos más abajo pero que algún atisbo nos da de tener que considerarse como fundamental, es decir, la necesidad de ley para cualquier actividad sobre la misma.

En general, se mantiene la misma disposición respecto de otros recursos naturales, requieren de una ley para que puedan disponerse sin violar las normas constitucionales y legales.

Respecto de las creaciones industriales e intelectuales se genera una protección provocada por el mismo artículo 19 en el número veinte y cinco. Así se asegura a las personas la libertad de crear y difundir las artes, el derecho de autor sobre las creaciones intelectual y artística de cualquier especie por la vida del titular indicándose que comprende el derecho de autor. En este sentido se protege al derecho del autor por conocimientos tradicionales derivados de los Recursos Genéticos Naturales. Tales recursos son productos de la creación, derivados de los mismos recursos. Cuando me refiero a “derivados” no debe pensarse que nos referimos a un aspecto puntual de la posibilidad de obtener productos o frutos, en lenguaje jurídico, de lo que son estos recursos naturales. Es referencia a la capacidad del Ser humano de observar, analizar, razonar a partir de hechos dados y, finalmente, obtener conclusiones.

Así, si una persona observa que un animal se alimenta de frutos determinados concluirá que son comestibles. No necesariamente comestibles para seres humanos pero, al menos, para los animales. La protección de la Constitución Política chilena se

988 Respecto de la situación de la concesión (en el caso que se expone, minera) sobre recursos naturales no renovables pero aplicable desde un punto de vista general en el Derecho chileno cfr. NASSER OLEA, Marcelo, Reflexiones en espera de un fallo del nuevo Tribunal Constitucional: El pretendido ajuste a la Constitución de los artículos 95 números 6º y 7º y 8º en relación con el artículo 96 inciso 3º del Código de Minería, en Revista Chilena de Derecho, vol 34. No 2, 2007, p. 303.

extiende a ello, esta capacidad de raciocinio o de conclusión que tiene al derecho de autor como elemento principal. La expresión “autor” nos lleva a considerar que no existe protección a obras del talento (en este caso para deducir racionalmente) cuando las mismas son mancomunadas o colectivas. La ley que regula esta materia, sin embargo, admite la posibilidad de protección de obras creadas colectivamente⁹⁸⁹. Se protegen cualquiera de las propiedades derivadas del talento o del ingenio de la expropiación, así lo indica el artículo citado. Es decir, no cabría hablar en este sentido de una posibilidad de violación de las normas jurídicas relacionadas con la propiedad por expropiación dado que cualquier propiedad del talento o del ingenio se encuentra protegida por la Constitución Política del Estado sea en cuanto garantiza la protección sobre el derecho reconociendo el mismo, luego lo protege de la expropiación y otorga protección por una acción especial, la de protección.

Finalmente, como lo señaláramos existe una Acción constitucional denominado Recurso de Protección que fue creado por la doctrina y desarrollado por la jurisprudencia en materia constitucional a fin de proteger una serie de derechos garantizados en la Constitución Política de la República de Chile.

La causa o descripción jurídica, tipificación o supuesto de hecho que genera la posibilidad de ocurrir a estrados jurisdiccionales son “actos u omisiones” es decir, tanto un hacer como un no hacer o abstención, pueden y generan responsabilidad estatal que admite recurrir. Tales acciones u omisiones deben cumplir una cualquiera de las condiciones que la misma norma indica, ser “arbitrarios o ilegales”. Es lógico suponer que uno u otro caso tienen ribetes, características o desarrollos de carácter diferente. En el primer caso, la arbitrariedad es un término general sobre el cual la doctrina constitucional chilena y ambientalista chilena ha establecido que es un término que alcanza a la administración pública pero no sólo a la misma y segundo que es un

989 REPÚBLICA DE CHILE, Ley 17336 sobre Propiedad intelectual, actualizada 4 de mayo de 2010 y publicada 2 de octubre de 1970, artículo 5 letras “b” y “c”, artículo 12.

término más amplio que “ilegal”⁹⁹⁰. “Ilegal”, a su vez, es un término estrictamente jurídico, en cuanto engloba actos jurídicos contrarios a la ley o Constitución o actos humanos contrarios a la ley o a la Constitución pero que no sean ilícitos en otros órdenes jurídicos como el penal o civil.

La norma además exige o exigiría “privación, perturbación o amenaza” que es una consecuencia del acto o la omisión arbitraria o ilegal. La privación puede ser de diverso cariz, material o jurídica, en principio. Material al negársele el reconocimiento de un derecho, como por ejemplo, en el caso de la ausencia de entrega de una cantidad de dinero como beneficio social. Jurídica, en el caso en que se negara el derecho⁹⁹¹. La “perturbación” consiste en la molestia a las personas en cualquiera de las circunstancias señaladas, de manera material o jurídica y la “amenaza” es la posibilidad de negación del derecho nuevamente materialmente o jurídicamente⁹⁹².

Finalmente, cualquiera de estas formas de comisión de actos u omisiones arbitrarias e ilegales se debe referir al ejercicio de derecho y garantías “legítimas” y que se contengan en el artículo 19 de la Constitución de la República de Chile pero, no todas, sino, en lo que nos interesa los números veinte y cuatro y veinte y cinco, se excluye el número ocho analizado en estas líneas. Consecuencia, respecto del número 8 o se analiza la Acción de protección a través de la incorporación de argumentos en base a un número diferente defendiendo alguno de los objetos jurídicos garantizados en el número 8, o se recurre a través de un medio procesal diferente, cualquiera que él sea pero en base a normas legales. En el caso del artículo 24, sin embargo, los recursos naturales, paradoja del Derecho por una opción errada en cuanto a objeto de garantía o protección, pueden protegerse por la Acción de protección. El tribunal que conoce de este asunto es la Ilustre Corte de Apelaciones en cuyo territorio jurisdiccional o de

990 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, op. cit., 1997, pp. 241-251. SOTO KLOSS, Eduardo, El Recurso de Protección, orígenes, doctrina y jurisprudencia, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1982, pp. 23 y ss.

991 REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., 2005, artículo 20.

992 REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., 2005, artículo 20.

competencia se han ejecutado los actos u omisiones del carácter y con las consecuencias indicadas.

¿Cuál es la obligatoriedad de un tratado internacional en relación al Estado de Chile, su órganos y a sus habitantes?

En el Derecho Internacional Público un tratado internacional ratificado debidamente por el Estado de Chile no puede menos que obligar al Estado de Chile. Sin embargo, en el caso chileno la determinación en el Orden jurídico nacional de la ubicación de los tratados, de su manera de control y de su obligatoriedad se sumerge en una nebulosa difícil de poder clarificar.

La situación de los tratados en el Orden jurídico chileno debería solucionarse por la Constitución pero la misma no contiene normas expresas sobre el asunto. Como lo expresara la profesora Marisol Peña recientemente, no está claro cuál es la ubicación pero si se encuentra en el mismo nivel o un nivel inferior a la Constitución, de no ser así, un órgano denominado Tribunal Constitucional no podría ejecutar la actividad de control de constitucionalidad de dichos tratados ni tampoco podría encargarse de la inaplicabilidad⁹⁹³. Sin embargo, el profesor Enrique Navarro Beltrán ha indicado que al Tribunal Constitucional le corresponde conocer del control de constitucionalidad cuando versen sobre materias orgánicas constitucionales y que esta norma jurídica que se estableció en una reciente reforma es la consagración de lo que indicó la jurisprudencia del mencionado tribunal desde 2002. Un caso es del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo⁹⁹⁴. Es necesario indicar que el precepto

993 PEÑA, Marisol, Apuntes tomados en el Curso de la Academia de Derecho internacional de La Haya, Octubre 24, Santiago de Chile, 2011.

*Artículo 93. Son atribuciones del tribunal constitucional:

(...) 6º Resolver por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución;

7º Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior;" REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., 2005, artículo 93 número 6 y 7, p. 68.

994 NAVARRO BELTRÁN, Enrique, El control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011), Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 43, Santiago de Chile, 2011, p. 46.

correspondiente, el artículo 93 en su numeral tres no indica la naturaleza de la norma como elemento fundamental y criterio para el mencionado control sino la forma, “tratado” y en los números 6 y 7 se inclina el Constituyente por la forma y no la naturaleza o fondo del texto constitucional sometido a dicho tribunal⁹⁹⁵.

En segundo lugar existen dos fórmulas constitucionales para que ingresen normas jurídicas internacionales en el Orden jurídico chileno, de una parte las normas jurídicas relacionadas con los derechos humanos (al menos lo ha entendido así la doctrina) los “derechos esenciales de la naturaleza humana” cuando son “garantizados (...) por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Este tipo de derechos, contenidos en los tipos de normas jurídicas indicadas deben ser respetados y promovidos por “los órganos del Estado”. Pues bien, se debe y sostenemos que los tratados vigentes internacionalmente son fuente de obligaciones para las partes de los mismos. Con ello se está, como es lógico, cumpliendo con los requisitos propios de todo acto jurídico que genera derechos y obligaciones. Si el mismo ha sido ratificado por el Estado de Chile y se encuentra vigente y contiene normas jurídicas que son “derechos esenciales de la naturaleza humana” no requerirían mayor discusión, son plenamente aplicables.

En segundo lugar, existe el procedimiento contenido en el artículo 54 número uno al que hemos hecho referencia donde todos aquellos tratados internacionales que no digan relación con “derechos esenciales de la naturaleza humana” tienen que someter su procedimiento de ratificación y luego sanción y publicación.

En conformidad a la lectura de los textos, artículos 5 y 54, no existe diferencia, en principio todo tratado debe someterse a los requisitos del artículo 54 y habrá una consecuencia diferente para los órganos estatales desde el momento en que el tratado

995 A mayor abundamiento citamos: “Artículo 93. Son atribuciones del tribunal constitucional:

(...) 3º Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley y de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;” REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., 2005, artículo 93 número 3, p. 68.

que reconozca “derechos esenciales de la naturaleza humana” se encuentre ratificados y vigentes entonces los órganos del Estado deben promoverlos y respetarlos⁹⁹⁶.

La Convención sobre Diversidad Biológica y sus objetos de regulación que son los que nos interesan no se encuentran necesariamente incorporados dentro de la regulación del artículo 5. Salvo en lo que se refiere a los derechos derivados de la Soberanía estatal sobre los recursos naturales (dado que la “soberanía reside esencialmente en la Nación”, conforme al artículo 5 inciso primero de la Constitución y que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 2 número uno indica de manera similar lo mismo) por consiguiente debe considerarse que son propias de la Nación toda los derechos soberanos y por consiguiente se sigue que podrían tales derechos pertenecer a aquellos esenciales de la naturaleza humana.

¿Cuál es la situación jurídica del tratado internacional en el Orden jurídico chileno?

Este problema no posee una solución directa, como hemos indicado anteriormente. Ciertamente no tiene gran importancia en cuanto a derechos y obligaciones del Estado chileno *vis a vis* otros Estado dado que no podrá oponer su situación jurídica en relación a las normas jurídicas internacionales *vis a vis* las obligaciones internacionales conforme al Derecho Internacional Público general y el Derecho de los tratados⁹⁹⁷.

Esta pregunta sólo se puede responder de normas jurídicas que establecen de una parte las regulaciones de los tratados al ingresar dentro del Orden jurídico nacional y, a su vez, las normas de control de los tratados. Si como aparece de algunas opciones interpretativas se debe diferenciar “fuerza normativa” de la “posición de los tratados” la

996 Sin perjuicio de una serie de otras preguntas que por limitaciones de espacio y por razones derivadas del objeto de análisis, los Recursos Genéticos Naturales, no analizamos. ¿Si el tratado internacional no se mantuviera vigente entonces perdería un derecho esencial que emana de la naturaleza humana la calidad de tal? ¿Podríamos integrar al listado del artículo 19 de la constitución nuevos derechos cuando son de la calidad que se esgrime aquí?

997 Al respecto en cuanto a Derecho Internacional Público general MALANCKZUCK, Peter, op.cit., pp. 64-68, entre nosotros, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, op. cit., 1997, pp. 70-79.

misma sólo cabría entenderla a efectos del Orden jurídico nacional. El Orden jurídico internacional no cabe dentro de esta clasificación, si es que la misma es posible, y por consiguiente, es inaplicable al caso concreto de la Convención sobre Diversidad Biológica, norma jurídica vigente en Chile.

El profesor Llanos Mancilla ha indicado que es posible encontrar las primeras referencias a la regulación de los tratados en el Orden jurídico chileno en 1926. Lo anterior sólo referido al procedimiento de incorporación de los tratados, no a otro tema. El Decreto Supremo número 132 de 26 de junio de dicho año⁹⁹⁸. Este es un procedimiento que consta de diversos momentos, todos cumplidos por la Convención antes indicada, es decir, fue firmada por el Presidente de la República, presentada a consideración y aprobación del Senado de la República de Chile, luego se procedió a su promulgación y, finalmente, a su publicación⁹⁹⁹. Con la promulgación es suficiente para que sea obedecido por los órganos del Estado pero sin su publicación el tratado debe proceder a aplicarse por los órganos jurisdiccionales¹⁰⁰⁰. La ausencia de publicación de la ahora norma jurídica nacional impide que el tribunal que conozca de una causa la puede hacer aplicable en la sentencia. Sin embargo, nos encontramos con una violación de las obligaciones del Derecho Internacional Público si no se publica.¹⁰⁰¹ Lo anterior, la referida violación de las obligaciones, el incumplimiento, no se plantea porque la Convención sobre Diversidad Biológica es plenamente aplicable en Chile.

¿Cuál es la posibilidad de solicitar la inconstitucionalidad de parte de diputados o senadores o de solicitar la inaplicabilidad por las partes en un juicio de un tratado internacional incorporado al Orden jurídico chileno?

998 LLANOS MANSILLA, Hugo, Los tratados internacionales en la Constitución de 1925 y el la Jurisprudencia, *Ius et Praxis*, Año 9, No 1, 2003, pp.223-244.

999 REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., 2005, artículo 54, número 1.

1000 LLANOS MANSILLA, Hugo, op. cit., pp. 223-244.

1001 LLANOS MANSILLA,, Hugo, op. cit., pp.223-244.

Esta pregunta aborda dos supuestos. Excluimos de la pregunta, el supuesto de la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de un tratado internacional que no se ha incorporado al Orden jurídico chileno porque la misma posibilidad, discutida en parte en el acápite anterior, si bien no afecta el objeto de estudio, la Convención sobre Diversidad Biológica en Chile, tampoco tiene mayor relevancia dado que se contempla en la misma Constitución actual en los artículos referidos anteriormente¹⁰⁰².

El problema habría de plantearse *vis a vis* la Convención de Diversidad Biológica, que pudiere solicitarse la inaplicabilidad de alguno de sus preceptos. A diferencia de lo podría pensarse el que el Tribunal Constitucional dicte una sentencia en que no aplique un precepto del tratado hace que el tratado se encuentre incumplido. El Estado de Chile cae en incumplimiento. Este concepto, incumplimiento, hace nacer responsabilidad internacional al tribunal. Como se verá, el Tribunal Constitucional menciona que una interpretación armónica y sistemática en relación al asunto del caso UPOV que se presenta más abajo y la Convención sobre Diversidad Biológica refiriéndose especialmente al artículo 15 de la antedicha convención.

El Tribunal Constitucional tiene la facultad de conocer un asunto en que se solicita la inaplicabilidad de un precepto legal contenido en un tratado¹⁰⁰³. Tal posibilidad puede ejercerse respecto de una discusión que se plantee en un juicio respecto de la aplicación de una norma inferior a la Constitución y que se enfrente a la misma. Por lo tanto, es posible que en un juicio futuro en Chile se plantee la inaplicabilidad de un precepto del tratado que estudiamos dado que tiene la fuerza y al menos el rango legal de ley, sin perjuicio de ser discutible la calidad de “orgánica constitucional”.

1002 A guisa de ejemplo, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE., Requerimiento presentado por 17 Senadores respecto de la constitucionalidad del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV-91), Boletín 6426-10, sentencia de 24 de junio de 2011, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Santiago de Chile, 2011.

1003 Así el artículo 93 número 6 de la Constitución Política del Estado ha indicado lo que hemos citado anteriormente. REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., 2005 p. 68.

Luego, además, es posible que el mismo precepto sea declarado inconstitucional conforme a la misma Constitución¹⁰⁰⁴. Si en el primero caso la responsabilidad internacional podía ser reclamada, en principio, por la parte cuyos derechos se afectaban por la declaración de inaplicabilidad, en el segundo, en cambio, puede ser declarada por el Tribunal Constitucional respecto de todo el Orden jurídico chileno.

En dicho supuesto jurídico (no de hecho) nos encontramos, directamente, con una actividad jurídica que incumple las obligaciones y derechos internacionales contenidos en la convención analizada. Sin embargo, en ninguno de los casos los legisladores tienen injerencia, es decir, ni diputados ni senadores pueden solicitar la inaplicabilidad ni determinar la inconstitucionalidad en su calidad de tales. La inaplicabilidad tiene como legitimados activos a las partes o al juez y en el caso de la inconstitucionalidad supuesta la inaplicabilidad el legitimado activo es el pueblo dado que se establece “acción pública” para requerir al tribunal constitucional la inconstitucionalidad¹⁰⁰⁵.

¿Es posible que el Tribunal Constitucional chileno haga incurrir en responsabilidad internacional al Estado de Chile frente a la declaración de inaplicabilidad de un precepto de la Convención sobre Diversidad Biológica?

La respuesta es afirmativa y veremos una sentencia que nos ha servido para el doble propósito de demostrar que se puede impugnar un tratado internacional que no se encuentra vigente por vicios de constitucionalidad e inclusive estando vigente el mismo

1004 Así el artículo 93 número 7 de la Constitución Política del Estado indica lo citado anteriormente, REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., p. 68.

1005 Así el artículo 93 incisos 11 y 12 de la Constitución Política del Estado indican:

“Artículo 93.- Son atribuciones del Tribunal Constitucional: (...)

En el caso del número 6º, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

En el caso del número 7º, una vez resuelta la sentencia previa declaración de un recurso legal, conforme al número 6º de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio. Corresponderá a la ley orgánica constitucional respectiva establecer los requisitos de admisibilidad, en el caso de que se ejerza la acción pública, como asimismo regular el procedimiento que deberá seguirse para actuar de oficio.”. REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., p. 68-69.

es posible impugnarlo con lo que Chile puede encontrarse en violación de las normas jurídicas internacionales. Así también la respuesta es afirmativa respecto de la declaración de inconstitucionalidad. Es más, en un reciente fallo de la Corte Interamericana de Derechos humanos se hizo responsable al Estado de Chile por la interpretación errada de la Excelentísima Corte Suprema así como la incorrecta aplicación o la omisión de aplicación de la Convención Interamericana de Derecho Humanos¹⁰⁰⁶.

Un caso de aplicación de un tratado internacional: UPOV

Un estudio de caso en este análisis es el del tratado UPOV en una de sus versiones recientes. Tiene interés analizar cómo se procede en materia de tratados internacionales en Chile conforme a la actual regulación pero mayor peso es el que posee el entender el razonamiento jurídico de los jueces constitucionales respecto de un caso en que análogamente podría llegarse a conclusiones similares respecto de la aplicación de la Convención sobre Diversidad Biológica en Chile tanto para su declaración de inaplicabilidad y como resultado de lo anterior de inconstitucionalidad respecto de alguno de sus preceptos.

El tratado denominado UPOV o de la Unión Internacional de Protección de Nuevas Variedades de Plantas tiene diversas versiones¹⁰⁰⁷. Las variedades de plantas son objeto de la creación humana y cumplen requisitos para ser consideradas como tales¹⁰⁰⁸. La versión más moderna de la UPOV fue aprobada por Chile conforme al cumplimiento de las obligaciones del país debido a la existencia de tratados internacionales con la Unión Europea y Estados Unidos así como Japón que obligaban a

1006CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, (Fondo, Reparaciones y Costas), San José de Costa Rica, 2012, considerando 314.

1007 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACIÓN, Documentación presentada a la disposición de la comisión de recursos genéticos para la alimentación y la agricultura por la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, Roma, 1999, p. 1.

1008 El objetivo es lograr la protección de nuevas variedades vegetales, estableciendo a favor de los obtentores o titulares de la obtención un derecho de propiedad. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACIÓN, op. cit., p. 2.

cumplir con la aprobación del tratado internacional de la Unión Internacional de Protección de Nuevas Variedades de Plantas. En este sentido tal aprobación no fue sino el cumplimiento de las obligaciones del país respecto de un tratado internacional que se consagraba como base de otra norma jurídica internacional, un caso en que “el supuesto de hecho”, en términos kelsenianos, es la aprobación de otro tratado siendo la misma luego de la incorporación al Orden jurídico nacional la base del cumplimiento de la obligación internacional.

En la versión de 1991 el tratado cuestionado en su aplicación contiene la definición de “variedad”. Así se indica que es un “conjunto de plantas de un solo taxón botánico del rango más bajo conocido que, con independencia de si responde o no plenamente a las condiciones para la concesión de un derecho de obtentor, pueda:

- definirse por la expresión de los caracteres resultantes de un cierto genotipo o de una cierta combinación de genotipos.

- distinguirse de cualquier otro conjunto de plantas por la expresión de uno de dichos caracteres por lo menos.

- considerarse como una unidad, habida cuenta de su aptitud a propagarse sin alteración.”

Si bien acotada es definición provocó entre los agricultores, indígenas y productores locales de plantas una fuerte controversia. ¿Y si hubiere fraude a la ley, uno de los ilícitos atípicos que ha propuesto un distinguido profesor español?

Pues bien, el fraude a la ley se configuraría de diversas maneras, una hacer aparecer plantas autóctonas como de propia generación por compañías nacionales o internacionales al cambiar algún elemento mínimo pero que las hace nuevas y, por tanto, someterlas a los “supuestos de hecho” de esta definición.

Un segundo “fraude a la ley” es incorporar alguna planta no descrita pero existente en la naturaleza del país y, sin embargo, debido a su ausencia de descripción o aun existiendo en el país fuera solicitada su protección como una nueva variedad debido al desconocimiento.

En tercer lugar, aparece la posibilidad de contaminación por medios químicos al transportarse esporas desde predios donde se críen variedades de plantas a otros predios donde existan plantas autóctonas.

Estas formas de ilícitos atípicos tienen como fundamento el problema de la incorrección en materia de el sentido y alcance de los términos “creación” y “descubrir” que mantiene la estructura argumental de lo que hemos indicado en otra parte de la tesis. Es decir, si miramos a la creación entonces observamos un nuevo objeto en el mundo, objeto ideal o material, una idea o un producto de una técnica. Sin embargo, al observar la expresión “descubrir” casi siguiendo lo indicado por la palabra, sacamos el “cobertor” y vemos que se le ha dejado desnudo a un objeto preexistente, es decir, frente a nuestra vista.

Pues bien, auxilia al ilícito el que las empresas utilicen Recursos Genéticos Naturales preexistentes porque ocurre que esos recursos ya existen en la naturaleza. Es decir, no se trata de creación sino de descubrimiento. Por otra parte hay que ver hasta donde la creación es posible. La simple modificación de uno de los aminoácidos de tendría que llevarnos a pensar si lo que se genera es nuevo, es decir, una invención o viejo. Más aun, la discusión en torno a éste tema no fue menor las conversaciones informales sobre el asunto¹⁰⁰⁹.

1009 Blaschke Werner, Conversaciones sobre la Sentencia UPOV

La aplicación

Como ha ocurrido en otros estudios de casos el problema se planteó en torno a la aplicación de este tratado.

Primero, la acción de inconstitucionalidad planteada ante el Tribunal Constitucional

Segundo, los problemas prácticos relacionados con su aplicación, el caso de la pérdida de diversidad biológica y genética así como de conocimiento tradicional

Tercero, la aplicación en el ámbito agrícola.

Revisaremos todos los mismos a través de la sentencia dictada por el tribunal constitucional en la materia.

La sentencia de la causa rol 1988-11 CPT dictada con fecha 24 de junio de 2011 indicó con cinco votos contra cuatro que rechazaba la acción constitucional. En el considerando 72° se rechazó la acción constitucional en razón de no existir “vicios formales no planteados en el requerimiento, pero examinados por este Tribunal, han quedado desvirtuados los cuestionamientos efectivamente contenidos en la acción constitucional deducida por los señores Senadores”¹⁰¹⁰.

Esta resolución de rechazo tuvo como fundamento y evidencia lo siguiente:

1.- La ausencia de elementos suficientes, es decir, relación de razonamientos con evidencia fáctica o lógica, de la infracción que se habría cometido al aprobar el tratado respecto de la ausencia de promoción de integración armónica de los diversos sectores de la Nación en relación al aseguramiento del derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional¹⁰¹¹.

2.- No habría precisión acerca de la manera o forma en que se produciría la infracción por parte del tratado mencionado del aseguramiento o garantía del Estado de

1010 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Sentencia número de rol 1988-11 CPT, Tribunal constitucional de la República de Chile, Santiago de Chile, 2011, considerando 72, página 75.

1011 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 71°, p. 75.

una “no discriminación arbitraria en el trato que el Estado debe dar a los particulares en materia económica” ejecutando la formulación genéricamente¹⁰¹².

3.- No se infringirá la igualdad ante la ley según la sentencia es “necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada¹⁰¹³. Precisamente en este sentido el Tribunal Constitucional de España ha señalado específicamente, que “para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que los sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”. (Sentencias 76/1990 y 253/2004).”. Se requiere que existan fines objetivos y constitucionalmente válidos. A fin de verificar lo anterior se ejecuta un examen de racionalidad de la distinción, sujeción a la proporcionalidad, considera los hechos, a la ley teleológicamente y, finalmente, los derechos afectados¹⁰¹⁴.

4.- La coherencia y armonía de del convenio UPOV en el Orden jurídico chileno concretándose su aplicación en el bien común. Y en este sentido los derechos de propiedad se encuentran debidamente resguardados y el que en el convenio UPOV los regímenes jurídicos del obtentor y del agricultor aparecen “razonablemente delimitados”. Reafirma esta conclusión el que el Orden jurídico vigente posee

1012 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 70º, p. 74.

1013 FERNANDEZ, Tomás, De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional. Editorial Civitas, Madrid, 1988, pp. 34 y 42.

1014 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 67º, p.72.

“mecanismos tendientes a que los Estados protejan equilibradamente los derechos de los agricultores y de las comunidades.”¹⁰¹⁵.

5.- La normativa jurídica vigente en Chile asegura la inapropiabilidad de las variedades vegetales originarias y tradicionales propias de la biodiversidad chilena en el considerando 46 al cual se refiere el considerando 69 referido en el número cuatro. De modo que las mismas y las que se hayan importado libremente dentro del país pueden ser plantadas de manera libre por agricultores pequeños y productores indígenas.

Además pueden inscribir y oponerse a la inscripción de variedades vegetales y el Estado tiene la obligación de amparar, incentivar y facilitar dicha intervención en dichos trámites legales. Se debe tener especial cuidado con las personas interesadas más vulnerables y necesitadas de la comunidad nacional conforme al artículo 1 inciso tercero y cuarto de la Constitución¹⁰¹⁶.

6.- Las compensaciones para los agricultores nativos se regulan por la Convención sobre Diversidad Biológica¹⁰¹⁷.

7.- Se indica en la sentencia uno de los principales argumentos contrarios a la aplicación de la Convención UPOV debido a que:

“vulneraría el derecho de propiedad de los agricultores para usar y gozar de las semillas adquiridas por accesión, al no poder usar sus cosechas como material de reproducción en nuevos cultivos, según antes les habría permitido el, así denominado, ‘privilegio del agricultor’.”¹⁰¹⁸.

Se rechaza la misma porque según el Tribunal Constitucional en el mismo considerando el Tratado UPOV contempla esta “franquicia”¹⁰¹⁹.

1015 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE,, op. cit., considerando 69º, p.72. En este considerando es difícil de entender el razonamiento del tribunal, en el inciso primero indica la inclusión del convenio UPOV dentro del orden jurídico nacional y luego en el inciso segundo se discurre sobre la base de un convenio internacional que regula los mismos objetos de análisis en diferentes Estados.

1016 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 48, p. 60

1017 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 48, p. 61.

1018 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE,, op. cit., considerando 49, p. 61.

1019 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 49, p. 61.

8.- La “franquicia” (facultad) que se reconoce por el Convenio UPOV es la denominada “excepción facultativa” que se incorpora en el artículo 15 número dos del mismo tratado donde se deja constancia que se puede permitir, en la legislación interna establecer el permiso al agricultor para que use su propia producción con fines de reproducción o multiplicación¹⁰²⁰.

Además se agrega en la sentencia que el artículo 17 de dicha convención expresamente señala que en virtud de “razones de interés público” es posible limitar los derechos del obtentor¹⁰²¹.

9.- Legislación chilena sobre el asunto. La Ley 19.342¹⁰²² que regula a los obtentores vegetales en Chile indica del mismo modo que se garantiza el “privilegio del agricultor”¹⁰²³. El tribunal indica que un proyecto de ley que modificaría la norma aludida mantendría esta excepción y protegería a los agricultores siempre que se trate de material debidamente obtenido y no sea híbrido o sintético pudiendo reservar una cantidad por temporada que sea equivalente a lo indicado por el tribunal¹⁰²⁴.

10.- Conclusión respecto del uso de semilla por agricultor. En la sentencia se concluye que jurídicamente el agricultor puede a su vez utilizar como “material de reproducción” las semillas parte de la cosecha obtenida. “Material de reproducción” se entiende por nuestro tribunal como “parte del producto de la cosecha obtenida, esto es con granos producidos por él a partir de aquellas semillas protegidas del obtentor, puede volver a sembrar su explotación.”¹⁰²⁵.

11.- Permisos y Prohibiciones (interpretación)

El tribunal indica que al agricultor se le permite comercializar el producto y resembrar. La comercialización del producto supone la transferencia a título oneroso de

1020 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 49, p. 61.

1021 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 49, p. 62.

1022 REPÚBLICA DE CHILE, Ley 19.342 Regula derechos de obtentores de nuevas variedades vegetales, Diario Oficial de la República de Chile, 3 de noviembre de 1994.

1023 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 49, p. 62.

1024 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 49º, p. 62.

1025 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 50º, p. 63.

la cosecha a terceros para “fines de uso o consumo final, tanto como resembrar en la forma descrita” (en el texto de la sentencia)¹⁰²⁶.

12.- La contaminación genética es enfrentada luego por el tribunal constitucional. La convención UPOV en parte de su articulado (artículo 14 y 16) infringiría el “deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza, en los términos que establece el artículo 19 número ocho de la Carta Fundamental.”¹⁰²⁷.

13.- La limitación de la propiedad por los artículos 14 y 16 del convenio. La sentencia analiza las consecuencias de la argumentación en esta materia porque la propiedad se extendería a las semillas iniciales, a plantas y partes de plantas, a especies derivadas, a las que carecen de diferencia “sustancial con la variedad protegida, al producto de la cosecha, a los productos fabricados con ellas y a los productos fabricados con aquellas”. Existen estudios que fundamentan esta opinión¹⁰²⁸.

14.- Interpretación sistémica de la protección del medio ambiente

En el considerando 52 se efectúa un análisis exegético del artículo 19 número ocho u luego en el considerando 53 se avanza al indicarse que la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente es la que auxilia a entender el artículo antes indicado. El fundamento de esta afirmación es que la citada ley es “para todos los efectos legales” la que contiene conceptos generales aplicables a todas las normas jurídicas relacionadas al medio ambiente. En ese sentido la Corte discurre la apreciación entre si estamos o no frente a un “contaminante” (los recursos genéticos provenientes de la creación de nuevas plantas) y si dicha presencia en el medio ambiente es o no calificable de

1026 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 50º, p. 63.

1027 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 51º, p. 63.

1028 La sentencia en comento indica que los derechos de propiedad sobre los vegetales contribuyen en un efecto extrajurídico al reemplazo de agroecosistemas tradicionales que poseen diversidad por monocultivos. Éstos son dependientes de agroquímicos. Afectan la nutrición y el medio ambiente. Además se afectarían la variedades criollas y locales, se deterioraría los ecosistemas y los derechos de los agricultores a controlar sus propias semillas se agotaría (cuestión que habría que discutir en torno al agostamiento de los derechos). Al afectarse la biodiversidad por el convenio se violenta el deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE., op. cit., considerando 52º, pp. 63-64.

“contaminación” por ser una “alteración” o “impacto” de suficiente entidad para obtener tal calificativo¹⁰²⁹.

La sentencia discurre sobre los conceptos de “contaminación” e “impacto ambiental” Luego de la cita a las definiciones se señala en la sentencia lo siguiente:

1.- Se debe contar “parámetros ambientales establecidos” a fin de determinar si existe contaminación y los mismos no han sido establecidos¹⁰³⁰.

2.- Mientras no se dicten dichos parámetros no se puede hablar de contaminación¹⁰³¹.

3.- Sólo cabría hablar de contaminación si “inequívocamente” se produce un riesgo “cierto” “a la vida, a la salud de la población, a la conservación del ambiente o la preservación de la naturaleza, o bien que exista una situación de pública e indiscutida notoriedad de la presencia gravemente nociva en el ambiente de un contaminante”¹⁰³².

4.- Además, sigue discurrendo la Corte, la Excelentísima Corte Suprema ha indicado que el “derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación” posee un doble carácter, es “subjetivo público” y “colectivo público”.

5.- El que sea “subjetivo público” implica que debe ser amparado por el Estado tanto por los recursos ordinarios como por el Recurso de Protección (lo que no corresponde por no ser mencionado en el artículo 20 de la Constitución)¹⁰³³.

6.- El que sea “colectivo público” tiene por objeto amparar y proteger “derechos sociales de tipo colectivo, “cuyo resguardo interesa a la comunidad toda, tanto en el plano local como a nivel nacional, y ello es así porque se comprometen las bases de la existencia como sociedad y nación, porque al dañarse o limitarse el medio ambiente y

1029 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 53º, p. 64.

1030 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 54º, p. 65.

1031 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 54º, p. 65.

1032 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 54º, p. 65. Citando a sentencia rol N° 577/2006, considerando 13 del Tribunal Constitucional de Chile.

1033 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 55º, p. 65.

los recursos naturales, se limitan las posibilidades de vida y desarrollo no sólo de las actuales generaciones sino también de las futuras”¹⁰³⁴.

7.- Sentido y alcance de la protección del “derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación” como un “derecho colectivo público”. Indica la sentencia que “(...) su resguardo interesa a la colectividad por afecta una pluralidad de sujetos que se encuentran en una misma situación de hecho, y cuya lesión, pese a ser portadora de un gran daño social, no les causa un daño significativo o al menos claramente apreciable en su esfera individual”¹⁰³⁵.

8.- La naturaleza es considerada por el Tribunal Constitucional como un “valor, un bien o patrimonio que pertenece a la colectividad y que debe ser mantenido y protegido para que lo puedan disfrutar y aprovechar las personas en el presente y en el futuro.”¹⁰³⁶.

9.- La intervención y destrucción de recursos naturales es considerada luego en la sentencia cuando señala que:

“(...) toda intervención en la naturaleza que implique un deterioro grave en su conservación y mantenimiento y que lleve, por ejemplo, a la extinción de recursos naturales vivos o la alteración significativa del paisaje, ha de ser combatida por toda la sociedad, representada por el Estado.”¹⁰³⁷.

10.- Convenio UPOV no regula el “acceso a los recursos genéticos”¹⁰³⁸.

11.- La protección a las variedades vegetales nuevas se concederá “salvaguardando y respetando tanto el patrimonio biológico y genético como los conocimientos tradicionales nacionales”. Lo citado se contiene en el proyecto de ley que

1034 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 55º, pp. 65-66. Se cita a Excelentísima Corte Suprema, Sentencia de 19 de marzo de 1997, considerando 14º, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIV, 2ª Parte, Sección 5ª, p. 17.

1035 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 55º, p. 66. Se cita a Excelentísima Corte Suprema, Sentencia de 19 de marzo de 1997, considerando 14º, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIV, 2ª Parte, Sección 5ª, p. 17.

1036 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 56º, p. 66. No analizaremos aquí el proceso en que enunciados jurídicos de origen dogmático se convierten en norma jurídica (particular en la opinión de Kelsen).

1037 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 56º, p. 66. En este sentido se considera por el autor que se cita en el texto de la sentencia que se ataca la buena y sana calidad de vida de las personas.

1038 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 57º, p. 66.

reemplazará a la actual normativa en la materia contenida en el Mensaje No 435-356, de 22 de diciembre de 2008¹⁰³⁹.

12.- Ausencia de apreciación de afectación de la diversidad biológica chilena. La corte indica que no se observa cómo podría el convenio citado afectar la biodiversidad como consecuencia de restringir la circulación de los recursos genéticos vegetales, dado que el convenio no dice relación con este ámbito. Se cita al artículo 18 del convenio que permite que los Estados Partes puedan determinar las normas jurídicas que regulen producción, control y comercialización del material de las variedades así como importación y exportación de las mismas¹⁰⁴⁰.

13.- Incorporación de normas jurídicas (“estándares”) de UPOV en la legislación chilena desde 1992 como fundamento del razonamiento del rechazo de la acción. En la sentencia se indica que normas UPOV fueron incorporadas en la legislación chilena desde 1992 con la ley 19.341 que regula las variedades vegetales y no ha provocado daño alguno a la diversidad biológica¹⁰⁴¹.

14.- Interpretación armónica con otros tratados internacionales como fundamento del rechazo de la acción: Convención sobre Diversidad Biológica. En efecto, se considera a la inmediatamente mencionada convención como parte del Orden jurídico que regula la generación de variedades vegetales citando la definición de diversidad biológica y la elaboración de planes y estrategias o programas nacionales para conservar y usar sosteniblemente la diversidad biológica donde debe integrar en planes sectoriales e intersectoriales estos objetivos. A su vez, se hace referencia al artículo 15 en su inciso primero¹⁰⁴².

De consiguiente este tratado debe ser interpretado conforme a otras normas jurídicas que regulen la diversidad biológica y genética. Además no es plausible que el

1039 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 57º, pp. 66-67. En este caso se convierte en norma jurídica de carácter especial un texto que contiene un proyecto de ley.

1040 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 58º, p. 67.

1041 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 59º, p. 67.

1042 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 60º, p. 69.

convenio por sí mismo, conforme al tribunal, sea suficiente causa para afecta la diversidad biológica. Sin embargo, la misma debe verse protegida del daño que puede significar la introducción de cualquier organismo o variedad de plantas que puedan afectarla.

La situación legal en Chile

La legislación chilena, además de la Convención sobre Diversidad Biológica, no posee en su Orden normativo específica alguna posible de considerar o un desarrollo de la Convención sobre Diversidad Biológica en lo que se refiere al Acceso y División Equitativa de Beneficios¹⁰⁴³. Ni la Ley de Bases Generales de Medio Ambiente posee tales normas teniendo el carácter de una ley que establece las bases o fundamentos de la regulación jurídica del Medio Ambiente¹⁰⁴⁴.

En la misma sólo se define lo que es Biodiversidad (conforme a como lo indica la definición de la Convención sobre Diversidad Biológica) en su artículo 2 letra a)¹⁰⁴⁵, la Conservación del Patrimonio Ambiental en el artículo 2 letra b)¹⁰⁴⁶, Desarrollo sustentable en el artículo 2 letra g)¹⁰⁴⁷, Medio Ambiente en el artículo 2 letra ll)¹⁰⁴⁸, Recursos Naturales en el artículo 2 letra r)¹⁰⁴⁹, pero no hay una definición de Acceso a los Recursos Genéticos Naturales, de División Equitativa de Beneficios, de

1043 FLORES-MIMICA, Luis, HERVÉ-ESPEJO, Dominique, Chile: Early attempts to develop Access and benefit sharing regulations, en CARRIZOSA, Santiago, et. al., *Assessing Biodiversity and Sharing the benefits: Lessons from the implementation of the Convention on Biological Diversity*, IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge, UK, 2004, p. 227.

1044 REPÚBLICA DE CHILE, Ley de Bases Generales del Medio Ambiente número 19.300, publicada en el Diario Oficial de la República de Chile el 09.03.1994 pero cuya última versión es de 13.11.2010.

1045 "Artículo 2.- Para todos los efectos legales se entenderá por:

Biodiversidad o Diversidad Biológica: la variabilidad de los organismos vivos, que forman parte de todos los ecosistemas terrestres y acuáticos. Incluye la diversidad dentro de una misma especie, entre especies y entre ecosistemas". REPÚBLICA DE Chile, op. cit., 1994 artículo 2 letra a).

1046 "Artículo 2.- Para todos los efectos legales se entenderá por:

a) (...) b) Conservación del Patrimonio Ambiental: el uso y aprovechamiento racionales o la reparación en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y capacidad de regeneración;" REPÚBLICA DE Chile, op. cit., 1994, artículo 2 letra b).

1047 "Artículo 2.- Para todos los efectos legales se entenderá por:

(...) g) el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras.". REPÚBLICA DE Chile, Ley de Bases Generales del Medio Ambiente número 19.300, op. cit., artículo 2 letra g).

1048 "Artículo 2.- Para todos los efectos legales se entenderá por:

(...) ll) Medio Ambiente: el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones;" REPÚBLICA DE Chile, op. cit., 1994, artículo 2 letra ll).

1049 "Artículo 2.- Para todos los efectos legales se entenderá por:

(...) r) Recursos naturales: los componentes del medio ambiente susceptibles de ser utilizados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades o intereses espirituales, culturales, sociales y económicos;" REPÚBLICA DE Chile, Ley de Bases Generales del Medio Ambiente número 19.300, op. cit., artículo 2 letra ll).

procedimiento y requisitos para solicitar el Acceso por sujetos de Derecho internacional público, sujetos de Derecho nacional o sujetos de Derecho extranjeros.

Un proyecto en que se pretenda efectuar investigación sobre Recursos Genéticos Naturales en Chile, o cualquier recurso genético en Chile no se encuentra sometido al sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a menos que sea un proyecto de desarrollo, cultivo o explotación de organismos genéticamente modificados, fuera del objeto de este estudio (en artículo 10 letra “r”).

De otra parte, se crea un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas con “objeto asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental” a cargo del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas en el artículo 34 con afanes clasificatorios hay un reglamento que se consigna en el artículo 37 donde en base a los mismos deberían elaborarse planes de recuperación, conservación y gestión de las especies pero sólo dentro de gestión podríamos incluir utilización de los Recursos Genéticos Naturales aunque tal interpretación, por ser demasiado extensiva y considerando el principio de legalidad que rige a la Administración Pública chilena y la interpretación jurídica de normas de Derecho público es finalmente desechada.

Todo lo anterior, conforme al artículo 38 sólo se refiere a conservación de recursos biológicos y por consiguiente no es en la normativa ambiental donde encontramos, como debiera hacerse conforme a la naturaleza primera de la Convención sobre Diversidad Biológica, la respuesta a la regulación jurídica de los Recursos Genéticos Naturales.

En efecto, desde la ratificación de la Convención sobre Diversidad Biológica por el Estado de Chile ha habido iniciativas privadas y estatales para que se dicte una ley sobre la diversidad biológica, cumpliendo así con las obligaciones de la Convención.

En general, sin embargo, sólo ha habido un acercamiento a las soluciones contractuales porque las legales y de políticas públicas, en este aspecto, no han surtido efecto alguno¹⁰⁵⁰, es decir, existe sólo una regulación de carácter constitucional y legal en cuanto la Convención es aplicable a este tema, como se ha afirmado y probado más arriba.

Quizás, de manera restrictiva podemos señalar que el Ministerio de Medio Ambiente tiene la obligación de “velar por el cumplimiento de las convenciones internacionales, en que Chile sea parte en materia ambiental y ejercer la calidad de contraparte administrativa, científica y técnica de tales convenciones” sin perjuicio de las prerrogativas del Ministerio de Relaciones Exteriores (artículo 70 letra d)) o la “colaboración con organismos competentes” en la “formulación de las políticas ambientales para el (...) aprovechamiento sustentable de los recursos naturales renovables” (artículo 70 letra “f”)) y la integración de los ministerios en cuyo sector se hubiere colocado el tema de los Recursos Genéticos Naturales no encontrándose el mismo sino en el Ministerio de Agricultura¹⁰⁵¹.

En caso alguno estas facultades, *prima facie*, indican la elaboración y puesta en vigencia de normas jurídicas salvo que por políticas públicas pudiéramos entender la dictación de normativa reglamentaria que no se encuentra expresamente señalada y que provocaría, a lo menos, reclamos de ilegalidad.

Al dictarse un acto administrativo, supone una declaración de voluntad, exteriorización de un propósito que debe cumplir con una serie de etapas y expresarse a través de un decreto o resolución donde deben cumplirse las etapas de iniciación, instrucción y finalización y actos posteriores como la “Toma de Razón” (control

1050 FLORES-MIMICA, Luis, HERVÉ-ESPEJO, Dominique, op. cit., en CARRIZOSA, Santiago, et. al., op. cit., p. 228. Los autores mantienen que es posible adquirir la propiedad de cualquier recurso biológico, cuestión fuera de duda. El objeto de la convención en materia de acceso y división equitativa de beneficios se refiere a los recursos genéticos. Olvidan los autores, como se ha manifestado por la sentencia transcrita, que la incorporación de normas jurídicas internacionales provoca en el ordenamiento jurídico nacional al menos una modificación de normas jurídicas nacionales y, al menos, la necesidad de una nueva interpretación.

1051 REPÚBLICA DE Chile, op. cit., 1994, artículo 70.

preventivo de legalidad antes que ingrese dicho acto administrativo a la vida jurídica por un órgano contralor, generalmente la Contraloría General de la República además de la publicidad debida. Debe cumplir con requisitos de competencia por el sujeto, órgano de la Administración del Estado, que lo dicta. Además cumplir con los elementos objetivos, motivo, objeto, fin y una serie de elementos formales¹⁰⁵².

Desde el punto de vista de la biotecnología, al parecer, y aun no siendo el objeto de análisis de esta investigación, es necesario apuntar que no existen normas jurídicas que regulen esta materia además de los tratados internacionales incorporados al Orden jurídico chileno. Así lo ha entendido la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago y la Ilustrísima Corte de San Miguel en sendos fallos¹⁰⁵³. Las sentencias anteriores rechazan las acciones constitucionales indicando en los mismos la ausencia de normativa que regule la materia.

Ello nos lleva a indicar que en este asunto existe un gran desconocimiento de la regulación jurídica de la Convención sobre Diversidad Biológica como ley chilena y el que dicha convención modifica la regulación jurídica de los Organismos Genéticamente Modificados no en cuanto a actos de transferencia sino en cuanto a los requisitos y consecuencia de los mismos.

Sin embargo, si miramos al problema aun más puntual de los “organismos de origen vegetal sometidos a manipulación genética” observamos que se han dictado actos administrativos a fin de regular estas materias, a saber, la resolución 1523 de 2001 del Servicio Agrícola y Ganadero de Chile¹⁰⁵⁴. Sin embargo, la regulación resulta

1052 POBLETE, Julia, *Actos y Contratos Administrativos*, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2008, pp. 8-16.

1053 Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia recaída en Recursos de Protección de 07 de septiembre de 2001, Santiago de Chile, 2001, Ilustre Corte de Apelaciones de San Miguel, Sentencia recaída en Recurso de Protección de 14 de enero de 2000, Santiago de Chile, 2000 citados en POUPIN, Arnoldo, *Biotecnología en Chile*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Bernardo O'Higgins, Santiago de Chile, 2008, pp. 18, 94-97.

1054 Ministerio de Agricultura, Servicio de Agrícola y Ganadero Dirección Nacional, *Establece Normas para la internacional al Medio Ambiente de Organismos Vegetales vivos modificados de Propagación*, Diario Oficial de la República de Chile, 26. 10. 2010 actualizado a 26.10.2010., Chilebio, Regulación, <<http://www.chilebio.cl/regulacion.php>> (21.08.11). HERVE, Dominique, *Marco regulatorio de OGM en Chile*, Programa Derecho y política Ambiental UDP, Santiago de Chile, 2011, <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=resolucion%201523%20de%20servicio%20agricola%20y%20ganadero%20de%20chile&source=web&cd=2&sqi=2&ved=0CDAQFJAB&url=http%3A%2F%2Fwww.ingenieros.cl%2Findex.php%3Fopcion%3Dcom_docman%26task%3Ddoc_download%26gid%3D779%26Itemid%3D&ei=csp0T8qwHIL30gHTP2HCQ&usq=AFQjCNEYmS1gFvO3vzw5TRNq-cOu_GHg> (27.11.2011).

insuficiente porque no se regulan otros aspectos relevantes, entre otros la responsabilidad en toda su dimensión jurídica.

Desde otra perspectiva, si no nos enfrentamos a un contrato administrativo en Chile se requiere cumplir con una serie de requisitos dado que éste es una declaración bilateral productora de efectos jurídicos entre dos personas, una es un órgano de la Administración del Estado que actúa en ejercicio de la función administrativa¹⁰⁵⁵.

Desde la perspectiva de este concepto no cabe duda que hay requisitos que se deben cumplir. Nacen derechos y obligaciones personales para el co-contratante de la Administración Pública. Se debe, finalmente, proceder a considerar el procedimiento en la formación de la voluntad administrativa, a saber, realización de estudios, preparación de las bases administrativas, publicación de la convocatoria, presentación de las ofertas, aperturas de las ofertas, adjudicación y perfeccionamiento del contrato¹⁰⁵⁶. Ninguna de ellas está presente en los contratos que se han firmado en Chile y podemos señalar que no se encuentran presentes en los contratos que se han desarrollado en materia de Recursos Genéticos Naturales.

Ciertamente INIA (Instituto Nacional de Investigación Agraria), parte del Ministerio de Agricultura, por mandato legal ejecuta actividades de colección y en muchos casos, sino todos, efectúa la actividad de celebrar contratos con aquellas entidades que deseen acceder a los recursos genéticos (y a los Recursos Genéticos Naturales) en el territorio de Chile¹⁰⁵⁷.

Esta segunda parte, la regulación del Acceso, sin embargo, no está claramente definida por la ley. En efecto, según algunos autores el INIA tiene dicha facultad conforme a un decreto. Se ha dicho que se habría firmado un “Convenio firmado con el

1055 FIANMA, Gustavo, citado por POBLETE, Julia, op. cit., p. 78.

1056 POBLETE, Julia, op. cit., pp. 82-83.

1057 Esto debió ejecutarlo la autoridad designada por el Estado de Chile como “curador(a)” de los recursos fitogenéticos en una falsa concepción que confunde Recursos Genéticos Naturales de plantas animales y microorganismos con recursos genéticos agrícolas y la biotecnología. Es como confundir el cobre que está en las minas, el cobre extraído y usado para refinamiento y el alambre de cobre. Todos son lo mismo pero tienen un ordenamiento jurídico que los regula de manera diferente. El encargado o curador ha sido establecido conforme a la Resolución del Instituto de Investigaciones Agrícolas número 369 de 5 de agosto de 1999. FLORES-MÍMICA, Luis, HERVÉ-ESPEJO, Dominique, op. cit., en CARRIZOSA, Santiago, et. al., op. cit., p. 228.

Ministerio de Agricultura tiene la responsabilidad institucional de ser el ‘Curador Nacional de los Recursos Fitogenéticos’ del país”¹⁰⁵⁸. Entre las normas relevantes el INIA debe “verificar el cumplimiento de las normas que fije el Ministerio de Agricultura para prospeccionar y coleccionar los recursos genéticos del país”¹⁰⁵⁹.

Es decir, existe una multiplicidad de afirmaciones que jurídicamente parecen contradictorias o al menos no concordantes. La posibilidad que un decreto regule a quien es el administrador de un recurso natural contradice las nociones expuestas anteriormente sobre la constitucionalidad y legalidad de la administración y disposición de los recursos genéticos chilenos.

Sin embargo, ellas se ven avaladas por informaciones del mismo INIA. En efecto, el INIA ha expresado oficialmente que siendo el “Curador de Recursos Fitogenéticos” de Chile, el país no posee legislación que regule el Acceso a los Recursos Genéticos Naturales¹⁰⁶⁰. La petición de Acceso es extremadamente simple, lo que sin perjuicio de ser necesaria, no precave conocimiento para qué se utilizará él o los Recursos Genéticos Naturales, el reconocimiento expreso de los derechos soberanos sobre los recursos naturales en la materia. Algunos proponen el uso de contratos en la materia, desconociendo las normas constitucionales y legales sobre el asunto, incluyendo la Convención sobre Diversidad Biológica, dejando expuesta la ignorancia sobre el asunto¹⁰⁶¹. Lo que es peor, ya se han celebrado contratos que tienen a lo menos la duda del nivel en que dichos contratos deben ser aprobado y el grado de validez de

1058 FLORES, Luis, Análisis del manejo regulatorio e institucional de los recursos genético en la legislación chilena, Fundación sociedades sustentables y Darwin Initiative, Santiago de Chile 2004, p. 16; LEON-LOBOS, Pedro, SEQUEL, Ivette, op. cit., p. 14.

1059 LOBOS, Pedro, SEQUEL, Ivette, op. cit., p. 14.

1060 MUÑOZ, Carlos, LEÓN-LOBOS, Pedro, La necesidad de una ley de acceso en INIA Tierra Adentro, julio-agosto 2007, pp. 32-34. Se indican casos que no abordaremos aquí que tienen como característica la extracción ilegal o el no pago de los beneficios, e inclusive, el pago por el uso de los recursos (caso Holandés), las alstromerías, papas o patatas (Chile es el centro de origen de la misma en el mundo), leucocoryne.

1061 DEL RÍO, Carolina, Así debería abordarse el tema legal según la especialista Carolina del Río, de Clarke y Modet en GUERRA, Arnaldo, Recursos genéticos endémicos un tesoro que nadie protege en Revista del Campo del Diario El Mercurio de Santiago de Chile, sin fecha.

los mismos. Los curadores nacionales de los recursos indicados han celebrado los contratos indicados¹⁰⁶².

La Murtila chilena

Uno de los casos más polémicos en materia de extracción ilegal de recursos genéticos desde Chile al exterior ha sido el de la Murtila o Murta. Ésta fue extraída desde Chile siendo llevada por un chef de nacionalidad australiana a su país. Este chef extrajo una pequeña cantidad de recursos biológicos, frutos de la planta Murta también denominados, los frutos, Murta o Murtila, y sin permiso de las autoridades chilenas, las llevó a Australia para luego ejecutar el registro de la secuencia química a través de una patente y cambiar el nombre de la planta a fin de no ser ésta posible de pesquisar.

Hoy día no cabe a ningún chileno, persona natural o jurídica, utilizar dicha planta sobre la base de encontrarla en estado natural y explotar sus características genéticas sin pagar un royalty por un Recurso Genético Natural cuyo único origen en el Mundo es Chile.

La Murta es originaria de Chile, su nombre científico es “Ugni Molinae” que pertenece a la familia de la “Myrtacea” y crece en el otoño de Chile como un arbusto (arborescente) que tiene hojas verde oscuras con una flor blanca o rosada con frutos en forma de globos. En su forma natural el fruto se usa para mermeladas o postres. Además se ha descubierto que tiene efectos de analgésico, así se ha estudiado por una serie de investigadores que tienen como fuente el actuar de los habitantes chilenos y la medicina folclórica chilena¹⁰⁶³. Además tienen facultades antioxidantes¹⁰⁶⁴. La misma fue ya detallada debidamente en el siglo XIX en el denominado “Curtis botanical Magazine”,

1062 LOBOS, Pedro, SEGUEL, Ivette, op. cit., p. 18.

1063 DELPORTE, C.; BACKHOUSE, N.; INOSTROSA, V.; AGUIRRE, M.C.; PEREDO, N., Analgesic activity of Ugni Molinae (murtilla) in mice models of acute pain, Journal of Ethnopharmacology, MEDLINE Abstracts, May 30, 2007.

1064 FREDES, Carolina, Desarrollo de ingredientes funcionales con contenidos de polifenoles altos a partir de plantas nativas chilenas, Foro CYTED IBEROEKA, Nuevos desarrollos de alimentos funcionales y nutraceuticos, Santiago de Chile, 2008, 19-21, MANZUR, María Isabel, Experiencias en Chile de acceso a recursos genéticos, protección del conocimiento tradicional y derecho de propiedad intelectual, Fundación sociedades sustentables, 2004.

número 78, una obra famosísima en dicho momento histórico¹⁰⁶⁵. Se le da el número 4626, cuyo nombre es “EUGENIA Ugni. Myrtilla” de la Orden natural de “Myrtacea-Icosondria Monogynia” respecto de la Murtilla se hace referencia a un autor Feuill., Observado en volumen 3 en la página 44 tomo 3.

La importancia económica de la Murtilla

La Murtilla o Murta, al igual que algunas otras plantas y frutos, contiene un alto poder antioxidante. Este fruto en cremas o en esencias sirve para proteger y detener el deterioro físico de las personas. Es posible por tanto, obtener protección frente a los problemas derivados del envejecimiento comercializando el ungüento a nivel nacional e internacional, siendo fuente de sustento de muchas comunidades aborígenes o campesinas.

Lo que se indica, además, es que la protección de la propiedad intelectual respecto de la murtilla, es precisamente un problema relacionado con la generación de un ecotipo de esta especie nativa chilena. Al parecer el patentamiento se concentra en una denominación de “Tassieberry”. El problema jurídico se plantea respecto al origen de la especie “Tassieberry”, que tiene desde el punto de vista genético, como fundamento, el recurso genético (secuencia genética) proveniente de Chile: la Murtilla¹⁰⁶⁶. Se plantea la novedad de la misma (se indica que tres plantas extraídas de Chile habrían dado lugar a trescientas)¹⁰⁶⁷: ¿Si realmente es nueva o si es un derivado del recurso genético chileno? ¿El grado de diferencia con la planta original es muy poco o mucho y cuánto es cada uno? ¿La diferencia es sólo de forma (la expresión física del recurso biológico) o de fondo (los elementos genéticos son totalmente diferentes)?

1065 JACKSON HOOKER, Sir William, PRAIN, David, STAPF, Otto, Curtis's botanical magazine, Royal Horticultural Society (Great Britain), Bentham-Moxon Trust, Royal Botanic Garden, Kew, Vol. VIII of the Third Series; (or Vol. LXXVIII of the whole work), London, Reeve and Co., Henrietta Street, Covent Garden, 1852 (TAYLOR, John Edward, Printer, Little Queen Street, Lincoln's Inn Fields), pp. 4626 y ss.

1066 FORBES-SMITH, Michael., Tazzieberry (Myrtus Ugni): Production Protocols: a Report for the Rural Industries Research and Development Corporation, RIRDC project, Números 5-189 de RIDRC publication, Rural Industries Research and Development Corporation, 2006, p. 3. Expresamente se reconoce el hecho de ser un product de origen chileno.

1067 COURTNEY, Pip, Magic Berry, Landline (Australia's National Rural Affairs Weekly), 14.04.2002, <<http://www.abc.net.au/landline/stories/s526679.htm>> (15.07.2011).

En la literatura sobre el asunto en Chile no existe ni una referencia, ni una respuesta, sobre los problemas normativo-jurídicos, la doctrina no se preocupa de los recursos naturales genéticos, el Estado de Chile como tal no ha reclamado al Estado de Australia, como lo han hecho otros Estados (en casos similares), entes estatales o entes no estatales en defensa de los derechos detentados sobre los recursos naturales por el Estado en representación de los pueblos, por creer que el desarrollo de Chile se basa en los recursos naturales no renovables o en el consabido Acceso ilimitado a tales recursos porque todavía, se aduce, serían “Patrimonio Común de la Humanidad”¹⁰⁶⁸. Generalmente, se propone soluciones “amistosas” o basadas en las obligaciones que trae la Convención sobre Diversidad Biológica pero no en los derechos detentados por el Estado de Chile a ejercerse como corresponde. Además, la ausencia de conocimiento de Derecho Internacional Público y voluntad política en defender los derechos del Estado priman. Un ejemplo es el procedimiento de Acceso desarrollado por INIA. Primero se habla de honrar “el espíritu y la letra del convenio (sic) sobre Diversidad Biológica” firmándose, a su vez, un “Convenio de Curaduría” en 1995 con el Ministerio de Agricultura de Chile¹⁰⁶⁹.

Sin embargo, de la redacción de otras fuentes se deduce que tal “curaduría” no se debe a la firma de un “Convenio” cuestión que sería a lo menos extraña entre un ente que es el que define las políticas agrícolas en Chile, el Ministerio de Agricultura, y otro que es uno de los ejecutores de tales políticas, INIA¹⁰⁷⁰. Se señala en otro texto que por “decreto del Ministerio de Agricultura, el Instituto de Investigaciones Agropecuarias es la institución de gobierno encargada de resguardar los recursos genéticos (y, por

1068 MANZUR, Isabel y LASEN, Carolina, op. cit., 2003, p. 20. Es un texto menos que básico, de referencia.

1069 REPÚBLICA DE CHILE, Instituto Nacional de Investigaciones Agropecuarias, Normas de acceso, < <http://www.inia.cl/recursosgeneticos/politicas/normas.htm>> (25.12.11)

1070 Además de no establecerse en el Derecho Administrativo chileno qué es un “Convenio de Curaduría” y qué es un “Curador” porque en Derecho lo anterior supone una interdicción y hasta donde se entiende los Objetos del Derecho pueden ser “Objetos de protección” pero no interdicción para protegerlos sino que son sacados del ámbito del comercio humano o se le establecen restricciones a su transferencia u otro acto estatal que imposibilita su transferencia. En este caso la “Curaduría” implica que se nombra un administrador, la pregunta obvia es si ese administrador asume la responsabilidad por las extracciones ilegales no reclamadas o no controladas aunque haya firmado todos los acuerdos que al respecto existan.

consiguiente, los Recursos Genéticos Naturales) del país.”¹⁰⁷¹. Es tal el nivel de inconsistencia en la redacción de los textos que, de una parte, se dice que no hay “política que norme el acceso” (no se considera a la Convención sobre Diversidad Biológica) y de otra parte nos aparece un “Convenio de Curaduría” y un decreto que regulan esta materia.

Luego se indica que el Ministerio de Agricultura estableció una Política de Estado en torno al Acceso, no explicitando la misma. A su vez, se indica que es el INIA en encargado de firmar los “contratos de Acceso” correspondientes a fin de “proteger el patrimonio fitogenético”¹⁰⁷² provocando un problema hermenéutico, a saber, si el Acceso tiene por objeto proteger tales recursos (fitogenéticos) o si la principal función de INIA es la protección de los Recursos Genéticos Naturales (y todos los recursos genéticos chilenos) y, a través de contratos, lograr dicha protección¹⁰⁷³. Se entiende que ambas interpretaciones derivadas de una publicación oficial son contrarias a las normas constitucionales chilenas.

Los “principios” relacionados al Acceso

En materia de Acceso a los recursos genéticos la comunicación de INIA indica una serie de “principios” cualquiera sea el sentido y alcance de este concepto respecto de la obligatoriedad de los mismos. Así se indica:

“1. Los recursos fitogenéticos existentes en Chile son bienes o patrimonio de la Nación chilena.

2. Los recursos genéticos son bienes inalienables, imprescriptibles e inembargables e independientes del régimen legal aplicable a la propiedad, posesión, uso o aprovechamiento, disposición u otro, del área, predio, organismo o individuo biológico que los contenga. En consecuencia todos los recursos

1071 REPÚBLICA DE CHILE, Instituto Nacional de Investigaciones Agropecuarias, Acceso a los recursos genéticos. Situación legal y jurídica, < <http://www.inia.cl/recursosgeneticos/politicas/situacion.htm#>> (25.12.11).

1072 REPÚBLICA DE CHILE, Instituto Nacional de Investigaciones Agropecuarias, Acceso a los recursos genéticos, op. cit., p. 9.

1073 ¿Qué es, en este contexto una “Curaduría” o un “Curador”? A los Recursos Genéticos Naturales se les ha declarado en interdicción o son incapaces de algún orden o grado, es decir, sujetos de derecho. A esta categoría de elucubraciones lleva el término en cuestión. Es de una ausencia de precisión conceptual como si estos recursos estuvieren en un “estatus” completamente apartado del Orden jurídico chileno, no estuvieren en dicho Orden jurídico, si así fuere, cómo pueden efectuarse actos jurídicos respecto de ellos sin contar con las autorizaciones legales correspondientes derivadas de normas jurídicas nacionales e internacionales.

fitogenéticos existentes en el país, independientemente de la propiedad física de la planta o parte de la planta que los contenga son de propiedad de la Nación chilena.”¹⁰⁷⁴.

Los “principios” además de ser afirmaciones posiblemente jurídicas (habría que determinar las normas jurídicas a las que se refieren) tienen un sentido y alcance obscuro dado que la afirmación contenida en el número sería suficiente, de haberse indicado él o los artículos de los Ordenes jurídicos correspondientes, para que no pudiera adquirirse y tampoco transferirse o transmitirse recurso fitogenético alguno y ni siquiera prestarse (Comodato) o cobrarse por su uso (Arrendamiento).

Lo anterior, además, reiteramos, tiene un problema jurídico relevante, el grado de obligatoriedad de estos “principios” considerando que la relación jurídico-causal de los mismos con la Constitución Política de la República de Chile y el Convenio sobre Diversidad Biológica se encuentra fundamentada (jurídicamente) en un acto jurídico bilateral (“convenio”) entre Ministerio de Agricultura de Chile y el INIA, un ente del mencionado ministerio, a quien se le arroga el mandato de proteger y administrar los recursos fitogenéticos chilenos.

No se encuentra vigente una ley que entregue tales atribuciones al Ministerio de Agricultura, la Convención sobre Diversidad Biológica tiene como titular de derechos derivados de la Soberanía al Estado y en la Constitución Política del Estado se indica a la ley como norma jurídica reguladora de actos sobre los recursos genéticos y particularmente fitogenéticos. Por consiguiente, el Ministerio de Agricultura sobrepasaría sus atribuciones jurídicas y conforme a los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República de Chile incurriría en causal para declararse “Nulidad de Derecho público” de dicho acto y de todos los que dependieran del mismo al encontrarse fuera de su competencia.

1074 REPÚBLICA DE CHILE, Instituto Nacional de Investigaciones Agropecuarias, Acceso a los recursos genéticos, op. cit. 3.

Finalmente, si tomamos a los recursos genéticos, en general, y a los Recursos Genéticos Naturales, en particular, como un objeto de regulación jurídica nos hallaríamos frente a una normativa jurídica derivada de la convención internacional referida pero no existiría una autoridad. Sin embargo, paradojas jurídicas que podrían encontrarse en la materia, respecto de la regulación jurídica de los recursos fitogenéticos no habría regulación jurídica nacional alguna y, sin embargo, existiría una autoridad encargada de la misma.

La transferencia de recursos genéticos

Así también se indica en la misma fuente referida que la transferencia de recursos fitogenéticos se ejecuta de una forma que es contradictoria en sí. Para que sea posible tal transferencia se requiere que de manera copulativa, conforme a la redacción se cumplan una serie de requisitos que se enfrentan lógicamente unos a otros. Así:

“3. INIA en representación del Estado de Chile, otorgará el acceso a sus recursos fitogenéticos

siempre que:

- a.Exista un consentimiento informado previo.
- b.Bajo términos mutuamente acordados.
- c. Con plena participación de las partes.
- d.Compartiendo los resultados de las actividades de investigación y desarrollo.
- e.Compartiendo los beneficios de la utilización comercial y de otra índole justa y equitativamente con Chile.
- f.Sean transferido en reciprocidad.”¹⁰⁷⁵.

En este tercer “principio” se utilizan todos los términos propios del artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica con excepción de las letras “e” y “f”. En la primera letra se restringe a compartir beneficios en el caso de utilización comercial aunque luego agrega “y de otra índole justa y equitativamente” donde, como es obvio,

1075 REPÚBLICA DE CHILE, Instituto Nacional de Investigaciones Agropecuarias, Acceso a los recursos genéticos, op. cit.

no se sabe si se amplía la forma de utilización de los recursos fitogenéticos o si se refiere al carácter justo y equitativo con Chile. Finalmente la letra “f” indica que requieren ser transferidos en reciprocidad generando al menos la necesidad de explicación en cuanto al carácter de este “principio” (copulatividad del mismo). Si miramos los mismos nos encontraremos que de una parte se puede transferir recursos cuando se es a título de “reciprocidad” (un acto jurídica bilateral técnicamente denominado permuta) y de otra parte aparece que puede generar dicho acto algún tipo de beneficio a consecuencia de la utilización comercial de los recursos genéticos en este caso, fitogenéticos pero posible de convertir a todo Recurso Genético Natural es esa calidad.

Nuevamente se nos generan dudas acerca de la redacción y de la armonía entre los “principios”. Primero, en la última letra se habla de una permuta, de esta permuta puede o no derivarse un beneficio de carácter económico. Obviamente, la pregunta es cuál será el sentido de “reciprocidad” porque sólo supondría la extracción de recursos fitogenéticos entre Estados o entes estatales, las empresas no entregan un recurso fitogenético propio de manera recíproca salvo que se entiendan los beneficios que se encuentran en la letra anterior, o, que se entienda la entrega de una cantidad de dinero en cuyo caso nos enfrentamos a un acto jurídico diferente. Como veremos del análisis de la “Solicitud de acceso a recursos fitogenéticos”, estas dudas no se clarifican.

Solicitud de Acceso a recursos fitogenéticos

La “[S]olicitud de acceso a los recursos fitogenéticos in situ” contiene una serie de menciones que pasaremos a describir.

Contiene el símbolo del Estado de Chile con la inscripción “Gobierno de Chile” y más abajo “Instituto de Investigaciones Agropecuarias”.

Se debe dirigir a doña Ivette Seguel Benítez que posee el cargo de “Curadora de Recursos Fitogenéticos de Chile” al “Instituto de Investigaciones Agropecuarias”¹⁰⁷⁶. Lo anterior debe complementarse con la dirección de la mencionada persona que es Camino Cajón-Vilcún, km 10, Casilla 58-D, Temuco, fax: 56-45215706 o correo electrónico <isequel@inia.cl>¹⁰⁷⁷.

Se debe cumplir por aquel quien envía esta solicitud todos los elementos formales.

Luego se señala lo siguiente:

“Complete en no más de 10 páginas la información solicitada a continuación:

- a. Nombre de la actividad de recolección de germoplasma
- b. Nombre del solicitante, cargo, profesión, dirección postal y dirección electrónica.
- c. Introducción de la actividad de recolección, incluyendo una detallada justificación.
- d. Objetivos y propósito de la recolección y uso de los materiales solicitados (Especificar si será utilizado para investigación básica, aplicada o para fines comerciales).
- e. Listado de personas e instituciones participantes.
- f. El periodo de tiempo en el cual se realizará la recolección.
- g. El área geográfica de Chile a ser prospectada.
- h. Itinerario y rutas de exploración.
- i. Las especies de plantas a ser recolectadas. Indicar familia, nombre científico, nombre común.
- j. Tipo y cantidad de material a ser recolectado o solicitado (semillas, material para herbario, hojas, etc.)
- k. La institución y el país donde el material recolectado será enviado.
- m. Indicar si esta actividad incluye algún componente de distribución de beneficios como consecuencia de la recolección exploración, así como posterior uso e investigación.”¹⁰⁷⁸.

Finalmente se indica un sector de “uso exclusivo Curador de Recursos Genéticos”. Pasamos a transcribirlo porque nos parece conveniente:

1076 REPÚBLICA DE CHILE, Instituto de Investigaciones Agropecuarias, Solicitud de acceso a recursos fitogenéticos in situ”, <http://www.inia.cl/recursos/geneticos/descargas/Formulario_de_reporte.doc>, (23.11.11).

1077 REPÚBLICA DE CHILE, Instituto Nacional de Investigaciones Agropecuarias, Acceso a los recursos genéticos, op. cit.

1078 REPÚBLICA DE CHILE, Instituto de Investigaciones Agropecuarias, Solicitud de acceso a recursos fitogenéticos in situ”, <http://www.inia.cl/recursos/geneticos/descargas/Formulario_de_reporte.doc>, (23.11.11).

" USO EXCLUSIVO CURADOR DE RECURSOS GENETICOS					
NÚMERO DE FORMULARIO DE SOLICITUD DE ACCESO	N°	ESTATUS DEL FORMULARIO DE SOLICITUD DE ACCESO	<table border="1"> <tr> <td>Acceptado</td> <td>Rechazado</td> </tr> </table>	Acceptado	Rechazado
Acceptado	Rechazado				
FECHA RECEPCIÓN	(DIA) (MES)(AÑO)	FECHA ENVIO RESPUESTA AL SOLICITANTE DEL ACCESO	(DIA)(MES) (AÑO)		
OBSERVACIONES					

1079

Es muy probable que la "Curadora de Recursos Fitogenéticos de Chile" haya creído que por el hecho de detentar un cargo podía establecer principios y documentos para determinar el Acceso a los recursos que de acuerdo al Orden jurídico chileno no pueden ser disponibles. Es probable, también, que el antiguo curador haya mirado la calidad de tal en la posibilidad de escribir artículos investigativos acerca de los objetos de estudio en esta materia y no considerar que los mismos son bienes que poseen ciertas características jurídicas que impiden bajo el Derecho chileno y el Derecho Internacional Público la disposición por vía contractual sino sólo, como lo hemos afirmado anteriormente, a través de normas internacionales contenidas en un tratado internacional entre las partes que lo celebren.

Conclusión

Es claro que la India ha desarrollado, interpretado y aplicado el artículo 15 de la Convención de Diversidad Biológica. En el caso de Costa Rica, tal interpretación y ejecución se ha desarrollado de manera completa, sin perjuicio de las discusiones que se

1079 REPÚBLICA DE CHILE, Instituto de Investigaciones Agropecuarias, Solicitud de acceso a recursos fitogenéticos in situ", <http://www.inia.cl/recursos-geneticos/descargas/Formulario_de_reporte.doc>, (23.11.11).

plantean a nivel social donde aparece claramente el deseo de no enfrentar una realidad multiforme como la de una sociedad que reclama contra contratos sobre bienes del Estado o que tiene suspicacias respecto de los derechos de quienes manejan conocimientos, en este caso calificados de “tradicionales”. Respecto de la violación de normas jurídicas en el caso brasileño fue una fuente de grandes dificultades el contrato Bioamazonia-Novartis para el Estado de Brasil porque explicar un contrato sobre bienes que son del Estado, independiente que pueda éste disponer de los mismos pero que empresas privadas o privadas-públicas, sin autorización jurídica en el nivel que corresponda hagan uso de tales bienes resultó una violación rampante de la normativa jurídica brasileña, cualquiera hubiere sido la razón que justifique dicho acto. Algo similar ocurre en el caso chileno, sin las consecuencias que ha derivado el caso brasileño. En el caso chileno, no hay una ley que regule los aspectos no definidos por normas jurídicas la Convención sobre Diversidad Biológica como, por ejemplo, determinar legalmente la autoridad que ejecutará el control y dará las autorizaciones a quienes soliciten ejecutar cualquier acto sobre los Recursos Genéticos Naturales, se sigue creyendo, un error de Derecho, que los mencionados recursos son “Patrimonio Común de la Humanidad”, cualquiera puede acceder a los mismos.

En varios casos se aplica el sistema de dictar una ley y reglamentos que permiten la interpretación y aplicación de tal manera que, inclusive, se aplica el que se determine por una autoridad estatal lo que definido como justo y equitativo en la División de beneficios de la utilización de los recursos genéticos.

Inclusive, hay una obligación de determinar la Equidad y Justicia en la División de beneficios así como la petición de permiso para la obtención de derechos de propiedad intelectual además de definirse una División de carácter conmutativa, distributiva y procedimental. Lo que es más complejo aun de justificar es el evidente

acto de violación de Soberanía al disponerse de bienes (Recursos Genéticos Naturales) que sólo podrían ser dispuestos por una autoridad estatal que tuviera las competencias indicadas en la constitución o en la ley. Con lo anterior, cualquier disposición queda contaminada de ilicitud y, por consiguiente, no es posible aplicar ni Justicia ni Equidad al acto ejecutado.

Hemos indicado además que es KELSEN quien nos plantea la imposibilidad de determinar sino una Justicia subjetiva. Sin embargo, este autor indica de manera muy definida que es posible incluir conceptos morales en textos jurídicos y esos conceptos, por consiguiente, deben interpretarse y aplicarse como cualquier otro concepto. La interpretación y aplicación, lo dijimos en el capítulo anterior, debe ejecutarse gradualmente con una serie de indeterminaciones desde la norma jurídica general a la específica, determinación que debe ejecutarse por el interprete. En algunos de los casos aquí planteados tales determinaciones no se efectúan sino que se dejan sencillamente a la decisión de autoridades inferiores sin contar con los requisitos necesarios para tales actos u otros parámetros que permitan ejecutar permisos, sino una indeterminada “ayuda a la ciencia” una suerte de utilitarismo que no permite entender que las normas jurídicas son ordenadoras del actuar humano y son aplicables al mismo, es decir, que las mismas tienen fuentes que requieren obediencia por su carácter imperativo. Es decir, los casos, fuera del interés que provoca la necesidad de contar con información acerca del Orden jurídico de cada país aquí planteado, provocan necesariamente la consecuencia de devolvernos a las ideas expresadas por KELSEN en materia de interpretación porque hoy día no sólo dentro de la disciplina del Derecho Internacional Público sino dentro del Derecho Constitucional y Derecho ambiental así como en la Teoría del Derecho las ideas de KELSEN poseen plena vigencia y en varios de los casos las mismas no fueron debidamente aplicadas aunque, de ahí lo extraño, sean plenamente aceptadas en varios

de los países estudiados, aplicadas por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de tales Estados.

En conclusión, en Chile, el Orden jurídico chileno no tiene una regulación consistente desde el punto de vista constitucional de los recursos genéticos en general y, por cierto, de los Recursos Genéticos Naturales salvo que los incluyamos en alguno de los derechos que correspondan o se garantizan en razón de Seres humanos. La otra posibilidad es la de incluir la Convención sobre Diversidad Biológica, donde, de acuerdo al razonamiento que hemos planteado, de carácter jurídico, los Recursos Genéticos Naturales pasan a ser objeto de protección legal (que veremos luego de qué tipo de ley es la que se refiere la Constitución en cuanto a su jerarquía) y, podría reclamarse o argüirse la protección constitucional al ser parte o pertenecer a la Nación toda y sólo son posibles de ser entregadas en “concesión” establecida por ley. Antes de resolver el asunto la sentencia analizada en el caso chileno “UPOV”, además indica que este tribunal recoge la doctrina y jurisprudencia de otros Estados, en esta materia, el Derecho alemán, que distingue entre “igualdades esenciales” y “desigualdades esenciales”¹⁰⁸⁰. La igualdad esencial se plantea cuando personas, grupos de personas o situaciones tienen un mismo punto de partida, es decir, son comparables. Partiendo de este principio, se habla de los conceptos apuntados y tratar desigualmente (igualdades esenciales) o igualmente (desigualdades esenciales) es inconstitucional¹⁰⁸¹. La inconstitucionalidad por trato “desigual” se plantea cuando en el caso de los sujetos destinatarios de la norma un grupo comparado con otro grupo son tratados de manera distinta sin fundamento en alguna diferencia justificadora de un tratamiento desigual¹⁰⁸². Debe ejecutarse un examen de proporcionalidad, es decir, evaluarse o ponderarse la

1080 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 68º, p. 73.

1081 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 68º, p. 73.

1082 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 68º, pp. 73-74.

situación de hecho que consiste en una diferencia de trato de gran intensidad y, por consiguiente todos o ninguno tendrán derecho a acceder a los recursos¹⁰⁸³. Finalmente, es necesario indicar que no es posible para sujetos a los que se les establece una calidad de carácter administrativa sobrepasar la norma jurídica, el Orden jurídico estableciendo requisitos para ejecutar actos administrativos carentes de validez jurídica, como actos administrativos o contratos que no cumplen los requisitos básicos sobre la materia. Los mismos, conforme a la Constitución Política chilena son nulos o de ningún valor y hacen incurrir a quienes los ejecuten en responsabilidad administrativa además de otras responsabilidades. Lo que es aun más complejo es que los actos ejecutados pueden tener consecuencias para el país por la posible violación de normas internacionales, en el caso en cuestión, aunque aparentemente legal, la transferencia de recursos genéticos provenientes de animales, plantas y microorganismos cuyo origen sea el territorio chileno viola el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica además de la Constitución Política de la República de Chile en su artículo 19 número veinte y cuatro y eventualmente el artículo 18 número ocho respecto de la protección del “patrimonio genético” chileno. Si se nos permite, lo anteriormente afirmado constituye una paradoja, Chile posee legislación suficiente para aplicarla a los Recursos Genéticos Naturales a fin de elaborar una ley acorde que haga aun más explícito lo que se ha alcanzado a través de concordancias de normas en el Orden jurídico chileno y excluya las ilegalidades e inconstitucionalidades o aplique directamente la Convención sobre Diversidad Biológica y las demás normas citadas regulando Acceso y División Equitativa de Beneficios, utilización. Tiene derechos reconocidos en la Convención que son reclamables ante un tribunal internacional o ante tribunales nacionales o directamente a las autoridades del país donde se ha violado la Convención, en el caso planteado, Australia. No lo hace porque su desarrollo, al parecer, no se plantea en el

1083 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, op. cit., considerando 68º, pp. 73-74.

ámbito del medio ambiente ni de los recursos naturales no renovables donde la obtención de los beneficios de uno de estos Recursos Genéticos Naturales bastaría para auxiliar a quienes lo perdieron todo tras el terremoto de 2010. Desde una perspectiva diferente, las normas jurídicas existentes en el Orden jurídico chileno son suficientes para regular el Acceso, la División de los beneficios y el incumplimiento por otros Estados de sus obligaciones para con Chile pero el mito o el mantra es que no existen normas jurídicas, hay un vacío en la legislación.

CUARTA PARTE

CAPÍTULO VII

LA VIOLACIÓN DE DERECHOS Y OBLIGACIONES, LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL Y SU SANCIÓN EN EL ARTÍCULO 15 DE LA CONVENCIÓN SOBRE DIVERSIDAD BIOLÓGICA

(NORMAS SECUNDARIAS)

Capítulo VII

La violación de derechos y obligaciones, la responsabilidad internacional y su sanción en el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica

(Normas secundarias)

Introducción

Este capítulo obedece a la pregunta de si es posible ampararse en la legislación o la ausencia de la legislación estatal a fin de poder convertir un acto ilícito en lícito. La respuesta nuestra es negativa. Es decir, un Estado que viola las obligaciones internacionales derivadas de un tratado internacional o la violación de las mismas por alguien que solicita protección jurídica a pesar del ilícito incurre, asimismo, en un ilícito sancionable y, por consiguiente, en responsabilidad internacional, debiendo cumplir con la obligación internacional e indemnizar los perjuicios.

Las razones en que se basa hoy esta negación, nuestra hipótesis, son diversas y las agruparemos en razones de texto jurídicos o positivas y razones de carácter lógicas o jurídicas.

En el primer caso, es necesario apuntar que hoy día existen normas internacionales que han sido codificadas de manera de sancionar los actos ilícitos de un Estado *vis a vis* otro Estado sea que el “acto” se ejecute a través de una acción o una omisión.

La incorporación al Orden jurídico de una sanción, según KELSEN, trae como consecuencias que se genere una norma jurídica y que nazca, a su vez, la responsabilidad.

Lo primero, la norma jurídica, debido a la posibilidad de ejercer coacción en caso que la conducta humana, el “ser”, sea contraria a la norma jurídica misma, el

“deber ser”, supone una obligación, y lo segundo, la responsabilidad, en virtud del nacimiento de un vínculo jurídico entre personas determinadas por cuanto una de ellas no cumplió con el deber ser, es decir, la norma jurídica y si es el mismo sujeto que no cumplió, el que se encuentra en la situación jurídica establecida por el Orden jurídico de cumplir con dicha obligación, él responde de la misma pero puede ocurrir que el Orden jurídico le imponga el responder de tal incumplimiento de obligación pero no ejecute o haya ejecutado el acto del “ser” que conlleva el nacimiento de la responsabilidad. Así:

Si es “a” (obligación de respetar derechos soberanos de los Estados) debe ser “b” (deben ser respetados por cada Estado en sus relaciones jurídicas internacionales y dentro del Orden jurídico nacional los derechos soberanos de otros Estados). Si no es “b” (porque se concede protección jurídica por medio de una resolución estatal a inventos que usan Recursos Genéticos Naturales extraídos ilícitamente) debe ser “S” (sanción al Estado que debió proteger derecho de otros Estados generando la obligación de cancelar tal inscripción así como la reparación correspondiente, con celo, del mal causado).

Si es “a” (la obligación de determinar Equidad y Justicia en la división de beneficios de los Recursos Genéticos Naturales) entonces debe ser “b” (debe determinarse de manera específica tal Justicia y Equidad) y si no es “b” (porque no se determino ni división ni justa ni equitativa: no se respetaron los derechos derivados de la soberanía del Estado donde se encuentran los recursos, se protegen por medio de títulos derivados de la propiedad industrial los compuestos de los recursos, lo que planteamos como ejemplo en la Introducción de la tesis) debe ser “S” (la respectiva sanción al Estado donde se obtiene tal protección amparando la violación de la norma jurídica, indemnización de perjuicios).

La codificación de la responsabilidad internacional de los Estados se encuentra amparada por una serie de fallos internacionales, algunos relacionados directamente con el tema ambiental, otros de manera indirecta. Tales fallos son parte de los Principios del Derecho en general (entendidos como razonamiento jurídico fundamental), no sólo internacional.

Además la misma Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados sanciona la comisión de actos ilícitos por los Estados dejando sin efecto los tratados.

Esta Convención regula a los Pactos tanto sobre Derecho Civiles y Políticos cuanto Económicos, Sociales y Culturales donde, del mismo modo, se ampara los derechos de los Pueblos e indirectamente los derechos de los Estados al ser los últimos los representantes de los Pueblos.

Así, además, el artículo 15 expresamente establece derechos y obligaciones internacionales ambientales, insoslayables por los Estados, que deben ser obedecidas, interpretadas y aplicadas a nivel nacional, independiente del Estado de que se trate y con ello establecer en Suiza o en Australia la normativa que imponga la División Equitativa de Beneficios sin que, por alguna razón desconocida, sea negada dicha obligación amparando pretendidos derechos sobre los frutos de los Recursos Genéticos Naturales mal habidos violando el derecho de Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales, el Consentimiento Informado Previo, como obligaciones internacional, los acuerdos mutuamente alcanzados y la Justicia y Equidad en la División de beneficios.

Lo anterior arrastra al Estado a incurrir en responsabilidad internacional conforme a las normas jurídicas expresadas en la jurisprudencia dictada al efecto y a los principios internacionales que, codificados hoy en día, siguen siendo citados sobre la materia.

El Derecho Internacional Público determina la responsabilidad de los sujetos de Derecho Internacional Público como elemental en las relaciones jurídicas internacionales.

El Estado es el sujeto respecto del cual podemos indicar, en Derecho Internacional Público, que es aquel que asume, en principio, responsabilidad por sus actos u omisiones en materia jurídica.

La pregunta que, en primer lugar, nos asalta es si el Estado es sólo responsable por sí y de sus actos u omisiones o si es responsable por los actos u omisiones de sus

representados o de terceros Estados. Es decir, la pregunta que nos ocupa, a la cual aludimos en el ejemplo que desde el inicio ha iluminado esta tesis, es si por una omisión o un acto de sus representado, un nacional, es posible condenar a un Estado por cuanto ha incurrido en responsabilidad internacional y, del mismo modo, cabe preguntarse si es posible que un Estado pudiera incurrir en responsabilidad internacional en razón de no haber impedido el actuar de una persona (natural o jurídica) que representa, tal prohibición en el actuar se ejecute por un acto administrativo del Estado.

Esta pregunta básica se responde, respecto de los terceros Estados, de manera negativa. Es decir, no tiene gran importancia, salvo que exista acuerdo con un tercer Estado o exista algún tipo de relación jurídica impuesta por el Derecho Internacional Público (por ejemplo, Mandato o Protectorado) no hay responsabilidad de Estado alguno por la omisión de otro Estado¹⁰⁸⁴.

Es nuestra hipótesis de trabajo que todas estas interrogantes se responden afirmativamente, es decir, la omisión del Estado al no sancionar actos de sus nacionales al garantizar la propiedad intelectual de inventores de un objeto intelectual cuyo fundamento es un producto ilícitamente obtenido.

Es posible condenar a un Estado por un acto u omisión de sus representados y del mismo modo es posible condenar al Estado a cumplir con su responsabilidad internacional por un acto administrativo del Estado.

En el primero caso cuando un nacional, sin permiso alguno, extrae recursos biológicos o genéticos del territorio de un Estado a otro y, en el segundo, cuando un Estado otorga o concede una patente u otro título de derecho de propiedad intelectual o industrial sin que se haya obtenido la anuencia y se haya cumplido con las obligaciones contenidas en el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica.

1084 ÁLVAREZ, Alejandro, Dissenting Opinion in the Advisory Opinion of the Case of South West Africa, 1949.

Fundamentos de esta propuesta

La responsabilidad posee hoy día un régimen unitario, es decir, es única en cuanto a su expresión y tiene origen puntual pero su manifestación puede ser múltiple. Así este concepto y su término son usados de manera constante. El lenguaje natural así lo atestigua. Se indica que donde más se utiliza este concepto es en la moral y en el Derecho, nos concentraremos en esta última¹⁰⁸⁵. KELSEN ha indicado que:

“Un individuo se encuentra jurídicamente obligado a determinada conducta cuando su conducta contraria es condición de un acto coactivo (como sanción).”¹⁰⁸⁶.

Luego agrega, y citamos de su fuente por razones de conveniencia conceptual:

“Pero ese acto coactivo, esto es, la sanción como consecuencia de lo ilícito, puede dirigirse no contra el individuo obligado-es decir, el individuo cuyo comportamiento es condición del acto coactivo contra el individuo obligado-es decir, el individuo cuyo comportamiento es condición del acto coactivo, contra el delincuente-sino que puede dirigirse también contra otro individuo que se encuentre en alguna relación con el primero, determinada por el orden jurídico. El individuo contra el que se dirige la consecuencia de lo ilícito responde por el delito, es jurídicamente responsable de él.”¹⁰⁸⁷.

KELSEN delimita, brillantemente en mi opinión, una de las opciones para definir responsabilidad¹⁰⁸⁸. Es la facultad de exigir, dirigirse, con un individuo jurídicamente diferente del primero pero relacionado con el primero, lo anterior determinado por el Orden jurídico. Esto nos permite entender la responsabilidad propia de la responsabilidad de aquellos, respecto de los cuales tenemos el deber de dirección y

1085 SANZ ENCINAR, Abraham, El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del Derecho, Anuario de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid número 4, Madrid, 2000, pp. 27-55.

1086 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, p. 133.

1087 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, p. 133.

1088 Básicamente, encontrarse en la situación jurídica de convertirse en obligado derivada del incumplimiento de una obligación. Otra opción es la del ex alumno de KELSEN el profesor Werner KRAWIETZ, cfr. KRAWIETZ, Werner, op. cit. Del mismo modo se puede consultar el texto de Fernanda MOLINA FERNANDEZ, cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernanda, Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad, Anuario de la Filosofía de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 4, Madrid, 2000, pp. 58-59 donde desarrolla estos dos conceptos, donde extrayendo de HART la autora distingue entre responsabilidad como competencia sobre un determinado ámbito vital derivada de un rol o posición social como antecedente causal de un hecho, como sometimiento, como capacidad. La autora distingue, finalmente, entre hechos que miran al pasado y son el fundamento de la aparición y el segundo mira al futuro, a quienes deben sufrir ciertas cargas por la existencia del hecho, cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernanda, op. cit., p. 58. En este segundo sentido KELSEN asume el concepto de responsabilidad y así es como se asume en general en esta investigación.

de cuidado. En efecto, es lo que fundamenta esta explicación del nacimiento de la responsabilidad basado en el Orden jurídico. Este nacimiento de un vínculo jurídico fuera de la voluntad y libertad de los sujetos se produce exclusivamente porque el Orden jurídico así lo establece, por tanto, es *ex novo*.

KELSEN lo expresa así:

“Se está obligado a un comportamiento conforme a derecho y se responde con un comportamiento contrario a derecho.”¹⁰⁸⁹.

El Derecho reacciona ante el individuo que ha infringido el Orden jurídico, la frase citada es decisiva, hay un vínculo jurídico, se infringe por medio de un comportamiento contrario a ese Derecho y nace un nuevo vínculo jurídico pero como reacción al incumplimiento¹⁰⁹⁰. En este sentido es posible pensar en la noción lingüística de responsabilidad, en una noción política o social, una noción moral de responsabilidad y una noción religiosa de la misma materia¹⁰⁹¹.

Es necesario entender las presentes nociones básicas expuestas aquí respecto de la responsabilidad jurídica. Así podemos entender que tales nociones, debidas al desarrollo del Derecho y de la Teoría del Derecho, KELSEN las formula desde la teoría para expresar un concepto e iniciamos nuestro trabajo desde una concepción unitaria de la responsabilidad¹⁰⁹².

Nosotros la aplicaremos al caso en que un nacional o extrae ilícitamente o lícitamente se le concede una patente aunque ilícitamente haya obtenido los elementos que sirven para la solicitud de tal patente habiendo violentado al Derecho, en general, y al Derecho Internacional Público, en particular.

1089 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, p. 134.

1090 SANZ ENCINAR, Abraham, op. cit., p. 28.

1091 LARRAÑAGA MONJARAZ, Pablo de, La responsabilidad, Tesis de Doctorado en la Universidad de Alicante, 1999, p. 7.

1092 LARRAÑAGA MONJARAZ, Pablo de, op. cit., p. 9.

En el Derecho Internacional Público desde hace más de cincuenta años que se ha establecido que los agentes del Estado, en sus actuaciones u omisiones, hacen incurrir al Estado, en la “responsabilidad de Derecho Internacional” (Público). Esta norma se estableció en la sentencia “Canal de Corfú”, caso conocido por la Corte Internacional de Justicia¹⁰⁹³. En efecto, como razón o fundamento de la responsabilidad se encuentra un acto u omisión arbitraria o ilegal además de las exigencias propias de esta materia. Todo acto contrario a derecho conlleva tal responsabilidad si es atribuible al Estado en el Derecho Internacional Público y constituye una violación de una obligación internacional en el Derecho Internacional Público¹⁰⁹⁴.

Así también, la misma Corte Internacional de Justicia contestó afirmativamente, en 1947 a la misma pregunta formulada en el caso o sentencia “Reparación de daños sufridos en el Servicio de la Organización de Naciones Unidas” o “Caso conde Bernardotte” como se le conoce normalmente¹⁰⁹⁵.

En este caso, conocido por reconocer personalidad jurídica internacional a las organizaciones internacionales intergubernamentales se deja expresa constancia que los Estados incurren en responsabilidad internacional por los actos de sus representados, de los nacionales, debido que un grupo terrorista israelí asesinó a un representante de la Organización de Naciones Unidas y a consecuencia de lo anterior el Estado de Israel hubo de pagar una indemnización por este acto.

En consecuencia, desde los inicios del trabajo de la Corte Internacional de Justicia se asentó la jurisprudencia de ser el Estado quien debe cumplir con reparar los daños al incurrir en responsabilidad internacional sea por la acción u omisión propia o sea porque sus representados, nacionales, cometen un acto que es contrario al Derecho

1093 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania) judgements of 25 March 1948 and judgement of 15 of December 1949. En un texto reciente el profesor Luis PERÉZ-PRAT DURBAN indica que los conceptos de Derecho interno se llevan al Derecho internacional podemos afirmar que los conceptos de ese tipo son los que desarrolla y analiza la Teoría del Derecho y ciertamente la Teoría Pura del Derecho, cfr., PEREZ-PRAT-DURBAN, Luis, La responsabilidad internacional, ¿Crímenes de Estados o de individuos?, Anuario de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2000, p.215.

1094 UNITED NATIONS ORGANIZATION, Responsibilities of States for Internationally Wrongful Acts, International Law Commission, Viena-New York, 2005, Artículos 1 y 2.

1095 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion of 11 April 1949.

Internacional Público. Entonces si un nacional de un Estado extrae ilícitamente un recurso natural de un Estado y lo lleva a otro Estado y si además, solicita en el segundo Estado la protección jurídica, el amparo jurídico sobre la base de una extracción ilegal del recurso natural es posible alegar que en caso que la misma le sea concedida hace incurrir al Estado en responsabilidad internacional conforme a lo indicado por la Corte Internacional de Justicia en los fallos citados¹⁰⁹⁶.

Existe una segunda razón para fundar nuestra tesis en materia de responsabilidad. En el Derecho Internacional Público se ha aprobado por la Comisión de Derecho internacional, dependiente de la Organización de Naciones Unidas un texto que no tiene vigencia como norma jurídica internacional pero, en el proceso de recopilación que ha seguido desarrollando desde su creación se ha dejado constancia de estos supuestos de hecho, o la omisión de sanción por el acto ilícito por el nacional o la denegación de protección jurídica al producto obtenido consecuencia de un acto ilícito primigenio.

Este proceso recopilatorio ha culminado con una compilación de normas que hoy carecen del carácter de jurídica convencionalmente, es decir, no son obligatorias por haberse celebrado un tratado multilateral que las impusiera como norma jurídica. Sin embargo, las mismas normas han adquirido fuerza desde diferentes perspectivas, mirando a las fuentes formales del Derecho Internacional Público y en particular el sistema de incorporación al argüir y razonar conforme a las fuentes materiales del Derecho Internacional Público. Es decir, se las asimila a tales fuentes como pasaremos a indicar.

De una parte, estas normas de responsabilidad internacional de los Estados y de los organismos internacionales pueden argüirse que son parte de la Costumbre jurídica

1096 Es necesario hacer presente que esta jurisprudencia se ha mantenido inalterable en este tribunal internacional. Así CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgement of 20 April 2010.

internacional pública o Costumbre internacional.

Es con lo anterior posible indicar que son normas desarrolladas entre los Estados en sus relaciones jurídicas internacionales desde los inicios del Derecho Internacional Público, amén de ser normas desarrolladas dentro de las legislaciones de cada uno de los países.

Es decir, la norma que señala que toda acción u omisión sancionada por la ley es parte de la Costumbre internacional también posee aplicación en el Derecho nacional de muchos Estados y en el caso de la Costumbre internacional los Estados la han aceptado como repetición de conductas que se consideran jurídicamente vinculantes¹⁰⁹⁷, es decir, poseen un vínculo jurídico entre Estados el que éstos consideren que en caso de una acción u omisión de un Estado deba procederse a reparar los daños causados.

Asimismo es posible aducir que existe un Principio del Derecho que establece la obligatoriedad de cada Estado de reparar los daños provocados por actos u omisiones que se han desarrollado por éste cuando son sancionables¹⁰⁹⁸.

Finalmente, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia ha sido reiterativa en el punto, así es posible observar las mismas opiniones como lo ha indicado la Corte en el caso Argentina v. Uruguay en el sentido que existe de parte de un Estado que viola el Derecho Internacional Público la obligación de reparar el daño causado¹⁰⁹⁹.

Los argumentos basados en el trabajo de la Comisión de Derecho internacional en la elaboración de los denominados “Artículos acerca de la Responsabilidad de los Estados por Actos Internacionales Errados, Segunda lectura” de 2001 o conocidos como “Artículos ILC” es un claro indicador que la tesis sustentada aquí sigue las directrices

1097 Al respecto, PASTOR RIDRUEJO, Antonio, op. cit.

1098 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgement of 20 April 2010. CANCADO TRINDADE, Antonio, Separate Opinion of Judge Cancado, Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgement of 20 April 2010, pp- 17-19.

1099 La CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, si bien no lo aplica en la parte resolutive, acepta la argumentación como válida en el sentido que un acto considerado erróneo es origen de responsabilidad. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, op.cit., p. 77, números 272 y 273. Es más la Corte recoge a los “Artículos de Borrador sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por Actos Erróneos” como parte la argumentación, así CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, op. cit., p. 76, número 270.

lógicas del Derecho Internacional Público y del Derecho en general.

El Estado no es sólo responsable de los actos directos de los agentes o funcionarios públicos. Es también responsable de los actos indirectos de agentes o funcionarios públicos cuando no actúan conforme a los requisitos que las normas internacionales les exigen de manera expresa.

Es decir, se es responsable por los actos con voluntad de provocar daño, como cuando se declara la guerra o cuando se ordena el ingreso al territorio de otro Estado, o se actúa sobre el derecho de otro Estado a través de normas jurídicas nacionales o actos derivados de normas jurídicas nacionales sino que cuando sin intención, interés de causar un daño, se produce tal efecto sobre los derechos y las obligaciones de los otros Estados.

También cabe, dentro del sentido y alcance de estas materias, un problema complejo, como es el de la omisión de una actividad por parte de un órgano del Estado que debiendo ejecutar un acto no lo hace.

Este es el caso en que debiendo verificar si la solicitud de patente respecto de un recurso genético es de carácter lícita debido a que ha sido adquirido dicho recurso en cualquiera de sus formas o su derivado por medios lícitos omite tal actividad y concede la patente.

En este sentido existe, sin embargo, una serie de consideraciones previas. Así es imprescindible entender que existen normas primarias y secundarias. Las mismas permiten distinguir el tipo de norma y la obligación contenida en ella. Luego, hay un paso lógico que es definir si tal norma ha sido, o no, violentada jurídicamente hablando y, a raíz de lo anterior, las consecuencias de tal violación. De acuerdo al profesor Roberto AGO es la segunda de las opciones la que debe considerarse dentro de la esfera

de la responsabilidad propiamente¹¹⁰⁰.

A mayor abundamiento, esta manera de mirar a la norma jurídica es similar, sino igual, a la contemplada por el profesor Herbert HART en su célebre texto “El Concepto de Derecho”, es decir normas primarias y secundarias aunque, es necesario indicar, el profesor HART se refiere de modo diferente a ambas.

Además, es necesario señalar que, en lo que se refiere a normas primarias y secundarias de responsabilidad jurídica internacional tiene vigencia las distinciones propias del Derecho privado en materia de responsabilidad contractual de carácter continental europeo donde el tema de la distinción entre responsabilidad y daño (normas primarias y secundarias) resulta atingente, es decir, la responsabilidad significa determinar la obligación y luego si ha sido violentada, la forma y la consecuencia de dicho violentamiento.

Es posible indicar expresamente que los artículos establecen que “Cada acto errado de un Estado implica la responsabilidad internacional de ese Estado”¹¹⁰¹. Pero aparecen problemas acerca de cuáles son los actos del Estado y cuáles son las omisiones del mismo, cuándo dichos actos u omisiones son “errados”.

Los artículos citados miran a los actos de los órganos de los Estados y no a otra cosa. Son ellos los que deben considerarse o tomarse en consideración para efecto de poder ejecutar actividades relacionadas con las personas naturales y jurídicas que pudieren solicitar la protección patentataria en su propio Estado.

Dice el artículo 4 en este sentido que la conducta de cualquier órgano del Estado debe ser considerada un acto de ese “Estado bajo el Derecho internacional, sea que el órgano ejerza funciones legislativa, ejecutiva, judicial o cualquier otra funciones, cualquiera posición pueda tener en la organización del Estado y cualquiera su carácter

1100 AGO, Roberto, Yearbook of International Law, 1970, p. 178 para. 7.

1101 Artículo 1 de “Artículos de Borrador sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por Actos Erróneos”, UNITED NATIONS ORGANIZATION, Responsibility of States for Internationally Wrognfull Acts 2001, New York, 2005, article 1, p. 2.

como un órgano del gobierno central o de la unidad territorial del Estado” e inclusive cualquier persona o entidad que tenga la categoría indicada¹¹⁰².

En otras palabras, cualquier órgano del Estado hace incurrir a éste en responsabilidad internacional si ejecuta un acto erróneo de acuerdo al Derecho Internacional Público.

El artículo 4 de las “Artículos de Borrador sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por Actos Erróneos” indica que no podrá argüirse al Derecho nacional, entendido como Orden jurídico nacional, como medio para oponerse a la obligación de cumplir con las obligaciones internacionales en razón de no ser parte de la Administración del Estado un ente cualquiera¹¹⁰³.

Dice además que si una ley de un Estado caracteriza a una entidad como órgano del mismo no hay dificultad pero no se admite alegación de ser una ley interna la que defina y excluya tal calidad a un órgano a fin de evitar el Estado acusado la responsabilidad derivada de un acto del mismo.

Esta es una regla general propia del Derecho Internacional Público general y tiene asidero en la doctrina así como en la jurisprudencia internacional¹¹⁰⁴. Es decir, nadie puede excusarse de un delito internacional en razón de normas internas que admiten al acto en cuestión como lícito.

Siguiendo esta ordenación lógica es que es posible indicar que si una persona (natural o jurídica) extrae ilegalmente del territorio de un Estado (es decir, de manera contraria a Derecho) recursos genéticos provenientes de animales, plantas y microorganismos o extrae un recurso de carácter biológico del territorio de un Estado y luego de un procedimiento de carácter tecnológico logra obtener los elementos genéticos estaría cometiendo un ilícito. Si luego efectúa un análisis químico, obtiene la

1102 Artículo 4 de “Artículos de Borrador sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por Actos Erróneos”. UNITED NATIONS ORGANIZATION, op. cit., 2005, article 1, p. 2.

1103 UNITED NATIONS ORGANIZATION, op. cit., 2005, article 4, p. 2.

1104 UNITED NATIONS ORGANIZATION, op. cit., 2005, article 4, p. 2.

fórmula química correspondiente y, luego, procede a efectuar un acto ulterior que es solicitar la protección patentaria a la oficina de patentes correspondiente cometería un ilícito. Las oficinas de patentes son órganos de la Administración del Estado. Tales ilícitos son de carácter internacional y se sancionan por el Derecho Internacional Público.

A su vez el artículo 8 de los “Artículos de Borrador sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por Actos Erróneos”¹¹⁰⁵ indica que la conducta dirigida o controlada por un Estado es considerada un acto de un Estado bajo el Derecho Internacional Público si se actúa bajo las instrucciones de o bajo la dirección y el control de ese Estado en llevar adelante tal conducta.

Es un hecho que no se puede atribuir al Estado en el Derecho Internacional Público la responsabilidad respecto de las entidades privadas y las personas naturales, es decir, personas naturales y jurídicas. Cuando existe una relación específica y de hecho entre la persona o entidad que se ha comprometido en la conducta y el Estado. En este caso debe haber una relación efectiva entre la persona y el Estado.

El Estado debe tener una relación directa con el acto o conducta que ejecuta la persona natural o jurídica. Así, si las mismas normas sobre “Artículos de Borrador sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por Actos Erróneos” indican que existe una suerte de círculo o área de responsabilidad que se encuentra relacionada a un acto o una serie de actos de entes del Estado o personas naturales o jurídicas que se encuentran relacionadas con el Estado cuando está dirigido o controlado ese acto por el Estado mismo.

Entonces, aun cuando en un país pudiéramos encontrar oficinas de patentes que fueren de carácter particular o privado y no estatal, cuestión casi imposible en los hechos, de todas formas el Estado puede llegar a encontrarse en la situación de cumplir

1105 UNITED NATIONS ORGANIZATION, op. cit., 2005, article 8, p. 3.

con responsabilidad internacional derivada de los actos de una oficina encargada del patentamiento de carácter privada. En ese caso, el Estado tiene una relación directa con la persona natural o jurídica.

Es necesario indicar que la línea argumental de responsabilidad estatal por parte de sus órganos por acciones u omisiones de los mismos (acciones, el caso de la inscripción dentro de la oficina de patentes del país de la secuencia genética de un recurso genético natural) y/u omisión (ausencia de impedimento en la legislación nacional o en la aplicación de la Convención de la Diversidad Biológica de los derechos soberanos de otros Estados) no es una línea argumental carente de fundamentos en la jurisprudencia internacional. Es decir, existe evidencia de la aplicación de un raciocinio similar en un caso relacionado a la Convención de Genocidio aplicada en 2007.

El raciocinio se llevó delante de la siguiente forma. El artículo 12 de los “Artículos de Borrador sobre Responsabilidad Internacional Estatal” indican que debe observarse que hay un incumplimiento de una obligación internacional por un Estado cuando un acto de dicho Estado no se encuentra en conformidad con lo que es requerido de él por esa obligación, cualquiera que sea su origen o carácter.

En el Caso de la Convención sobre Genocidio la Corte Internacional de Justicia en el genocidio en Bosnia Herzegovina preguntó acerca de cuáles normas jurídicas pueden ayudarnos a identificar una entidad como un Órgano del Estado sin perjuicio de no contemplarse en esa calidad en el Orden jurídico interno de dicho Estado¹¹⁰⁶. La segunda preguntas es que en ausencia de un control estricto cual es el nivel de “control” necesario para una entidad a fin de ser considerada como agente del Estado. La primera pregunta referida al artículo 4 de la Convención y la segunda en relación al artículo 8¹¹⁰⁷.

1106 UNITED NATIONS ORGANIZATION, op. cit., 2005, article 12, p. 4.

1107 INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA, Prosecutor v. Tadic, Case number, IT-94-1-A, 15 de Julio de 1999,

La sentencia definitiva ha contemplado el requisito “control efectivo” aducido en la sentencia del caso de las “Actividades Militares en y contra Nicaragua” (el caso Nicaragua)¹¹⁰⁸ y “control total” sentencia del caso Tadic (Fiscalía contra Tadic)¹¹⁰⁹. En este caso a fin de lograr incorporar a personas o entidades como parte de órganos del Estado cuando no tienen dicho estatus bajo la ley nacional debe ser excepcional, es decir, la prueba que se exige es de un especial exigente grado de control estatal sobre las mismas, una relación que la sentencia de la Corte ha descrito, usando el referido caso Nicaragua, como de “dependencia completa”. Se debía determinar si existía dicho grado de relación respecto de Serbia y que consistía en la “ausencia de una autonomía real”¹¹¹⁰. Además se exige respecto de cada operación en que el incumplimiento de la obligación se plantea. Hasta aquí el razonamiento.

Pues bien, este raciocinio se mantiene en línea con el raciocinio tradicional del Derecho Internacional Público para este tipo de casos. En el caso que planteamos aquí sin embargo, la situación jurídica de los entes que se encargan de conceder la protección jurídica a través de patentes o permiten dicha inscripción es diferente. Estos órganos pertenecen a la Administración del Estado de cada país.

Es decir, se encuentran bajo completa dependencia y no poseen autonomía administrativa ni funcional ni sustantiva porque además de integrar la Administración del Estado aplican el Derecho que el Estado ha establecido para la protección de los derechos de propiedad industrial de patentes. Entonces, desde el momento en que se otorga dicha protección nos encontramos al Estado como violador de los derechos derivados de la Soberanía y protegidos por el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica.

En un ámbito estrictamente lógico es necesario que las normas jurídicas se

1108 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Nicaragua versus Estados Unidos de América, 1986 ICJ 14.

1109 INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOESLAVIA, op. cit., 1999, pp. 39-62.

1110 INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOESLAVIA, op. cit., 1999, pp. 39-62.

apliquen íntegramente cuando no existe distinción. Lo expresado no es sino la aplicación de las obligaciones internacionales plenamente, no por parcialidades, como ocurre en algunos países. Es decir corresponde a todos los Estados Miembros aplicar todas las obligaciones y derechos no sólo las que convienen a los nacionales sino también las que pueden ser de carácter negativo para sus intereses económicos pero que cumplen las obligaciones establecidas por medio de un acto de voluntad interestatal válido¹¹¹¹.

El Estado que incumple incurre en la responsabilidad internacional quedándonos con una cuestión clara, las tipologías de incumplimiento pueden ser muchas. Es necesario, sin embargo, presentar la evidencia de la violación de las normas internacionales que constituyen obligaciones y derechos que tienen su origen en el artículo 15. Esta evidencia se presenta bajo dos supuestos, extracción ilegal, protección solicitada y concedida de manera legal por un Estado a la solicitud de protección de productos o procesos derivados de los Recursos Genéticos Naturales¹¹¹².

Otros supuestos son que existen diversos beneficiarios no así diversos soberanos. Como se anota en un pie de página lo que se efectúa es una División de las ganancias no de los recursos que es, como todo contable lo sabe, una posible estimación que se hace sobre criterios además de formulas matemáticas pero no sobre otros medios.

Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ ha indicado que hoy día existen obligaciones de naturaleza diferente (dispositivas e imperativas) obligaciones de distinta naturaleza y

1111 Un ejemplo válido en esta materia es la aplicación de la normativa que ha sido acordada y autorizada en general por la Unión Europea a través de directivas para luego ser aplicadas por cada Estado. Ellas son normas supraestatales, de corte internacional (son aprobadas por los ministros de la Unión Europea).

1112 Obviamente que en esta tesis nos preocupamos por lo anormal. Lo normal debería ser o la negociación de tratados internacionales referidos a Recursos Genéticos Naturales o someterse a los requisitos que pudieran establecerse por los Estados en sus legislaciones. Finalmente, es de indicar que ninguno de los recursos genéticos aquí tratados son "compartidos", sobre eso la interpretación resulta más o menos similar, en algunos casos se aplican medidas de políticas públicas, otras leyes y otras resoluciones de la Administración del Estado, o una mezcla, lo que se comparte son los beneficios. Tal situación sólo se produce en la medida en que nos enfrentamos a recursos que tienen un soberano y son explotados por un tercero. El caso de compartir recursos es diferente y se basa en que por naturaleza tales recursos puedan existir o tener su existencia en un territorio del mundo que no se encuentre sometido a soberanía territorial, que encontrándose sometido a soberanía territorial sin embargo se encuentre en la situación de permanecer en el territorio de más de un Estado pero que se encuentre en la frontera, exactamente en la frontera, de Estados, caso en el cual la convención no regula la materia de manera específica. Es posible deducir, por propia indicación de la convención que esta derivación del problema que nos ocupa se debe solucionar por medio de un tratado internacional pero y en caso alguno por medio de la convención. Es posible, sin embargo, discutir cuál es el resultado de esta materia cuando el objeto de negociación se encuentre literalmente en la frontera, sin embargo, si se encuentra en el propio territorio y de ahí se ha extraído el recurso entonces se debe efectuar la respectiva división de beneficios conforme a las normas del Estado en cuyo territorio se encuentra el recurso. No existe un principio de división de beneficio de manera equitativa, si fuere propuesto por alguien, porque se debería proponer un principio de división en el uso de la tecnología respecto de países menos adelantados y una serie de otros principios que protejan los derechos y los beneficios respecto de países que son soberanos y poseen muy pocos recursos económicos. No se debe entregar ni la administración ni los beneficios a países que son poderosos tecnológicamente ya que ello implicaría desprenderse de facto de los derechos que se poseen sobre dichos beneficios.

alcance (con efectos bilaterales o bilateralizables y esenciales para la comunidad internacional) y “en el agravamiento, la ruptura de la bilateralidad y de la inter-estatalidad de la relación de responsabilidad a que da origen la violación grave de las obligaciones emanadas de las normas imperativas de Derecho Internacional general).”¹¹¹³.

Estas palabras resultan apropiadas para entender lo que es el fenómeno de la responsabilidad de los Estados. De una parte la misma nace de la noción de Soberanía, de la noción de vínculo jurídico y de la noción de “comunidad internacional” abrazándose a la idea que un sujeto, miembro de una comunidad, igual jurídicamente a otro, que en el evento de cometer una acción u omisión a las obligaciones o derechos internacionales incurre en responsabilidad internacional por la que será sancionado. No podemos sin embargo dejar de lado la noción de “violación grave” así como “normas imperativas de Derecho Internacional general”.

En Derecho Internacional Público, como lo ha indicado el reportero Profesor Crawford en las normas sobre Responsabilidad internacional de la Comisión de Derecho Internacional aprobadas en 2001, existen diversas e innumerables maneras de entender la responsabilidad jurídica internacional pero, a su vez, no se puede entender lo relativo a las normas sobre responsabilidad jurídica internacional sin que exista una violación de las normas jurídicas internacionales, un incumplimiento. Las mismas normas aludidas de la Comisión de Derecho internacional de Naciones Unidas no han hecho referencia al grado de violación o de incumplimiento, es decir, no existe una distinción o graduación sobre la materia.

Las obligaciones además pueden ser de cualquier origen y es por lo anterior que al menos en esta investigación no es necesario distinguir el tipo de obligación de que se

1113 ALCALDE FERNÁNDEZ, Joaquín, Orden Público y Derecho internacional: Desarrollo normativo y déficit institucional en RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro y PEREZ VERA, Elisa (coord.), Soberanía del Estado y derecho internacional: Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, Tomo I, Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga, 2005, p. 91.

trate. Sin más la Corte Internacional de Justicia ha corroborado nuestro aserto en el caso “Pulp Mill” que estudiaremos, cuando indica que la obligación incumplida es de carácter especial (contemplada en un tratado internacional bilateral) y que precisamente las normas de la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas tienen plena aplicación sin existir en caso alguno distinción entre normas internacionales y basta la mera violación de la relación jurídica que, no lo señala la norma, tiene que estar contemplada en el Derecho Internacional Público considerando la naturaleza de los derechos y obligaciones de que se trate.

Debo indicar, sin embargo, que si bien estas obligaciones son de carácter particular no cabe duda que nos encontramos con obligaciones de carácter general, es decir, se encuentran en un tratado internacional pero a la vez se deben respecto de todas las naciones del mundo no por constituir un principio sino porque la Soberanía de los Estados sobre sus recursos es un derecho de carácter general en la Convención, que debe ser aplicado de dicho modo.

Violación de derechos y obligaciones, su descripción, los hechos

A fin de que exista el incumplimiento o la violación de derechos y obligaciones deben existir varios supuestos en una norma jurídica pero antes, debe existir la norma jurídica correspondiente sea que se encuentre implícita en el Orden jurídico de que se trate, sea que se exteriorice por alguna de las fuentes del Derecho o de otra forma.

En el caso de los derechos y obligaciones correlativas o independientes que se estudian aquí hay que observar varios puntos no menores. Uno primero es la existencia de normas en que se contemplen derechos y obligaciones que de ser violadas dan origen a la responsabilidad internacional, es decir, al deber de reparar. La forma en que se debe producir lo anterior está sujeta a las leyes de la prueba ante el tribunal e inclusive el

órgano administrativo correspondiente. La naturaleza de la norma puede ser variada, en este caso ambiental internacional. Es como KELSEN indica, la necesidad de mirar nuevamente a la unidad del Derecho para luego encontrar las formulas para reparar el mal causado¹¹¹⁴.

La responsabilidad internacional ambiental en materia de violación de las normas contenidas en el artículo 15

La Corte Internacional de Justicia recientemente ha expresado que:

“La Corte llama nuevamente que la costumbre legal [internacional] provee la Restitución como una de las formas de reparación de los daños, restitución que se traduce en el establecimiento de la situación existente antes de la ejecución del acto ilícito [errado, en el original]. La Corte además llama nuevamente que cuando la restitución es materialmente imposible o envuelve una carga que va más allá de toda proporcionalidad a los beneficios derivados de la misma, la reparación toma la forma de compensación o satisfacción o inclusive ambos.”¹¹¹⁵.

Lo que indica la Corte Internacional de Justicia, a propósito de un asunto relacionado con aspectos ambientales, los derechos y las obligaciones que emanan de las normas jurídicas de un tratado internacional están refrendados en una serie de otros fallos así como proyectos internacionales sobre normativas relacionadas con la responsabilidad internacional. Apunta el profesor CARRILLO SALCEDO que en el proyecto de artículo sobre la responsabilidad internacional en 1980 se indicó que:

“Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de éste”

¹¹¹⁶.

1114 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, p. 129.

1115 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Case concerning the Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), 20 April 2010, I.C.J., p. 77, para. 273, INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgement, I. C. J.Reports, 1997, p.81, para. 152, INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, , Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian Territory; Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I), p. 198 paras. 152-153, INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), judgement, I.C.J. Reports 2007, p. 233, para. 460.

1116 CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, Curso de Derecho Internacional Público, Tecnos, Madrid, 1991, p. 179.

Este es un principio que es posible trazarlo, desde la perspectiva jurídica desde muy antiguo en el Derecho Internacional Público, así se indica que la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de la Fabrica Chorzow que:

“[E]s un principio de Derecho internacional, e incluso un concepto general del Derecho, que cualquier incumplimiento de un compromiso entraña la obligación de efectuar una reparación”¹¹¹⁷.

Es por lo anterior que ya hemos afirmado que existe una violación de derechos y obligaciones internacionales cuando nos enfrentamos a la necesidad de reparación de los daños que se producen por un acto ilícito y que la reparación es la sanción, como lo ha indicado KELSEN, a tales actos¹¹¹⁸. Pues bien, esta responsabilidad internacional puede nacer de actos del Estado. Estos actos son expresiones de la voluntad del Estado en orden a desobedecer las normas de Derecho Internacional Público que contienen derechos y obligaciones.

En algunos de los casos aquí planteados tales determinaciones no se efectúan sino que se dejan sencillamente a la decisión de autoridades inferiores sin contar con los requisitos necesarios para tales actos u otros parámetros que permitan ejecutar permisos, sino una indeterminada “ayuda a la ciencia” una suerte de utilitarismo que no permite entender que las normas jurídicas son ordenadoras del actuar humano y son aplicables al mismo.

Es decir, los casos, fuera del interés que provoca la necesidad de contar con información acerca del Orden jurídico de cada país aquí planteado, tiene necesariamente la consecuencia de devolvernos a las ideas expresadas por KELSEN en materia de interpretación porque hoy día no sólo dentro de la disciplina del Derecho Internacional Público sino dentro del Derecho Constitucional y Derecho ambiental así como en la

1117 PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, Factory Chorzow case, CPJL., Série A, No. 17, 1928, p. 29..

1118 KELSEN, Hans, op. cit., 1993, pp. 129-130.

Teoría del Derecho las ideas de KELSEN poseen plena vigencia y en varios de los casos las mismas no fueron debidamente aplicadas aunque, de ahí lo extraño, sean plenamente aceptadas en varios de los países estudiados aplicadas por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de tales Estados.

Es claro que la India ha desarrollado, interpretado y aplicado el artículo 15 de la Convención de Diversidad Biológica.

Es el caso de Costa Rica, sin perjuicio de las discusiones que se dan a nivel social donde se aparece claramente el deseo de no tener que enfrentar una realidad multiforme como la de una sociedad que reclama contra contratos sobre bienes que son del Estado o que tiene suspicacias respecto de los derechos de quienes manejan conocimientos en este caso calificados de “tradicionales”.

Respecto de la violación de normas jurídicas el caso brasileño fue una fuente de grandes dificultades para el Estado de Brasil; explicar un contrato sobre bienes que son del Estado independiente, que pueda éste disponer de los mismos pero que empresas privadas o privadas-públicas, sin autorización jurídica en el nivel que corresponda hagan uso de tales bienes resultó una violación rampante de la normativa jurídica brasileña, cualquiera hubiere sido la razón que justifica dicho acto.

Algo similar ocurre en el caso chileno, sin las consecuencias que ha derivado el caso brasileño. En el caso chileno no hay una ley que regule los aspectos no regulados por la Convención sobre Diversidad Biológica como determinar legalmente la autoridad que ejecutará el control y dará las autorizaciones a quienes soliciten ejecutar cualquier acto sobre los Recursos Genéticos Naturales, se sigue creyendo, un error de Derecho, que los mencionados recursos son “Patrimonio Común de la Humanidad”, (cualquiera puede acceder a los mismos).

Inclusive hay una obligación de determinar la Equidad y Justicia en la División

de beneficios así como la petición de permiso para la obtención de derechos de propiedad intelectual además de definirse una División de carácter conmutativa, distributiva y procedimental. Lo que es más complejo aun de justificar es el evidente acto de violación de Soberanía al disponerse de bienes (Recursos Genéticos Naturales) que sólo podrían ser dispuestos por una autoridad estatal que tuviera las competencias indicadas en la Constitución o en la ley. Con lo anterior, como lo hemos expresado ya, cualquier disposición queda contaminada de ilicitud y por consiguiente no es posible aplicar ni Justicia ni Equidad al acto ejecutado.

Hemos indicado además que es KELSEN quien nos plantea el que no es posible determinar sino una Justicia subjetiva. Sin embargo, este autor indica de manera muy definida que es posible incluir conceptos morales en textos jurídicos y esos conceptos, por consiguiente, deben interpretarse y aplicarse como cualquier otro concepto. La interpretación y aplicación, lo dijimos en el capítulo anterior, debe ejecutarse gradualmente con una serie de indeterminaciones desde la norma jurídica general a la específica, determinación que debe ejecutarse por el interprete.

Sin embargo, tiene vigencia una obligación de determinar la Equidad y Justicia en la División de beneficios provenientes de la utilización de los Recursos Genéticos Naturales así como la petición de permiso para la obtención de derechos de propiedad intelectual. El tipo de División, conmutativa, distributiva y procedimental debe ser determinada. No se puede justificar la violación de Soberanía a través de la disposición de estos bienes cuando no es una autoridad estatal la que ejecuta actos de disposición.

En varios casos se aplica el sistema de dictar una ley y reglamentos que permiten la interpretación y aplicación de tal manera que, inclusive, se aplica el que se determine por una autoridad estatal lo que es “justo y equitativo” en la División de beneficios de la utilización de los recursos genéticos. En efecto, en algunos de los casos aquí planteados

tales determinaciones no se efectúan.

Es así que nos vemos enfrentados a la necesidad de mirar con extremo cuidado nuevamente a la norma jurídica y recorrer el “supuesto de hecho” de la misma. En KELSEN tal norma jurídica se verifica de manera diferente y recordemos que si existe un derecho o una obligación KELSEN indica que entonces se da una consecuencia pero si no se cumple con dicha consecuencia entonces se genera una sanción. Podríamos leer el artículo 15 entonces de la siguiente manera

Artículo 15 número uno. Si existen recursos naturales de carácter genético provenientes de animales, plantas o microorganismos cuyo origen sea la naturaleza y no hayan sido domesticados entonces existen derechos sobre dichos recursos basados en la Soberanía de los Estados sobre los mismos recursos. Si no se obedece la tal Soberanía entonces nos enfrentamos a la violación de la misma con lo cual tenemos que enfrentar una sanción.

Artículo 15 número uno parte segunda. Si existen recursos naturales de carácter genético entonces la facultad de regular el Acceso a dichos recursos incumbe a los gobiernos nacionales como representantes de los Estados y sometidos a las normas nacionales. Si no se respeta este derecho entonces se sancionará de acuerdo a las normas de Derecho Internacional Público. Si no se legisla sobre dicho tema también se sancionará al Estado que no legisle. En este caso observamos un derecho a legislar así como una obligación de legislar, el primero de carácter autónomo impidiendo la intromisión de otros Estados y la segunda obligando al Estado a legislar.

Artículo 15 número dos. Si Partes Contratantes desean ingresar para acceder a él o los recursos genéticos, en general, y a los Recursos Genéticos Naturales, en particular, entonces el Estado donde se encuentra dicho recurso y a quien se le solicita el ingreso “debe crear las condiciones” para el ingreso a los recursos genéticos que deben ser

ambientalmente adecuadas. Si no cumple con la obligación de “crear las condiciones” entonces nos encontramos con el incumplimiento de la obligación antes indicada. Si el Estado que accede no cumple con las especificaciones acerca de “utilizaciones ambientalmente adecuadas” entonces se les sanciona. Nuevamente KELSEN con esta sencilla construcción, sencilla expresión de lo que es la norma, nos explica un poco más cómo funciona el artículo 15 de la Convención. Así hay aquí dos obligaciones sancionables, crear las condiciones para el ingreso y a la vez que dichas condiciones sean respetadas no siéndolo cuando se utiliza ambientalmente inadecuadamente.

Artículo 15 número tres. Si es Estado que suministra (Parte Contratante), entonces será o Estado que es país de origen del recurso o Estado (Parte) que haya adquirido el recurso conforme al convenio. Si no se trata de ninguno de ellos no se es Estado que suministra, no se le aplica la Convención, se le debe aplicar una norma diferente y si se contraviniera este convenio entonces además de no aplicársele se aplicarán las normas internacionales que sancionan actos ilícitos¹¹¹⁹.

Artículo 15 número cuatro. Si se concede el Acceso entonces debe ser en las condiciones mutuamente convenidas, sometido al artículo 15. Si no es así el Estado que solicita el ingreso no podrá ingresar por la denegación del mismo.

Artículo 15 número cinco. Si se solicita Acceso a los recursos, entonces debe contarse con el Consentimiento Informado Previo de la parte a quien se lo solicitan. Si no se fundamenta dicho consentimiento o si la parte no lo considera suficiente entonces no hay Acceso y si aun así se accede se sanciona al que así lo ejecute.

Artículo 15 número seis. Si un Estado efectúa investigaciones científicas o promueve las mismas entonces en los recursos genéticos proporcionados por otra parte, deberá promover la ejecución de dicha investigación con plena participación del Estado

1119 Este podría ser el caso de la Antártida o de la Alta Mar e inclusive casos de planetas extraterrestres, no se les aplica la normativa de la convención, por tanto, hay que aplicarles otra norma.

que proporciona los recursos y, de ser posible, en dicho Estado. Si no se participa al Estado que proporciona los recursos entonces no se puede efectuar investigación científica.

Artículo 15 número siete. Si un Estado obtiene beneficios de los recursos genéticos, en general y de los Recursos Genéticos Naturales, en particular, debe compartirlos equitativamente. Si no los comparte entonces viola el artículo 15 número siete.

Si un Estado efectúa actividades de desarrollo e investigación de recursos genéticos recursos genéticos, en general y de los Recursos Genéticos Naturales, en particular, de otro Estado y obtiene beneficios de los recursos genéticos deben dictar normas nacionales, dictar medidas administrativas o de políticas públicas para compartir los resultados. Si no efectuare dicha actividad entonces es responsable internacionalmente de su inactivada o permisividad.

Las posibilidades, presentadas en la introducción de esta tesis son múltiples pero se debe considerar que un primer elemento es el referente a las materias sobre las cuales se puede incurrir en la ilicitud.

Distinguiremos en el asunto:

A.- Actividades de particulares que involucran al Estado

B.- Actividades de entes del Estado que actúan como representantes del mismo

C.- Actividades del Estado

Es posible, por tanto, distinguir diferentes situaciones, a saber, las que pasaremos a explicar:

A.- Actividades de particulares que involucran al Estado

En el asunto es posible ejemplificar los casos con lo siguiente, la extracción ilícita del recurso genético o los recursos genéticos, en general y de los Recursos

Genéticos Naturales, en particular, desde el territorio de un Estado Parte a otro territorio. La otra posibilidad es concesión de la protección de la propiedad industrial o intelectual en cualquiera de sus formas al resultado de la investigación o del desarrollo y sus respectivos frutos. Los ejemplos presentados son múltiples y los vimos en un capítulo anterior, a saber, el caso del árbol NEEM de la India, el caso de Bioamazonia en Brasil y el caso de los contratos firmados en Costa Rica respecto de la extracción de los recursos indicados. Podríamos indicar algo parecido respecto de plantas y animales en Holanda donde se han extraído y se extraen hasta hoy a los mismos.

B.- Actividades de entes del Estado que actúan como representantes del mismo

Los entes del Estado pueden actuar en representación del Estado pero más allá de las atribuciones que la misma legislación que las crea les indique. Es el caso en que una empresa del Estado en la calidad que se indica o un ente del Estado sin una función empresarial, por ejemplo, una persona jurídica de Derecho público relacionada con la biodiversidad, un zoológico, se plantea acceder a recursos genéticos recursos genéticos, en general y de los Recursos Genéticos Naturales, en particular, solicita el permiso, se le concede, obtiene los recursos, los desarrolla y los patenta o los extrae sin permiso (el permiso era sólo para el Acceso) y protege jurídicamente el resultado obtenido. En dicho caso, como es lógico, se produce la consecuencia lógica de hacer incurrir en un ilícito al Estado que entrega dicha protección jurídica.

Esta materia tiene importancia práctica en cuanto la tipología de los actos que muchas veces se argumenta como ilícitos porque en muchos casos, la mayoría, se pretende que una legislación del país de origen de la persona natural o jurídica que extrae el recurso genético proceda a proteger tal recurso. Lo indicado tiene relevancia, por cuanto, se involucra al Estado y sus entes en un acto ilícito inicial y se vuelve a

incurrir en un acto ilícito al solicitarse y concederse por el Estado la protección jurídica sea sobre el Recurso Genético Natural o sea sobre los productos de dicho recurso. Como el ente encargado de conocer tal asunto, de conceder la protección jurídica al peticionario es estatal convierte al Estado bajo cuya legislación se pretende el amparo y al ente estatal que lo concede en un violador de las obligaciones internacionales nacidas bajo el tratado internacional de que se trate, en el caso que nos ocupa, la violación de la Soberanía y de los derechos soberanos de otros Estado por la aplicación del artículo 15. La situación, sin embargo se vuelve aun más compleja cuando nos encontramos con un problema mayor, la impugnación del amparo o protección jurídica administrativa (del ente que pertenece a la administración) por medio o para ante un tribunal. Si el tribunal falla en contra del impugnador de la protección jurídica otorgada por el ente estatal no cabe duda que nos encontraríamos, esta vez plenamente, en la situación de una violación a las obligaciones internacionales de carácter ambiental.

C.- Actividades del Estado

En este caso nos enfrentamos a que el Estado propiamente tal, sin que exista un órgano o ente estatal obtiene los recursos genéticos de plantas, animales o microorganismos ilícitamente. En este caso indudablemente que somete al Estado al problema de considerarse responsable de la obtención de dicho recursos y si, además, ampara los resultados de las investigaciones bajo su legislación, incurre en un doble ilícito.

Luego de haber aprendido como se puede interpretar el artículo 15 de la Convención es posible distinguir las diversas “patologías” (si se me permite) o supuestos de hecho que pueden dar origen a la responsabilidad internacional. Corresponde ahora encontrar cómo nace esa responsabilidad internacional tras el

cumplimiento de los requisitos que al efecto se indican como necesarios para su desarrollo¹¹²⁰.

El nacimiento de la responsabilidad ambiental en materia de violación de las normas contenidas en el artículo 15

La responsabilidad internacional posee, sin duda, ciertos requisitos. Los requisitos deben ser cumplidos para que al Estado se le pueda exigir cumplir alguna de las consecuencias o retrotramiento de la situación para antes de la ejecución del acto ilícito o, en su caso, el que se deba pagar una indemnización que en el caso que nos ocupa no podría menos que incluir los beneficios obtenidos y por obtener¹¹²¹.

La razón del tratamiento de esta materia se encuentra en que muchas veces no existe una ordenación de la responsabilidad internacional de carácter ambiental. El espectro, como lo hemos apuntado antes, sólo se detiene en algunas materias como la contaminación transfronteriza donde el caso entre Argentina y Uruguay es un ejemplo. Cuestión que se modifica con estas normas ambientales internacionales que establecen nuevas obligaciones. Entonces se requiere concentrar la atención en los temas para ver cómo nos enfrentamos a nuevos problemas jurídicos.

A fin de de entender los que esta responsabilidad o tipo de responsabilidades nos atendremos a lo siguiente. Un acto del Estado constituye una violación de las normas jurídicas internacionales cuando el Estado ejecuta conductas que son una acción o una omisión atribuible al Estado bajo el Derecho Internacional Público y, además, constituye una violación de una obligación internacional del Estado¹¹²². CARRILLO SALCEDO, siguiendo otras versiones apunta los requisitos como comportamiento

1120 TORO HUERTA, Mauricio Iván del Toro, Responsabilidad del Estado en el marco de del Derecho internacional de los derechos humanos, <biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/342/32.pdf> (13.12.10), p. 665. donde el autor plantea una tipología similar a la aquí planteada.

1121 No incluimos aquí una serie de problemas o "sub patologías". Así es posible apuntar la posibilidad de encontramos con violaciones a otras normas internacionales contenidas en otros tratados, a la negación de los beneficios producto, como es lógico de la falta de legislación sobre el tema en el país donde se solicita la protección jurídica y la posibilidad del acceso en el territorio del propio Estado donde se es nacional con la investigación y patentamiento lo que en todo caso y frente a la ausencia de normativa no podría ser posible y, además, debería ser origen de sanción.

1122 UNITED NATIONS ORGANIZATION, op. cit., 2005.

“consistente” en una acción u omisión atribuible al Estado y que el comportamiento constituya una violación o incumplimiento de una obligación internacional¹¹²³.

Los requisitos que se han señalado son aplicables a ámbito ambiental. La sentencia aludida de la Corte Internacional de Justicia así lo indica. La atribución del hecho ilícito debe ser al Estado sea porque un órgano del Estado ha actuado contra Derecho, entidades con personalidad jurídica independiente habilitadas para el ejercicio de prerrogativas públicas del Poder político en la misma circunstancia, de particulares si no se actuó diligentemente para prevenirlos o en caso de haber ocurrido los actos no los ha reprimido o sancionado el Estado en cuyo territorio han acaecido los hechos contrarios al Derecho Internacional Público¹¹²⁴.

Se apunta un caso como fuente de esta materia así en el caso de la toma de la Embajada de Estados Unidos en Irán se indica que éste último no es responsable por no ser agentes los que ingresan a la sede diplomática pero no se exonera de responsabilidad debido a que debió “tomar las medidas apropiadas” que son las que por obligaciones formales, en la especie, derivadas de un tratado internacional, debían aplicarse¹¹²⁵.

Análogamente, en el caso que nos ocupa del problema de la interpretación y aplicación del artículo 15, si un Estado es parte de la Convención tiene la obligación de aplicar la misma dictando las normas jurídicas internas para proteger los derechos derivados de la Soberanía sobre los recursos genéticos, en general y de los Recursos Genéticos Naturales, en particular, así como la obligación de tomar medidas legislativas, entre otras medidas, para alcanzar una División Equitativa de Beneficios. Si se obtiene la protección jurídica en Francia de un recurso genético natural que se ha accesado en España entonces es el Estado francés el que debería efectuar alguno de los actos que ha indicado recientemente la Corte Internacional de Justicia a fin de reparar

1123 CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, op. cit., p. 180.

1124 CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, op. cit., p. 180.

1125 CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, op. cit., p.181.

los daños producidos por esta ausencia de regulación en tanto se protege los Recursos Genéticos Naturales pertenecientes a otro país.

Es más, siguiendo la misma línea de pensamiento los Estados, “todo Estado”, tiene la “obligación jurídica de proteger en el interior de su territorio los derechos de otros Estados”¹¹²⁶. Lo anterior se expresa por el juez Max HUBER en el caso Islas Las Palmas en 1928 quien apunta, como lo hiciera HOHFELD de acuerdo a nuestra referencia anterior entre “derecho-deber/obligación”, al indicar que la Soberanía no sólo implica un derecho sino un deber y como la Soberanía es un elemento inherente del Estado no podría renunciarse al derecho pero tampoco al deber que en el caso que nos ocupa, consiste en dictar legislación para obtener Equidad en la División de los beneficios así como garantizar los derechos derivados de la tal Soberanía.

En el ámbito interno tampoco puede admitir el Estado, a través de otras normas jurídicas, supuesto que existe un Orden jurídico nacional que en el caso español o chileno ello se ordena desde la Constitución e inclusive por normas internacionales, que vienen a imposibilitar la protección de Recursos Genéticos Naturales o sus frutos. Estas normas se deben atener a las obligaciones internacionales de proteger los derechos de los Estados internamente así como efectuar actos para delimitar la División de las ganancias de los recursos genéticos.

Afirmado el requisito anterior nos queda la referencia a una violación de las normas internacionales de carácter ambiental por normas nacionales y actos nacionales. Estos últimos son las maneras o formas en que se generan los hechos a probar como “supuestos de hecho” de la obligación o el derecho violado. Si alguien patenta en un país recursos genéticos, en general, y Recursos Genéticos Naturales, en particular, extraídos ilegalmente viola la Soberanía de los Estados y, a su vez, si el Estado no dicta normativa tendiente a una equitativa División de beneficios nos encontramos con la

1126 CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, op. cit., p.181.

doble violación de obligaciones estatales: Los órganos del Estado encargados del patentamiento no pueden admitir a patentamiento y garantizar dicha patente si existe la transgresión de las obligaciones internacionales y, particularmente, de los derechos derivados de la Soberanía estatal reconocidos por el artículo 15. En este caso existiría una violación de “obligaciones internacionales”.

Lo anterior se producirá en términos más amplios expuesto por CARRILLO SALCEDO “(...) cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige la obligación jurídica internacional de que se trate.”¹¹²⁷. En este caso nos encontramos con la faz pasiva de los derechos derivados de la Soberanía sobre los recursos naturales, en general y de los Recursos Genéticos Naturales, en particular, y la exigencia de legislación, además de otras medidas, que regulen el tema de la División de los beneficios provenientes de los recursos genéticos y sus frutos. Todas estas obligaciones son o están incumplidas.

Puede tratarse de una obligación internacional de comportamiento como de resultado pero ha de estar vigente. Este requisito se cumple plenamente en el caso del artículo 15 al tratarse de obligaciones vigentes desde el número dos al siete como en el número uno en cuanto el derecho amparado genera, conforme a los antecedentes proporcionados, una obligación internacional, es decir, todos los números que constituyen las normas jurídicas del artículo pueden reducirse a obligaciones vigentes. La violación de una obligación internacional imputable a un Estado es un acto ilícito cualquiera sea la fuente de la obligación (convencional, consuetudinaria). Podríamos volver a nuestro esquema diciendo:

<Si existe una obligación internacional interestatal vigente de cualquier origen entonces debe cumplirse. Si no se cumple entonces debe nacer la responsabilidad internacional para el Estado que no cumple.>

1127 CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, op. cit., p.182.

Si llevamos lo anterior al plano de las normas ambientales podemos indicar que:

<Si existe una obligación internacional interestatal ambiental vigente de cualquier origen entonces debe cumplirse. Si no se cumple entonces debe nacer la responsabilidad internacional para el Estado que no cumple.>

Pero si damos un paso más, si se permite, en la materia y observamos cómo se trabaja el tema desde la perspectiva comparada podemos indicar:

<Si existe una obligación internacional interestatal vigente de cualquier origen entonces deben cumplirla todos los Estados en su legislación nacional y en sus actos nacionales. Si no se cumple entonces debe nacer la responsabilidad internacional para el Estado que no cumple.>

Finalmente, corresponde al Orden jurídico interestatal la calificación de la ilicitud de un acto en el caso estableciendo la norma jurídica internacional de ilicitud que puede estar expresamente establecida en un tratado internacional o ser deducida de alguna de las fuentes del Derecho Internacional Público. Las normas internas que amparen el actuar ilícito no tienen cabida en la excusa que se presente por el Estado de su actuar¹¹²⁸.

La consecuencia principal de este ilícito es la reparación del mismo por el Estado que ha incurrido en la ilicitud y se traduce en la obligación de reparar. Dice la Corte:

“[...] lo que constituye ‘reparación en forma adecuada’ claramente varía dependiendo de las circunstancias concretas que rodean cada caso y la naturaleza precisa y ámbito del daño, desde que la pregunta tiene que examinarse desde el punto de vista de cuál es reparación en una forma adecuada ésta corresponde al daño”
(Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgement I.C.J. Reports 2004

1128 CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, op. cit., p. 183.

(I), p. 59, para. 119).¹¹²⁹.

Esta idea de la reparación no sólo se plantea en este caso sino en una serie de otros casos, contenciosos o arbitrales. Esta obligación conlleva dos situaciones diferentes, la reparación del daño y el cese de la situación ilícita. Esta reparación se puede materializar en la satisfacción, la restitución y la indemnización o resarcimiento¹¹³⁰. En este sentido la satisfacción, la restitución y la indemnización son perfectamente factibles respecto de los recursos genéticos, en general y de los Recursos Genéticos Naturales, en particular, así como de sus beneficios por parte del Estado que incurrió en la responsabilidad internacional de carácter ambiental. Así es posible hablar de formas de solucionar el problema de la ilicitud del acto devolviendo el recurso o los recursos genéticos, la información obtenida de los elementos químicos y los beneficios obtenidos y cumplir la reparación por daños causados.

Conclusión

En la materia que nos ocupa una primera conclusión resulta de las palabras y relaciones jurídicas y lógicas efectuadas en el análisis dogmático de la materia, a saber, las normas ambientales internacionales tienen posibilidad de ser protegidas frente a la violación de las mismas y siempre al establecer derechos y obligaciones.

A fin de establecer derechos y obligaciones deben encontrarse con normas jurídicas expresadas imperativamente a través de alguno de los esquemas normativos aplicables.

El esquema lógico kelseniano “si es ‘a’ debe ser ‘b’ y si no es ‘b’ debe ser ‘c’” es utilizado aquí y aplicado a las normas llegando a explicar las normas jurídicas obligatorias.

1129 UNITED NATIONS ORGANIZATION, Case concerning the Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), 20 April 2010, I.C.J., p. 77, para. 274.
1130 CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, op. cit., p. 185.

Así, es posible determinar derechos y obligaciones a fin de aplicarles las normas jurídicas fundadas en el Derecho ambiental internacional, la norma jurídica, su respeto y frente a la falta de cumplimiento la sanción donde además dicha sanción se comete por acciones u omisiones del Estado y las mismas pueden ser cometidas por el Estado como por particulares (cuando el Estado no las previene o reprime) sea en la acción u omisión a los derechos y las obligaciones de este carácter.

Es decir, siempre será una fuente de responsabilidad internacional el no atenerse cualquier sujeto de Derecho Internacional Público y cualquier sujeto de Derecho (persona natural o jurídica) a las normas jurídicas contenidas en el artículo 15 o a la norma jurídica del artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica.

La ejecución de manera errada de los derechos y obligaciones contenidas en el artículo 15 trae como consecuencia la responsabilidad jurídica internacional.

La omisión de rechazar la solicitud de actos de protección jurídicos de Recursos Genéticos Naturales (o sus compuestos derivados) obtenidos con violación de los Derechos soberanos y por consiguiente violación de la Soberanía de un Estado por otro Estado o la omisión de rechazar la solicitud de actos de protección jurídicos de Recursos Genéticos Naturales (o sus compuestos derivados) en violación de la Justicia y Equidad de la División de beneficios derivados de tales recursos o la omisión de sanción a la extracción ilegal en sí genera la respectiva responsabilidad jurídica internacional.

La responsabilidad jurídica internacional se manifestaría en esta materia no sólo por la violación de la norma jurídica internacional sino por la aplicación de la jurisprudencia internacional y de textos considerados hoy día la costumbre jurídica internacional o principios internacionales, caso del texto sobre responsabilidad jurídica internacional referido en diversas oportunidades en esta investigación (“Artículos acerca de la Responsabilidad de los Estados por Actos Internacionales Errados, Segunda

lectura” de 2001).

Nos importa es tanto la aplicación del esquema lógico de las normas jurídicas internacionales como la aplicación de las diversas obligaciones y derechos contenidos en el artículo 15 de la Convención auxilian al razonamiento indicando que la comisión del ilícito internacional en materia de Recursos Genéticos Naturales puede ejercerse por acción u omisión del Estado.

En los casos presentados como ejemplo se manifiesta la mencionada responsabilidad jurídica internacional por incumplimiento de obligaciones, a su vez, derechos internacionales como lo fundamentamos en un estudio del autor HOHFELD y de KELSEN. Más aun, los supuestos en que el Estado puede constituirse como responsable nos indican el efectivo compromiso de las personas naturales o jurídicas en la generación de la responsabilidad internacional del Estado por acciones u omisiones de este último al incumplir obligaciones jurídicas internacionales.

CAPÍTULO VIII

SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS AMBIENTALES INTERNACIONALES CUYO ORIGEN SEA EL ARTÍCULO 15 DE LA CONVENCIÓN SOBRE DIVERSIDAD BIOLÓGICA

Capítulo VIII

Solución de las controversias ambientales internacionales cuyo origen sea el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica

Introducción

Finalmente, en esta investigación corresponde enfrentar el problema de la solución de controversias posibles de suscitarse a propósito de la aplicación a nivel internacional y nacional del artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica¹¹³¹.

Específicamente la Convención sobre Diversidad Biológica, al término de la misma, indica expresamente un artículo dedicado a la solución de controversias¹¹³².

La controversia, conforme al citado artículo, debe sólo tratarse de la interpretación y de aplicación de la Convención. Es por lo expuesto la importancia de determinar la interpretación interna y externa (o de posibles normas no independientes, según KELSEN), en relación a lo dicho anteriormente, la interpretación y aplicación a nivel internacional y nacional, conforme a como hemos analizado en este estudio. Una cuestión es la interpretación internacional de carácter interna o externa (efectuada en esta investigación) y otra es la interpretación nacional interna o externa (desarrollada en esta investigación) y otra es su aplicación internacional así como nacional.

Hemos desarrollado ambas nociones aquí pero sólo a guisa de explicación la determinación del sentido y alcance de una norma jurídica internacional supone sujetos de Derecho Internacional Público (principalmente) u objetos de Derecho Internacional

1131 Es necesario indicar lo que es una controversia internacional. La Corte Internacional de Justicia ha definido lo que es controversia internacional en el caso *Mavromatis en Palestina*:

"Una controversia es un desacuerdo sobre un punto de Derecho o de hecho, una oposición de una tesis jurídicas o de intereses entre dos personas." PASTOR RIDRUEJO, José, op. cit., p. 573.

Se requiere, además, según este Alto Tribunal, que se proceda a determinar dicha controversia de manera objetiva. Dice la Corte Internacional de Justicia:

"Se ha producido, pues, una situación en la que los puntos de vista de las dos partes en cuanto a la ejecución o no ejecución de ciertas obligaciones procedentes de los tratados están claramente en contra.", PASTOR RIDRUEJO, José, op. cit., p. 574.

1132 "Artículo 27. Solución de controversias

1. Si se suscita una controversia entre Partes Contratantes en relación con la interpretación o aplicación del presente Convenio,(...)" ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, op. cit., p. 19, artículo 27; REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., artículo 27.

Público y nacional supone sujetos de Derecho nacionales u objetos de Derecho nacional interpretables de manera diferente en cada Estado. La aplicación por su parte tiene, del mismo modo una manera diferente si es internacional en cuanto la persecución extrajurídica y jurídica así como judicial o extrajudicial puede ser diferente si se opta por uno u otro procedimiento. Del mismo modo la forma o manera de aplicar las normas jurídicas, mirando al artículo 15 podrá ser diferente si se trata de efectuar tal aplicación en el territorio del Estado donde se encuentra el Recurso Genético Natural a aquel donde se pretende proteger los compuestos generados desde el Recurso Genético Natural, el recurso mismo y los alcances territoriales y extraterritoriales de dicha protección (por ejemplo, a consecuencia de la vigencia de tratados).

En este sentido resulta importante considerar el problema de la solución de controversias cuyo origen sea el artículo 15 y, como se ha indicado, debido a alguna acción u omisión de un Estado en la inscripción de un Recurso Genético Natural bajo los derechos soberanos del Estado o de sus modificaciones y derivados, deben ser conocidas por un tribunal y resueltas. Pero hay que mirar con perspectiva este asunto. Así es posible indicar la existencia de controversias nacidas de un acto conforme a Derecho pero cuya interpretación (del artículo 15 de la Convención) no es única entre partes o producto de una acción u omisión cuyo origen es un acto ilícito. Si el asunto fuere nacional, por la aplicación de este artículo como parte de la aplicación de la Convención sobre Diversidad Biológica, nos encontramos en una situación diferente. Según se ha indicado más arriba, los tribunales nacionales conocerán de las controversias debido a la relación Estado con una persona natural o jurídica nacional, del mismo Estado. En este caso no se genera responsabilidad de carácter internacional sino nacional y de corte administrativa.

Soluciones extrajurídicas internacionales y nacionales

Las soluciones extrajurídicas internacionales y nacionales se encuentran básicamente basadas en formas alternativas de solución de conflictos. No son jurídicas, en cuanto el conflicto suscitado necesariamente es resuelto conforme a normas jurídicas sino puede ser y muchas veces es resuelto conforme a medios de negociación empleando estrategias de acuerdo que no tienen a las normas jurídicas y su discusión como elemento central. En pocas palabras, se utiliza el satisfacer las necesidades de las partes (sus pretensiones procesales o materiales) y no, necesariamente los derechos u obligaciones violentadas¹¹³³. En caso alguno no se tiene por objeto explicar cada caso, existen una serie de libros que se pueden consultar sobre esta materia¹¹³⁴.

La Carta de la Organización de Naciones Unidas ha nombrado algunas de dichas formas de solución de conflicto, así menciona la negociación, la investigación, la conciliación y el arbitraje (cuando, en nuestra opinión se aplica la posibilidad que el árbitro no falle necesariamente conforme a Derecho)¹¹³⁵.

Así también el referido artículo 27 de la Convención sobre Diversidad Biológica indica a la negociación como una primera forma de solución de controversias, y en el supuesto de no alcanzar acuerdo a través de la negociación se puede seguir con los “buenos oficios” o la mediación por terceros.

En los casos expuestos, la Convención sobre Diversidad Biológica parte del supuesto que habrá una conversación sobre la materia, al decir de una especialista en arbitraje, “cuando las partes todavía se comunican y no se ladran”¹¹³⁶. Analizaremos estos medios, la negociación, buenos oficios, y arbitraje.

¹¹³³ GUASP, Jaime, Derecho procesal civil, Instituto de Estudio Políticos, Madrid, 1961, 2ª Edición corregida y aumentada, pp. 219-241.

¹¹³⁴ Vid. URY, William, FISHER, Roger y PATTON, Bruce, Si-de acuerdo: Como negociar sin ceder, Bogotá: Santiago de Chile, Norma, 1996.

¹¹³⁵ PASTOR RIDRUEJO, José, José, op. cit., p. 577.

¹¹³⁶ DUCLOS TOPOROWICZ, Nicole, El arbitraje en el siglo XXI, Universidad de Valparaíso, 2011.

Las soluciones extrajurídicas internacionales¹¹³⁷

Las soluciones a conflictos de este tipo tienen diversos medios de solución de conflictos iniciándose con la negociación respecto del “asunto controvertido” (la controversia o el conflicto) que puede ser una cuestión de hecho, por ejemplo, el monto del beneficio a obtener y los demás elementos que puedan confluir en el tema. Entonces se empleará alguno de los métodos que sirvan de ayuda para comprender y ejecutar la negociación¹¹³⁸. En un medio como este no se está discutiendo el problema de los acuerdos antes del Acceso a los recursos genéticos, en general y de los Recursos Genéticos Naturales, en particular, sino el problema de un conflicto que nace después de haberse acordado el Acceso y la manera o forma en que se debe cumplir con los beneficios e inclusive, en caso que el Acceso se haga por medio de un acto ilícito (extracción ilegal). No convierte el acto ilícito en lícito pero tiene la posibilidad de establecer la indemnización de perjuicios además de la devolución de lo obtenido a consecuencia del acto ilícito.

Negociaciones directas (diplomáticas)

Las negociaciones directas de carácter diplomático son la serie de actos informales por medio de los cuales una Parte propone y la contraparte contrapropone solución a un conflicto derivado en este caso de la inobservancia de alguno de los derechos u obligaciones contenidos en el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica¹¹³⁹. Una cuestión fundamental es la disusión de la solución y sea de buena fe,

1137 Las soluciones extra-jurídicas internacionales, además, son no jurisdiccionales. Los rasgos de estas últimas es la libertad para aceptar o rechazar la solución mientras no se hubiere formalizado jurídicamente, por ejemplo, a través de un tratado internacional. La solución necesariamente debe plasmarse en un acuerdo internacional obligatorio. Los elementos de “oportunidad política” pueden tener fuerte influencia en el acuerdo. PASTOR RIDRUEJO, Juan, op. cit., p. 592.

1138 Cfr. URY, William, FISHER, Roger y PATTON, Bruce, op. cit.

1139 El profesor Pastor indica que es algo común encontrarse con cláusulas en el tratado con el objeto de poder lograr evitar otras formas más complejas de solución de conflictos, en que se establece como primer medio de solución las negociaciones diplomáticas. PASTOR RIDRUEJO, Juan, op. cit., p. 593. Estas cláusulas permiten delimitar el objeto de la controversia y la apreciación del cumplimiento e incumplimiento de las cláusulas y dicha determinación es un asunto de hecho. PASTOR RIDRUEJO, Juan, op. cit., p. 593. Consiste en celebrar consultas, procurar solución, intercambiar opiniones en el menor tiempo y algunos indican que en con la Organización de Naciones Unidas tales actos devendrían no sólo obligaciones por la cláusula indicada sino porque se habría generado una costumbre jurídica internacional pública pero aquello ha sido rechazado por la Corte Internacional de Justicia PASTOR RIDRUEJO, Juan, op. cit., pp. 593-594.

aunque parezca extraño, que produzca resultados pero no contiene el entendimiento entre ellas¹¹⁴⁰. Por consiguiente, un país no podría sostener que no ha cometido un ilícito si hubiere otorgado protección jurídica a la solicitud sobre un Recurso Genético Natural o sus derivados, supuesto que fuere parte de la Convención y se reclame ante el tribunal que habrá de conocer del asunto por la imposibilidad de haber llegado a acuerdo en las negociaciones.

La mediación internacional

Pueden arbitrarse otros medios de carácter alternativo e informal de solución de controversias internacionales como la mediación. La mediación consiste en contar con un tercero al conflicto que auxilie en la solución de controversias a través del acercamiento de las partes a partir de una determinada solución del mismo expresada en la posición que toma el tercero respecto del asunto controvertido¹¹⁴¹, por ejemplo, la determinación del porcentaje que podría ser base del arreglo, es decir, intercesión entre contendores. En el caso de marras, lograr que los Estados que contienden procedan a encontrar solución a sus problemas.

Buenos Oficios

Finalmente aunque no necesariamente en este orden, podemos indicar, conforme al artículo 27, que siempre caben lo “buenos oficios”, actos por medio de los cuales se pretende que las partes, con la ayuda de un tercero, clarifiquen posiciones o al menos clarifiquen intereses a fin de entrar en contacto e inicien negociaciones diplomáticas pudiendo, por ejemplo, determinar el grado de satisfacción en la División de

1140 PASTOR RIDRUEJO, Juan, op. cit., pp. 595. Sin embargo, es necesario adelantar que no podría plantearse objeción permanente y posición inmodificable, PASTOR RIDRUEJO, Juan, op. cit., pp. 595.

1141 PASTOR RIDRUEJO, Juan, op. cit., pp. 595

beneficios¹¹⁴². Esta forma de solución de controversias supone no opinar sobre el asunto controvertido, su labor es acercar a las partes como un conciliador. En el caso que nos ocupa, la situación muy particular, podemos apuntar a vía de ejemplo los problemas que se pueden plantear entre dos Estados frente a la inscripción y protección de la propiedad industrial derivada de los compuestos obtenidos de recursos genéticos cuando los mismos han sido incorporados a la protección de la propiedad industrial a través de patentes. En dicho caso la solicitud de parte de un Estado puede ser satisfecha a través de la cancelación de la patente por medio de los buenos oficios o explicaciones del fundamento de tal solicitud de parte de un tercer Estado o de alguna autoridad que posee el ascendiente necesario para poder influir en tal consecuencia. Así se evita la posibilidad de procedimientos de más larga duración y costo.

La Conciliación

Este es un “medio de solución de controversias internacionales caracterizado por la intervención de un tercero imparcial-la comisión de conciliación-al que se somete el examen de todos los elementos de la controversia-investigación de los hechos, reglas aplicables de Derecho Internacional Público, factores de oportunidad política-para que proponga una solución-materializada en un informe-sobre la base de aquellos elementos; propuesta que no es vinculante para las partes.”¹¹⁴³.

En la Convención sobre Diversidad Biológica es posible que pudiere ejecutarse una conciliación como medio de solución de controversia pero por una cuestión procedimental derivada de la voluntad de las partes por cuanto si no hubiere el Estado que tiene controversia con otros Estado establecido el arbitraje como medio de solución

1142 “1. Si se suscita una controversia entre Partes Contratantes en relación con la interpretación o aplicación del presente Convenio, las Partes interesadas tratarán de resolverla mediante negociación.

2. Si las Partes interesadas no pueden llegar a un acuerdo mediante negociación, podrán solicitar conjuntamente los buenos oficios o la mediación de una tercera parte.” ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, op. cit., p. 19, artículo 27; REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., artículo 27. PASTOR RIDRUEJO, Juan, op. cit., pp. 595.

1143 PASTOR RIDRUEJO, Juan, op. cit., pp. 597-598.

de controversia o un medio judicial de solución de la misma (Corte Internacional de Justicia) y ocurriere lo mismo con la contraparte o uno hubiere escogido un medio de solución y el otro ninguno o uno que no es el mismo que el del primer Estado, o viceversa, el número 4 del artículo 27 que establece la conciliación como forma de resolución de controversias de acuerdo a un procedimiento que se indica en el mismo texto contenido en un anexo a la Convención no tendría aplicación.

Es necesario tener presente la inexistente o imposible solución al patentamiento de Recursos Genéticos Naturales a través de arbitraje o recurso ante la Corte Internacional de Justicia o habiendo escogido uno por una parte la otra hubiere escogido la otra o ninguna, entonces se aplica la conciliación¹¹⁴⁴.

El arbitraje en sus diversas expresiones

Finalmente presentamos el arbitraje, medio contemplado en la Convención sobre Diversidad Biológica. El arbitraje internacional público “tiene por objeto arreglar los litigios entre los Estados mediante jueces por ellos elegidos y sobre la base del respeto al Derecho.”¹¹⁴⁵.

El profesor PASTOR RIDRUEJO habla de un sistema jurisdiccional. Sin embargo, no son todas las posibles formas de arbitraje. El arbitraje puede ser carente de forma, las partes pueden llegar a un acuerdo de no establecer procedimiento ni reglas para la sentencia con lo cual al arbitrador o al tribunal de arbitraje se le da absoluta libertad pudiendo encontrar solución a través de los medios indicados anteriormente. En el procedimiento el arbitraje carece de forma y, por consiguiente, puede llegarse a una solución no jurisdiccional basada en una norma jurídica internacional, es decir, una solución jurídica.

1144 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, op. cit., p. 19, artículo 27 párrafo 4; REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., artículo 27 párrafo 4.

1145 PASTOR RIDRUEJO, Juan, op. cit., p. 603.

Las características de este arbitraje es que es interestatal¹¹⁴⁶, con un tercero imparcial, voluntariedad como fundamento de la competencia, contradictoriedad o bilateralidad de la instancia, sentencia conforme a Derecho¹¹⁴⁷ en los casos que así corresponda, la Equidad o la decisión del tribunal sin fundamento, por la mera decisión. Institucionalmente, el tercero imparcial soluciona el asunto de manera puntual, ad-hoc¹¹⁴⁸. En la tipología es posible encontrar arbitrajes de Jefes de Estados, de tribunales o de jueces o de un tribunal arbitral¹¹⁴⁹.

Podría recurrirse al Tribunal Permanente de Arbitraje Internacional (con sede en La Haya, Holanda) y si bien las partes pueden determinar el carácter del órgano, identidad del árbitro (s), modo de nombramiento, reglas de procedimiento¹¹⁵⁰ pero no en cuanto al Derecho aplicable, éste es la Convención sobre la Diversidad Biológica y el Derecho Internacional Público. La sentencia es obligatoria para las partes¹¹⁵¹.

El arbitraje, sin embargo, respecto de la Convención sobre Diversidad Biológica, tiene una característica. La misma hace que el arbitraje pueda o no ejecutarse respecto de un conflicto en la interpretación o aplicación de la misma. En efecto, el artículo 27 número tres indica que al ratificarse, aprobar o adherirse a la Convención, el Estado en dicha calidad “o en cualquier momento posterior” frente a la imposibilidad de solución por los medios descritos (negociación, buenos oficios, mediación), acepta uno de los medios o ambos medios de solución de controversias, en lo que nos ocupa, el arbitraje¹¹⁵². Necesariamente, entonces, llegamos a la conclusión que el recurso al arbitraje queda completamente a la voluntad de las partes y pueden sencillamente ser

1146 PASTOR RIDRUEJO, Juan, op. cit., p. 603.

1147 PASTOR RIDRUEJO, Juan, op. cit., p. 601.

1148 PASTOR RIDRUEJO, Juan, op. cit., p. 601.

1149 PASTOR RIDRUEJO, Juan, op. cit., p. 604

1150 PASTOR RIDRUEJO, Juan, op. cit., p. 606

1151 PASTOR RIDRUEJO, Juan, op. cit., p. 608.

1152 “3. Al ratificar, aceptar, aprobar el presente Convenio, o al adherirse a él, o en cualquier momento posterior, un Estado o una organización de integración económica regional podrá declarar, por comunicación escrita enviada al Depositario, que en el caso de una controversia no resuelta de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 o en el párrafo 2 del presente artículo, acepta uno de los dos medios de solución de controversias que se indican a continuación, reconociendo su carácter obligatorio:

a) Arbitraje de conformidad con el procedimiento establecido en la parte 1 del anexo II;(…)”. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, op. cit., p. 19, artículo 27; REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., artículo 27.

obviadas porque no es obligatorio tal recurso.

Las soluciones extrajurídicas nacionales

Las soluciones extrajurídicas nacionales dependerán del Derecho donde se presente la controversia considerando que la protección jurídica a un Compuesto Derivado, a un Recurso Genético Natural o a un Compuesto Original u otro tipo de compuesto que provenga de un Recurso Genético Natural dice estricta relación con los derechos soberanos a ejercerse en un Orden Jurídico que es el mismo en que se originó el conflicto con una extracción ilegal o de una de las partes donde se solicita mediante un acto jurídico la protección de tales recursos o de los compuestos de tales recursos o de los Compuestos Derivados, violándose las normas jurídicas internacionales sobre reparto de beneficios de manera equitativa.

Estas formas de solución alternativa dependerán de la estructura jurídica de cada país y si para el asunto controvertido, violación de los derechos soberanos de un Estado, sea aquel ante el cual se plantea el asunto u otro donde se otorga la protección, es posible ejecutar cualquiera de los diferentes medios, negociación, buenos oficios, mediación, conciliación u otro. Es necesario indicar que resulta difícil, por la estructura del derecho violentado, que pudiere llegarse a una solución extrajurídica por cuanto supondría que son derechos disponibles, cuando no lo son. Pero ello, la disponibilidad, lo hemos discutido en otro lugar.

Solución del conflicto por medio de la decisión de la Corte Internacional de Justicia

Este tribunal es “un órgano principal de las Naciones Unidas, según los artículos

7 y 92 de la Carta, y su Estatuto forma parte integrante de ella.”¹¹⁵³. No nos ocuparemos aquí, acerca del procedimiento pero cualquiera de los conflictos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención puede ser sometido a la decisión de este tribunal. No cabe dudas, sin embargo, que se requiere, al menos en lo que a la Convención se refiere, que ambas partes hayan aceptado expresamente conforme al artículo 27 número tres, la solución de controversias sometiéndolos al tribunal¹¹⁵⁴.

Respecto de las soluciones jurídicas de carácter nacional respecto del patentamiento o no debemos distinguir si la misma es en sede administrativa o jurisdiccional. Si es en sede administrativa habrá que estarse a las normas jurídicas que permitan al ente administrativo que concedió la protección de la propiedad industrial la revocación del respectivo derecho industrial, cuestión no exenta de discusión en algunos países porque si tal revocación se ejecuta debe indicarse los fundamentos de la misma. La razón de dicha fundamentación en la cual se dicta una resolución que priva de un derecho a alguien se encuentra en que una persona puede reclamar la indemnización por la pérdida de un derecho dado que podría considerarse una expropiación. Como es el mismo órgano administrativo que concedió este derecho el que lo revoca en virtud de antecedentes y ejercicio de derechos que son anteriores a los del solicitante la justificación se requiere para que no exista reclamo por la indemnización de perjuicios correspondiente.

Respecto de la solución jurisdiccional es necesario indicar que la misma es posible si y sólo si nos encontramos con que los Tribunales de Justicia del país donde habrá de reclamarse así como la legislación de dicho país admite el derecho a la jurisdicción por un Estado extranjero reclamando sus derechos soberanos sobre los recursos naturales. El problema expuesto también, no es una cuestión sencilla de

1153 PASTOR RIDRUEJO, Juan, op. cit., p. 612.

1154 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, op. cit., p. 19, artículo 27; REPÚBLICA DE CHILE, op. cit., artículo 27.

solucionar debido a que no todos los países tienen normas jurídicas que así lo admitan y por consiguiente una demanda por cancelación de los derechos correspondientes sobre los recursos genéticos, en general, y de los Recursos Genéticos Naturales, en particular, supuesto que sea el tribunal competente en todos los elementos de la jurisdicción podría ser rechazada *in limine litis* debido a la ausencia de jurisdicción porque el Orden Jurídico del Estado del cual depende dicho tribunal no contempla la solución de dicha controversia en razón de tratarse de un acto estatal en su propio territorio.

Es cierto que la extraterritorialidad y la universalidad (como principios jurisdiccionales) en diversas áreas del Derecho ha ganado terreno y siendo el Estado el representante de la Nación tiene el deber de defender los Derechos humanos individuales y colectivos pero no depende del Estado que solicita la protección de la jurisdicción en otro Orden jurídico (nacional) que dicha protección le sea concedida sino depende de ese mismo Orden Jurídico donde ejerce su derecho de acción, es decir, el derecho a la jurisdicción.

Conclusiones

La aplicación de las normas jurídicas contenidas en la Convención sobre Diversidad Biológica y sobre el Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio nos permite concluir que las posibles formas o los posibles procedimientos de solución de controversias sólo se contemplan a nivel internacional y saber de la existencia de pluralidad de regulaciones sobre un solo objeto aunque dicha pluralidad es aparente como lo hemos expresado en el capítulo III.

Resulta, sin embargo muy fáciles los conflictos entre normas jurídicas, interpretación y aplicación así como respecto de la Convención en sí y su sentido y alcance. Las formas de solución de las controversias aquí descritas se adecuan tanto al

primer como al segundo supuesto, conflictos *inter* tratados o *intra* tratados.

En ambos casos existen diversas soluciones a las posibles controversias suscitadas entre Estados y entre tratados.

La apariencia de conflicto se debe a los derechos soberanos sobre los Recursos Genéticos Naturales porque se ejercen sobre un objeto jurídico sólo transferible de un sujeto a ciertos procedimientos ejercidos por el titular de dichos derechos y no por un tercer Estado en razón de una solicitud de patentes u otra forma de protección de la propiedad intelectual e industrial. Si se determina la licitud de la transferencia la discusión o conflicto no tendría sentido porque se provocaría una reacción a los supuestos de hecho de la norma jurídica, del artículo 15 donde la segunda norma jurídica, la relativa a la Constitución de un derecho sobre los compuestos de los Recursos Genéticos Naturales tendría plena aplicación. El problema podría suscitarse en cualquiera de las posibles interpretaciones de la norma jurídica cuando no se hubiere obtenido el Recurso Genético Natural de manera lícita, o cualquier otra ocurrida en el devenir o sencillamente lo obtenido no regula la División de los beneficios equitativa y justamente.

Es por eso nuestra afirmación, tanto las soluciones en el Derecho Internacional Público derivadas del artículo 27 de la Convención sobre Diversidad Biológica como las soluciones posibles dentro del Orden jurídico nacional o Derecho Nacional deberán acomodarse a las normas jurídicas básicas en esta materia, como indicáramos, los derechos derivados de la Soberanía del Estado y de la determinación previa de lo “justo y equitativo” o de la necesaria aplicación del número siete del artículo 15 de la Convención.

Este problema aparente es derivado de una situación muy especial discutido en el tema de la regulación jurídica de los Recursos Genéticos Naturales, la pluralidad de

regulaciones.

Este fenómeno jurídico tiene mucha similitud en su razonamiento más no en su fundamento a la laguna jurídica porque si bien hay regulación la cantidad de las mismas, más de una, lleva necesariamente a preguntarse acerca de la efectividad de dicha regulación, en palabras de KELSEN, y a buscar un criterio o un derecho o norma jurídica, para dilucidar la regulación de todo el resto del resto del Orden jurídico.

En este caso, como se observa en este estudio, cada uno de los medios de solución de controversias, jurídicos o no, tendrían que considerar como base al artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica.

Como es lógico, el tribunal no podría sino considerar la aplicación de las normas jurídicas internacionales no sólo es internacional sino *intra* nacional, es decir, en el país mismo. El Derecho material violado que genere la solicitud de jurisdicción se encuentra en un relación jurídica donde el derecho derivado de la soberanía podría haberse violentado producto de un hecho contrario a los requisitos por el artículo 15 de la Convención o en alguno de los requisitos de aplicación nacional indicándose la aplicación nacional de la equidad y de la justicia. El ilícito puede ser por acción en el primer caso, extracción ilegal, u omisión, ausencia de castigo a la persona violadora del derecho de otro Estado, o por acción, regulación en un tratado, contrato público sobre los recursos o autorización administrativa de la equidad y de la justicia como criterios de División de los beneficios de tales recursos y su negativa a cumplirlos o ausencia de regulación por haberse violentado los derechos del Estado o sencillamente la obtención de protección jurídica a través de alguno de los títulos de la propiedad industrial sin ser rechazada la solicitud por violación de los derechos mencionados o se garanticen tales derechos.

Sin embargo, la política puede tener gran injerencia en esta materia alterando

dicha aplicación, pero, eso, no es Ciencia Jurídica.

CONCLUSIONES

Conclusiones

Introducción

Es posible señalar diversas conclusiones tras esta investigación expuesta en páginas anteriores. Tales conclusiones derivan de cada uno de los capítulos que, a su vez, tienen como fundamento lo analizado abstracta y concretamente (la norma jurídica misma, el Orden jurídico, su interpretación y aplicación) aunque una primera, afirmamos: la teoría del jurista austriaco Hans Kelsen, posee plena vigencia, no sólo en la aplicación a la norma jurídica analizada, el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica, sino, es fuente para la Teoría del Derecho, es decir, en base fundamental no sólo de una Cátedra universitaria sino en la generación de una disciplina cuyo objeto es analizar al Derecho como es, actualmente¹¹⁵⁵.

El Derecho es entendido, conforme a este autor, como conjunto de normas provenientes del Estado y, en un plano político, significan un esfuerzo por lograr la limitación del actuar omnímodo, ausente de formalidad y voluntarista, como podríamos suponer existente en regímenes autoritarios concluidos en la Europa de la Primera Guerra Mundial.

La forma de entender el Derecho como una norma jurídica tiene desde ese momento una fórmula diferente, es decir, el Derecho es determinado por la norma jurídica y corresponde, desde ese momento, discutir la forma o configuración de dicha norma así como su conjunto, el Orden jurídico pero no discutir su existencia conceptual. Aun más decisivo, la norma jurídica se opone a la voluntad omnímoda y es la voluntad de la norma jurídica (con una generación incierta, sometida todavía a regímenes autoritarios, cierto) pero norma jurídica al fin y al cabo, obligatoria y hace de

1155 Además de los textos críticos a Kelsen expuestos en los inicios véase la excelente obra de RODRIGUEZ PANIAGUA, José María, Historia del pensamiento jurídico, Tomo II, Universidad Complutense-Facultad de Derecho, Madrid, 1992, pp.585-598 particularmente lo relativo a la fundamentación del Orden jurídico en el Derecho. Los posibles cambios o puntos de vista de Kelsen en VILLAR BORDA, Luis, Presentación, en PAULSON, Stanley, Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 15 y en la misma obra de PAULSON, cfr. PAULSON, Stanley, Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen, op. cit., pp. 22-23.

gobernantes y gobernados los que deben ordenar a través de la norma jurídica.

Un paso más se plantea desde el Derecho público, internacional y constitucional. Desde el primero, las normas jurídicas internacionales obligan a los Estados y desde el segundo las constituciones, leyes fundamentales de Órdenes jurídicos nacionales, deberán considerar tales norma jurídicas internacionales incorporándolas a su Orden jurídico interno a fin de cumplir con las normas jurídicas internacionales y, del mismo modo, hacerlas cumplir o incurrir en incumplimiento y la correspondiente Responsabilidad internacional. Lo expresado en líneas anteriores no es sólo derivable de la “Teoría Pura” de KELSEN sino de la evolución del Derecho público en el siglo XX. Es más, las soluciones jurídicas internacionales de carácter jurisdiccional han expresado tal conclusión en una orientación similar.

La Soberanía, uno de los conceptos analizados en esta tesis, y la Justicia y la Equidad, son un conjunto de normas jurídicas cuyo objeto es lograr fijar los requisitos mínimos para el Acceso a los Recursos Genéticos Naturales y el fundamento de lo “justo” y “equitativo” en la División de los benéficos de Recursos Genéticos Naturales.

La Justicia y la Equidad son conceptos, en la concepción kelseniana, propios de la moral y de carácter subjetivo pero, afirmamos, la inclusión de los mismos en una norma jurídica y su obligación de aplicación junto a los derechos y obligaciones generadores de la posibilidad de cumplimiento de dichas obligaciones sin considerar los derechos soberanos (en el caso de haberse transferido los recursos) y el respeto a los derechos del Estado en cuyo territorio tiene origen el recurso, ha sido objeto de análisis central en esta tesis doctoral.

El Derecho, por tanto, es un fenómeno complejo pero en las explicaciones y sobre los hombros de un maestro como KELSEN, se hace fácil. Sin duda es norma jurídica y Orden jurídico lo entendido por Derecho.

La norma jurídica (artículo 15 en sus números uno y siete de la Convención sobre Diversidad Biológica) nos ha permitido interpretarla internamente y externamente y es la llamada a auxiliarnos en la comprensión del Derecho objetivo sobre el Acceso y la Soberanía sobre Recursos Genéticos Naturales. Del mismo modo, nos auxilia con la comprensión de la División o participación en los beneficios de la utilización de tales recursos.

Nuestra hipótesis se ve confirmada, la ausencia de cumplimiento de los derechos soberanos conlleva la injusticia e inequidad y la situación inversa provoca el incumplimiento de los derechos soberanos.

Además, esta norma jurídica es la única y obligatoria para los Estados, cumpliendo ella los requisitos del Derecho ambiental así como del Derecho Internacional Público, en general, y del Derecho en cuanto a lograr regular interestatalmente y de manera adecuada el Acceso y la División Equitativa de Beneficios.

Lo anterior nos auxilia y ha auxiliado para determinar lo que sigue: cualquier interpretación contraria al ingreso de Estados para el ejercicio de investigación sobre los mencionados recursos o de personas accediendo conforme a las normas jurídicas estatales, es contrario a Derecho, conlleva Responsabilidad internacional, y, puede ser sancionado a nivel internacional (el Estado que ampara), a nivel nacional (la persona ejecutante del acto ilícito).

Sin embargo, también existe una relación entre Soberanía y Acceso así como los derechos derivables con la Justicia y Equidad en la División de los beneficios, a saber, si es lícita la primera (Soberanía así como el Acceso) es un primer paso para la Justicia y la Equidad de la División de los beneficios derivados de los recursos estudiados.

No obstante, la Justicia debe ser distributiva, retributiva o procedimental, y es

posible determinar el ser y configurar Equidad o Justicia.

Asimismo, la relación con otras normas jurídicas como las relativas a las normas jurídicas de la propiedad intelectual podría generar un Abuso del Derecho, sancionado conforme a la primera interpretación, interna, pero siempre de diferente naturaleza, es decir, las normas jurídicas relacionadas al Acceso y la División equitativa y justa de los beneficios no sólo son diferentes en su esencia sino priman para regular materias de importancia común y tienen el carácter de superiores por responder a principios jurídicos, razonamientos jurídicos, de mayor envergadura, además, las propias normas jurídicas internacionales sobre propiedad intelectual responden a la distinción entre normas jurídicas públicas-privadas, abandonadas hace mucho tiempo, con lo cual las colocan, al menos lógicamente, en un plano de inferioridad frente a las normas jurídicas internacionales relacionadas al medio ambiente.

El Orden jurídico ambiental, sin embargo, alcanza un punto culmine al discutirse el problema de la Soberanía y el reparto de los beneficios equitativamente al exigirse al máximo al mismo. Es éste quien debe proporcionar los elementos básicos para poder entender cómo lograr entender la interpretación interna y externa logrando el equilibrio de no traspasar los límites lógicos del razonamiento jurídico y proporcionando los fundamentos de la interpretación en la Teoría del Derecho entregándole nuevas luces al proceso interpretativo del Derecho.

En las conclusiones, podemos apuntar como distinción necesaria conclusiones intrínsecas y extrínsecas a la tesis, intrínsecas en cuanto se refieren exclusivamente a la norma jurídico producto de la interpretación del artículo 15 (conceptos e hipótesis y problemas así como preguntas) y otras de carácter extrínsecas producto de la relación de este artículo con artículos de otros textos internacionales así como la aplicación de dichas normas jurídicas obligatorias.

Resulta muy interesante la “Teoría del derecho en puridad”, una traducción más acertada de la obra cumbre de KELSEN, citada en este texto, se aplique al artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica, particularmente a la obligación jurídica de Justicia y Equidad.

Si bien KELSEN rechaza a la moral como parte dentro del derecho, y desdeña la noción de Justicia y Equidad de manera objetiva, no rechaza la posibilidad de su estudio dándole bríos a su análisis, su interpretación, aplicando categorías posibles de ser entendidas en la determinación de los beneficios derivados de la utilización de los Recursos Genéticos Naturales y así determinar la Justicia y la Equidad de la División así como los elementos fundamentales de dicha determinación y pueden ser entendibles a los científicos jurídicos y a quienes practican el Derecho.

Conclusiones destacables

Es un hecho, las conclusiones extrínsecas indican como primer logro la comprensión del fenómeno interpretativo internacional y de aplicación nacional donde diversos países pueden, debido a sus propias legislaciones, consignar la diferente aplicación las normas internacionales.

Este proceso constituye la confirmación de una tesis de Hans KELSEN donde la generación de una norma jurídica implica la interpretación y aplicación de la antedicha norma jurídica obligatoria requiere o tiene, como causa eficiente, a la norma jurídica interpretadora y aplicadora de la tal norma jurídica.

Entre las conclusiones a consignarse, es dable indicar que la violación de una norma jurídica internacional, el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica, trae como consecuencia, siempre, la responsabilidad internacional sea el ilícito atípico cometido por una persona natural, jurídica nacional o extranjera o persona

jurídica internacional, sea cometidas en el país de origen del Recurso Genético Natural o sea en el país donde se materializa la respectiva protección jurídica sobre el fundamento de un objeto ilícito.

Conclusiones derivadas de la norma jurídica misma y su interpretación

El artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica tiene como elemento fundamental la dualidad derechos y obligaciones como elementos intrínsecos para la configuración de cada una de las normas jurídicas constitutivas de este artículo.

El mismo viene a formular la dualidad derecho-obligación en conformidad a las normas internacionales sobre la materia en cuanto la doctrina y la jurisprudencia internacional han mantenido a las normas jurídicas internacionales conteniendo derechos y obligaciones. Esta ha sido además la opinión en el ámbito del Derecho ambiental.

Así, también es posible encontrar en el Derecho ambiental opiniones sustentadoras de la existencia de derechos obligaciones derivadas de normas jurídicas internacionales.

Carecería este problema de mayor fundamento para ser discutido porque deberían ser claros derechos y obligaciones pero no resulta claro si los sujetos de Derecho Internacional Público así como los sujetos de Derecho ambiental poseen conocimiento de tales derechos y obligaciones.

Es por eso la afirmación en esta tesis de ser sujetos de los derechos y obligaciones contenidas en las conclusiones incorporadas en esta tesis, los sujetos de Derecho Internacional Público y, por otra parte, las personas jurídicas o naturales serían consideradas por las normas, al menos en el caso de esta tesis, cuando el Estado, en uso de su Soberanía y de la “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” establece obligaciones para personas naturales o jurídicas cualquiera sea su origen a fin de

acceder a los recursos genéticos o dividir los beneficios provenientes de los mismos.

El término Soberanía ha sido usado de manera de entenderla desde un punto de vista jurídico como conjunto de normas jurídicas aplicables nacional e internacionalmente por el Estado para mantener la integridad ambiental y patrimonial del Estado aunque es propia de la integridad del Estado mismo. Aun así, la noción de Soberanía puede entenderse como Poder del Estado para mantener la integridad ambiental de un territorio donde se ejerce tal poder, como la necesidad de entender este concepto a través de la permanencia en el tiempo sobre los recursos naturales, es decir, medios económicos pero cuya tipificación jurídica los representa como parte de la naturaleza y, por consiguiente, como parte del Medio Ambiente. Finalmente la Soberanía, como concepto, es aplicable a los recursos naturales teniendo como objeto los genes de plantas, animales y microorganismos donde nuevamente el Derecho como Orden jurídico regula esta materia de manera de tipificar la regulación jurídica de la institución indicando la protección de este componente del ámbito medioambiental.

Otra conclusión, derivable de la anterior, es toda obligación y derecho proveniente de este artículo debe interpretarse y aplicarse en cada Estado Parte y en la legislación ambiental nacional de cada país.

En este sentido, un Estado Parte receptor de recursos genéticos, en general, y los Recursos Genéticos Naturales, en particular, por ejemplo Holanda, tiene la obligación de establecer legislación en el país aplicando una División equitativa de los beneficios de los Recursos Genéticos Naturales cuando éstos pertenezcan a cualquier otro Estado Parte, inclusive, impidiendo la entrega del título de propiedad correspondiente a las obtenciones biotecnológicas de cualquier carácter, según la legislación nacional, si hay un vicio en la obtención de tales recursos violando la Soberanía del Estado de origen de los mismos.

Esta conclusión se fundamenta en la historia de la Convención sobre Diversidad Biológica, particularmente la historia del artículo 15 de la misma y cuya redacción refleja esta opción. El artículo obviamente fue producto de la satisfacción de diversos intereses no analizados aquí porque esta es una tesis de carácter jurídica no sociológica y dejaremos tales planteamientos para quienes se interesen en ellos.

La redacción del artículo claramente indica la voluntad de preservar la Soberanía sobre los recursos, la regulación de las relaciones inter-soberanas, la regulación *intra-soberana* de la División de beneficios donde todo Estado Parte debe redactar las normas jurídicas correspondientes y, finalmente, la existencia de determinación de beneficios inter-soberana sobre la base de un acuerdo donde puede o no aceptar, el Estado de origen de los recursos o el Estado aportante, las condiciones propuestas en base al consentimiento cuya constancia se deja en estas líneas. Dicho arreglo puede tomar la modalidad de un tratado internacional, de una norma incluida en un tratado internacional e inclusive un contrato internacional.

En este sentido es necesario reafirmar el origen de la “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” en el concepto de “Soberanía” y hunde sus raíces en las profundidades del concepto de Estado, el sujeto del Derecho Internacional Público por antonomasia y, a la vez, es el encargado, a nivel nacional de regular el Medio Ambiente teniendo, en tercer lugar y ligado a este tema, el deber de regular lo relativo a los aspectos más relevantes incluidos en la División equitativa de los beneficios provenientes de los recursos genéticos.

El concepto de “Soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos” es muy antiguo, a saber, se manifiesta desde el siglo XVI con MAQUIAVELO en “El Príncipe” y posee luego manifestación en otros autores, BODINO, HOBBS. Todos lo señalan como un concepto relacionado con la riqueza financiera y luego con las

riquezas naturales, es decir, primero con el comercio y luego se refieren a las riquezas provenientes de la naturaleza como sinónimo de medio ambiente, donde el agua, la tierra y otros recursos como el oro o la plata son de importancia suma.

Lo anterior recuerda a lo expuesto por el profesor Carlos PETIT en el programa de doctorado de 2009 en donde se destacaba a un comerciante, amigo de franceses derrotados en una batalla en España, ordenaba este comerciante se entregara avituallamiento, sin duda, la riqueza de este comerciante en dicha época, constituida por productos agrícolas. Pues bien, si bien la riqueza del comerciante se muestra en las vituallas donadas, las riquezas del Estado se muestra en los recursos detentados y si en el primer caso se observa al derecho de propiedad como el supuesto jurídico, la norma jurídica permite al comerciante el donar, en el segundo supuesto, la Soberanía permite al Estado establecer los requisitos al Acceso a dichos recursos así como la Soberanía y no sólo la Justicia y la Equidad los fundamentos para el rechazo a cualquier protección jurídica a peticiones donde se busca la protección de descubrimientos obtenidos de dichos recursos sin permiso del Estado.

Este concepto, “Soberanía permanente de los Estados sobre los recursos” en general y “recursos naturales”, en particular, se manifiesta en derechos, a exponer más abajo, referidos al control jurídico del recurso y a su transferencia jurídica, si y, sólo si, se autoriza por un debido representante del Estado con los antecedentes y requisitos para cumplir dicha función amparando tanto a lo principal como a lo accesorio: los frutos producidos por el recurso genético.

Los derechos y su contraparte, las obligaciones, derivadas de la “Soberanía Permanente de los Estados” permiten exigir a otros Estados la reparación por el daño de la transgresión de las normas de “Soberanía Permanente de los Estados sobre los recursos naturales” logrando retrotraigan los efectos jurídicos hasta antes de la violación

de la norma jurídica.

Los derechos referidos tienen diferentes sentidos. Así un mismo derecho puede tener diversas significaciones pero se han distinguido los derechos expresamente incluidos en el artículo 15 de otros derivados de otras normas provenientes de momentos anteriores y textos jurídicos obligatorios anteriores. Las obligaciones correspondientes se incluyen, igualmente aunque no corresponden unos con otros. Tales derechos brevemente son:

- 1.- Derechos soberanos sobre los recursos naturales, en particular, recursos genéticos contemplados o no en el artículo 15
- 2.- Derecho de determinar las normas sobre el Acceso
- 3.- Derecho a determinar las modalidades o requisitos para obtener el Acceso
- 4.- Derecho a establecer requisitos mínimos para determinar el Acceso a los recursos genéticos
- 5.- Derecho a exigir por la vía judicial internacional o nacional los derechos conculcados y a exigir la responsabilidad de los Estados amparando a los conculcadores.

Las obligaciones a su vez son:

- 1.- La obligación de respetar la “Soberanía sobre los recursos naturales”
- 2.- La obligación de poder acceder a través de acuerdos mutuamente aceptados
- 3.- La obligación de poder acceder considerando sólo el Consentimiento Informado Previo
- 4.- La obligación de dictar normativa conteniendo la regulación de un reparto equitativo de los beneficios derivados de la utilización de los Recursos Genéticos Naturales aun en países desarrollados
- 5.- La obligación de llegar a acuerdos entre Estados si se desea repartir los

beneficios de los Recursos Genéticos Naturales

La “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” trae como consecuencia a los Estados, titulares de esta característica atribuidos a ellos y de los derechos y obligaciones reconocidos, el “control” sobre los recursos. Este concepto, “control” es un concepto resultante de carácter sociológico o propio de las políticas públicas. Implica el Estado al autorizar jurídica y materialmente y puede en cualquier momento poner fin a la autorización, si así lo determina, sin derecho a indemnización alguna por el que ha obtenido el Acceso. En otras palabras, se está sujeto a estándares más altos en el cumplimiento de los requisitos de Acceso por el solicitante dentro del territorio del Estado a fin de ejecutar actividades con recursos propios del Estado.

Otra conclusión no menos relevante, el balance entre Acceso y “control” de los Recursos Genéticos Naturales se relaciona con la “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales”, en este caso, genéticos. Este concepto es el cual permite determinar el sentido y alcance del permiso a obtener para el Acceso y los actos jurídicos y las expresiones materiales de dichos actos a través de la aplicación de la norma por los agentes gubernamentales a fin de impedir el ingreso al territorio donde se encuentre el Recurso Genético Natural o la extracción del mismo o, en su caso, la salida del mismo de manera legal. Lo dicho trae, como consecuencia, la extracción ilegal del recurso se encuentra enfrentado a convertir todo otro acto posteriormente derivado de la primera ilegalidad en ilegal.

La solución a la ilegalidad de la extracción de los Recursos Genéticos Naturales es posible de ser alcanzada, de acuerdo al artículo 15, efectuando actividades como tratados internacionales entre el Estado accesante (sus representantes) y el Estado accesado (sus representantes). Así, también es posible pensar en el caso del Acceso interno, no de Estado a Estado sino de persona natural o jurídica privada a Estado, debe

cumplirse con las normas de postulación indicadas por el Estado accesante.

Luego en las mismas deberá el Estado accesado indicar las normas relacionadas con la División de los beneficios, las ganancias, de los recursos cumpliendo con el requisito de Equidad establecido y del cual nos referiremos luego. Pero más aun, en el Estado ante cuyo ordenamiento y sector administrativo debiere solicitarse la protección de la propiedad intelectual o industrial no podría, si es parte de la Convención mantener la protección otorgada en una patente u otro título similar, si ha existido una violación de la Soberanía sobre los recursos naturales debido a la ilegalidad del Acceso y/o la extracción del recurso (podría haberse dado permiso para Acceso y estudio, Acceso *in situ* o *ex situ*, extracción y teniendo permiso para el Acceso haber efectuado la extracción de manera ilegal).

Es lo llamado aquí el “fruto del árbol envenenado”, el afecto del acto primigenio de carácter ilegal afecta la totalidad de los actos jurídicos posteriores.

Otra conclusión necesaria de enfatizarse (como es lógico, pareciera obvia para cualquier jurista, aunque por ello se olvida a veces) es que los contenidos del artículo 15 se aplican a sujetos de Derecho Internacional Público, Estados y excepcionalmente organismos internacionales con personalidad jurídica internacional.

La “Soberanía Permanente de los Estados sobre los Recursos Naturales”, el “Consentimiento Informado Previo”, los “Términos Mutuamente Acordados” y la “División Equitativa de los Beneficios” son derechos y obligaciones establecidos en relación a los Estados y no importa la calidad jurídica en que estén, serán todos los Estados Partes encargados de efectuar los actos necesarios para aplicar estos derechos y obligaciones en el Derecho ambiental internacional y nacional.

Otra conclusión, a fin de desarrollar todos los elementos, es necesario considerar generar conocimiento sobre estas materias en el país. Este conocimiento nacional es la

“agregación de valor” a los estudios de los Recursos Genéticos Naturales al obtenerse Compuestos Derivados. Ciertamente Paz y Equidad o Justicia pueden ser alcanzadas por otros medios como entrenamiento y preparación a los investigadores en Recursos Genéticos Naturales. Esta obligación se contiene en el número seis del artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica.

Es posible, además, apuntar como conclusión derivada de las anteriores, la percepción acerca de la protección jurídica (abarcando la conservación, el uso sustentable y la utilización de los recursos genéticos, en general, y de los Recursos Genéticos Naturales, en particular, en provecho de los interesados y derecho para dividir los beneficios de los recursos) ha cambiado, al haberse redactado la Convención sobre Diversidad Biológica, en particular, el artículo 15.

Este artículo ha servido de base para poder empezar a entender los elementos más relevantes en lo relativo a acceso y División Equitativa de Beneficios derivados de los Recursos Genéticos Naturales.

Además, el artículo 15 de la Convención es una fuente de derechos y obligaciones para los Estados en sus relaciones *ad inter* así como en sus relaciones *ad intra* generando relaciones bilaterales o multilaterales y, del mismo modo, las relaciones jurídicas internacionales cuando Recursos Genéticos Naturales se encuentran en el proceso de ejecutarse actos comerciales internacionales.

Así, además, el número uno del artículo 15 declara la “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” teniendo como expresión los derechos establecidos por la Soberanía. Esta “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” se manifiesta, primeramente, en el derecho a dictar normas jurídicas nacionales sobre Acceso a los Recursos Genéticos Naturales. En segundo lugar, existe el derecho de dictar normas jurídicas nacionales sobre División Equitativa de Beneficios aunque así como es un

derecho así es un deber.

Es necesario apuntar en el número indicado a la utilización de la palabra “Estado” para explicar un elemento básico, la necesaria aplicación de estas normas al Estado, como sujeto a quien la norma jurídica lo reconoce para tener la titularidad en materia de Recursos Genéticos Naturales en su territorio y entrar en negociaciones con otros Estados a fin de conceder permisos de Acceso y dirimir la manera de dividir beneficios.

Lo anteriormente expresado excluye a actores internacionales, ejercen presión en razón de sus intereses, pero no son sujetos de Derecho Internacional Público. Así también, el número siete emplea la expresión “Partes Contratantes” en donde se produce un giro, los Estados acuerdan entre sí (excluyendo a otros actores nuevamente) la manera equitativa de resolver la División de beneficios o son los Estados quienes establecen la legislación en sus territorios indicando la forma o manera de dividir equitativamente los beneficios de los recursos.

Este derecho a establecer las normas sobre Acceso a los Recursos Genéticos Naturales se opone y concuerda con la obligación impuesta por la Convención a las “Partes Contratante” para no oponerse sus legislaciones a dicho Acceso, se prohíba de manera total el mismo, o, estableciendo normas para el Acceso, sean estas imposibles de cumplir.

El concepto de “Consentimiento Informado Previo”, en el contexto de la Convención, dice relación con el procedimiento de Acceso por parte de un Estado, y, con mayor razón, de una persona privada, a efectuarse en pleno asentimiento debidamente obtenido de manera previa por quien pretende accesar a los recursos sobre la base y en el marco sólo de la información solicitada en este asunto. No cabe hablar de otras posibilidades como, por ejemplo, cualquiera de las posibilidades de pretensión de

fraude al Estado en el conocimiento de las materias, como, a vía de ilustración, indicar un determinado paraje donde se efectúe la investigación cuando es en realidad un paraje cercano o, como ocurre en la materia, cuando se efectúa una investigación sobre un recurso genético determinado cuando en realidad es otro el motivo de la investigación u otro el recurso genético investigado.

El concepto de “Términos (o cláusulas) Acordadas Mutuamente” entre Estados permite la celebración de acuerdos entre las “Partes Contratantes”, es decir, la especificación entre las mismas acerca de los diferentes elementos contenidos como base en el artículo 15, el Acceso y la División de los beneficios debiendo quedar claro no pudiendo obviarse estándares mínimos incorporados como obligatorios en cada uno de estos actos, para el Acceso “la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” y la “Equidad” en la División de los beneficios impidiendo inequidades. Este concepto tiene como naturaleza jurídica la de un Derecho Internacional Público, derecho a exigir a otros Estados el cumplimiento de entrar en negociaciones y ausencia de imposición cuando se desee ingresar o acceder a los Recursos Genéticos Naturales y de poder negarse a negociar si los términos no le son favorables cuando se le es solicitado el Acceso.

La obligación de dividir los beneficios de manera equitativa es de esencial importancia.

Esta es una obligación internacional establecida a fin de lograr que las “Partes Contratantes” de la Convención dividan sus beneficios en cualquiera de sus formas, sean económicas o científicas, de los Recursos Genéticos Naturales, de acuerdo a los parámetros negociados por los países.

Es necesario, sin embargo, en el caso de ganancias derivadas de la utilización comercial u otras de los Recursos Genéticos Naturales que el mismo artículo 15 obliga a

lo menos a una negociación a fin o con el objeto de dividir los resultados de los beneficios.

Tal resultado, la División equitativa, puede tener tres fuentes, o una determinación por una autoridad superior, una determinación sobre la base de una discusión, la determinación producto de un procedimiento justo y equitativo.

Las opciones más propias son la segunda o la tercera en conformidad a la imposición del artículo mismo. La primera de las opciones habría de ser esperada de alguna autoridad internacional sobre la materia (en el esquema del artículo 15 no se encuentra) y así sólo quedaría discutirla a propósito de la solución judicial internacional que mira, de acuerdo a la jurisprudencia citada, a la distribución por la sentencia del tribunal, y al procedimiento justo.

Aun así se nos plantean algunos elementos extraños al asunto, así es posible apuntar lo relativo a las razones para exigir la División de manera justa y equitativa cada recurso genético.

Así aparece el criterio de los derechos, el criterio de los intereses, el criterio de la preservación. Lo propugnado en este caso es el de los derechos de los Estados, sujetos de Derecho Internacional Público.

Otra cuestión diferente es el tema de la fijación de los criterios por el Estado pudiendo, a lo menos, considerar los costos de conservación del recurso biológico conteniendo el recurso genético, conforme al criterio de Justicia y Equidad establecido de acuerdo a los parámetros aristotélico tomistas, en un inicio, pero mirando, desde una perspectiva jurídica, en una situación análoga al caso del Canal de Corfú (en su segunda fase), se sigue el mismo criterio y ciertamente deberá determinarse por cada Estado Parte en las negociaciones con su contraparte.

En la legislación nacional, por el contrario, siempre podrá discutirse y

establecerse un mínimo, es decir, un quantum respecto del cual no podrán efectuarse concesiones distinguiendo el objeto del análisis. Así, si es puramente científico, científico comercial o comercial.

Allí también deberá dejarse constancia de la prevalencia de los derechos de Estados Partes de la Convención sobre las normas devenidas en jurídicamente protectoras de la propiedad intelectual e industrial nacional donde deberá aplicarse primeramente las normas protectoras de la Soberanía de un Estado Parte sobre las normas nacionales de protección de la propiedad antedicha (frente a la extracción ilegal de los Recursos Genéticos Naturales a fin de no incurrir en la responsabilidad internacional)¹¹⁵⁶.

Ciertamente el artículo 15 número uno así como el número siete incluye el a la aplicación de las normas internacionales en el ámbito local. El supuesto de hecho, sin embargo, se transfiere a la incorporación dentro de la legislación nacional las normas sobre Acceso y las normas de distribución de beneficios derivadas de la utilización, pero la misma debe efectuarse estableciendo por la legislación un derecho y una obligación de hacer y una de no hacer.

El Derecho dice relación con la “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” deben ser preservados los derechos del Estado en cuyo territorio se encuentra ubicado el recurso genético. La obligación de establecer equitativamente la División de los Recursos Genético Naturales.

La abstención de parte del Estado Parte de garantizar la protección de la propiedad intelectual e industrial a quienes no respeten los derechos garantizados por la Convención como aquellos derechos derivados de la “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” o la obligación de dividir los beneficios provenientes de los

1156 Existen, sin embargo, aspectos no menos relevantes, como por ejemplo si es posible efectuar acceso sin contar con el permiso y la respuesta es negativa precisamente por que el párrafo primero establece que hay que dictar la legislación que sea relevante, de no dictarse, se entiende, por ser normas de derecho público, que no hay permiso y por tanto, por un criterio de primacía de normas esenciales del Estado, la soberanía, genera el rechazo del acceso (léase en la jerga inventada al efecto como bioprospeccion) aunque se reclame que si no existe ley de todas formas se puede acceder como de hecho se hace pero en cuyo caso sería un acceso ilícito y será sancionado por las normas internacionales o nacionales según sea el caso.

recursos genéticos a raíz de su utilización conforme al criterio de Equidad a determinarse es parte del deber de todo Estado de no incurrir éste en responsabilidad jurídica internacional.

La División equitativa de los beneficios es una obligación internacional conllevando entrar en negociaciones a fin de alcanzar, aunque el texto no lo indique como un resultado esperado, Equidad entre los Estados, negociando la división de beneficios.

Lo anterior se alcanza, si existe voluntad de las partes, por medio de “Términos Mutuamente Acordados”. Bien podría ocurrir la ausencia de acuerdo alguno debido a ausencia de voluntad entre los Estados Partes. También podría ocurrir el rechazo a la postulación de quien desee efectuar a nivel nacional el Acceso.

La solución de Términos Mutuamente Acordados está conforme a lo indicado por las normas internacionales como la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969. En esta convención se indica explícitamente la necesidad para las partes de llegar a acuerdo si existe algún motivo para la negociación de normas aunque no es posible dejar de no alcanzar el mismo si existen vicios en el consentimiento de los Estados o, en caso necesario, si existen posibilidades de discusión ulteriores a fin de negociar sobre temas en los cuales no hay acuerdo.

Las obligaciones contenidas en los números del artículo 15 se pueden considerar obligaciones de medio o de resultado distinguiendo si se exige cumplimiento inmediato o cumplimiento diferido dependiendo de las posibilidades económicas de cada país. Así podemos considerar a los números uno, seis, siete como obligaciones de medio y dos y cuatro, de resultado. Así también las obligaciones pueden ser clasificadas en continuas y diferenciadas siendo las primeras las contenidas en los números uno, seis, y siete y las segundas no fue posible encontrar algunas.

Los conceptos de Justicia y Equidad, es necesario recalcar, tienen un devenir hasta la actualidad desde la Grecia clásica, cumplen diversas funciones, entre otras, determinar el cumplimiento de una obligación internacional cuando el supuesto de hecho indica el deber de dividir beneficios de la utilización o aprovechamiento de recursos genéticos naturales de manera equilibrada conforme a los derechos reconocidos y, aun más allá, en razón de la necesidad de entregar un auxilio o ayuda económica a quien se le ha reconocido el derecho a los beneficios y si no existiera el respeto a tales derechos derivados de la Soberanía, entonces, no hay ni Justicia ni Equidad.

Es necesario no confundir lo anterior con los derechos respecto de otros aspectos diferentes como los conocimientos tradicionales sobre los recursos indicados regidos por otras normas jurídicas.

La inexistencia de conflictos normativos es un elemento sustantivo de la discusión jurídica en el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica. En el Derecho y particularmente en el Derecho público lo no expresamente permitido debe entenderse como prohibido, es decir, lo no ha sido descrito por la norma jurídica en el Orden jurídico no se encuentra permitido y por consiguiente adquiere la calidad de prohibido.

No existen problemas o conflictos normativos. La afirmación anterior supone distinguir entre actos lícitos y actos ilícitos en el Orden jurídico internacional y nacional (ilicitud conlleva la inaplicabilidad del marco jurídico regulador de actos jurídicos lícitos; los actos ilícitos se mantienen al margen del supuesto de hecho y en Derecho público la norma de clausura, lo no permitido por el Orden jurídico) por consiguiente, si se infringe el Orden jurídico a través de la inejecución de un supuesto de hecho normativo y la ejecución de un acto humano (pero no jurídico) diferente al descrito por la norma debe aplicarse la sanción correspondiente. Los actos son lícitos se aplica el

artículo 15 número uno y el número siete y los demás posibles o no de ser aplicados. El acto es ilícito sigue aplicándose el artículo 15 número siete. Es el Estado, con la facultad para conferir o que confiere protección jurídica por medio de sus normas jurídicas dentro de su Orden jurídico, quien debe reaccionar, rechazando (la protección) y de otra sancionando (al sujeto de Derecho quien cometió la ilicitud) porque de no ser así se incurriría en responsabilidad internacional.

Lo mismo es aplicable al caso del “conocimiento tradicional”.

Conclusiones derivadas de la norma jurídica misma en el Orden jurídico

Toda la Teoría Pura del Derecho es un proceso de interpretación y aplicación de su objeto, la norma jurídica y del Orden jurídico así, el artículo 15 de la citada Convención se interpreta individualmente e internamente y luego se procede a interpretar externamente o dentro del Orden jurídico; no constituye lo usual, sin embargo, dentro de lo que es y ha sido el análisis no sólo de la presente Convención sino de muchos tratados internacionales y normas jurídicas de otro nivel.

La interpretación sistemática de un Orden jurídico internacional relacionado con las normas jurídicas del Acceso y la División Equitativa de Beneficios derivados de los Recursos Genéticos Naturales afecta la globalidad de la actividad de interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Tres son las normas claves en este asunto, el artículo 15 respecto de las relaciones jurídicas entre Estados o de privados respecto del objeto de regulación de la normativa jurídica, los Recursos Genéticos Naturales, el artículo 8 letra “j” de la Convención señalada, en relación a las relaciones jurídicas de carácter intelectual derivadas del conocimiento tradicional de comunidades indígenas como de comunidades locales, la regulación del patentamiento de Recursos Genéticos Naturales en el artículo 27 del Acuerdo antes indicado.

Es posible indicar nuestro aporte, en lo que se refiere a interpretación es, a saber, el artículo 15 sigue siendo la piedra angular donde se regula el tema de los Recursos Genéticos Naturales sea en materia de Acceso como de División de beneficios de manera equitativa. El objeto de regulación son los Recurso Genéticos Naturales y el artículo 27 del Acuerdo no regula estas materias.

Es decir, no existiría ninguna posibilidad de patentar plantas, animales, microorganismos, procesos biológicos esenciales, inclusive variedades de plantas, si no cumplen con los requisitos generales o pueden ser excluidos directamente de patentamiento o establecerse un sistema *sui generis* en un caso.

Los casos, a su vez nos muestran que un encuadre interpretativo derivado de “principios” expresamente indicados por Declaraciones internacionales sufre las mismas críticas derivadas, en nuestra respetuosa opinión, de la falta de claridad de las normas aplicables a la diversidad biológica y los Recursos Genéticos Naturales.

Un caso aun más complejo, aun, y de mayor gravedad, lo representa el proyecto de norma jurídica denominado “Protocolo de Nagoya”.

Tanto la Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo así como el Protocolo de Nagoya en relación a la interpretación del artículo 15 resulta extraordinariamente poco clara debido, en el primer caso, a la falta de distinciones entre los derechos sobre los recursos naturales bajo Soberanía de los Estados y, en el segundo caso, a las múltiples dudas planteadas producto de una interpretación del artículo casi antojadiza sin respetar ni su texto, ni su alcance, ni sus restricciones e imponiendo sobre quienes regulen el Acceso, obligaciones superiores *vis a vis* la no regulación del mismo procedimiento de Acceso, así como la obligación de compartir beneficios sin regular los actos ilícitos cometidos en el Acceso, en los actos posteriores al mismo e inclusive a la posibilidad de contar con beneficios derivados del Abuso del Derecho al impetrar

protección jurídica de los mismos cuando el origen de los Recursos Genéticos Naturales o sus derivados es ilícita.

El estudio del artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica se encuentra basado en la existencia de derechos y obligaciones internacionales a aplicarse a la legislación de cada Estado parte del citado tratado.

Constituye aquello un “proceso”, como lo hemos señalado en la tesis, resulta de una fuerza intrínseca para cada Estado, una norma internacional obligatoria, la legislación interna del país debe, al aplicar, efectuar un mismo acto de interpretación a fin de cumplir con su obligación y, a la vez, lograr armonizar la norma con su propio sistema jurídico agregamos que si no lo hace la legislación deberá efectuarlo el juez a aplicar como norma interna, la Convención, a fin de solucionar un conflicto inter-subjetivo.

Estas palabras alcanzan a los Estados en cuyo territorio se encuentra el origen de los recursos genéticos, en general, y de los Recursos Genéticos Naturales, en particular, así como los Estados adquirentes de dichos recursos e inclusive los garantizadores de protección jurídica a personas, solicitantes de la misma accesión para los recursos propiamente tales como para los productos de los recursos, negando la protección jurídica nacional de la Propiedad Intelectual en virtud de la violación de normas internacionales, el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica.

Al no contemplarse la norma jurídica correspondiente, el país donde se solicite la protección jurídica de los recursos genéticos o sus productos estarían cometiendo un ilícito internacional y, por tanto, pueden ser perseguidos por responsabilidad internacional.

El Estado, a quien se le ha solicitado la protección jurídica, arbitrará los medios para conocer el origen y determinar si el citado recurso ha sido debidamente accesado y

obtenido y, además, si respecto de los productos del recurso se ha obtenido permiso para ser analizado y modificado a fin de obtener dicho producto o como lo hemos denominado, un fruto.

En la materia, una primera conclusión resulta de las palabras y relaciones jurídicas y lógicas efectuadas en el análisis dogmático de la materia, a saber, las normas ambientales internacionales tienen posibilidad de ser protegidas frente a la violación de las mismas bajo la condición de establecer derechos y obligaciones. El esquema lógico kelseniano “si es ‘a’ entonces ‘b’ y si no ‘b’ entonces ‘c’” es utilizado aquí y aplicado a las normas llegando a explicar las normas jurídicas obligatorias.

Así, es posible determinar derechos y obligaciones a fin de aplicarles las normas jurídicas del Derecho ambiental internacional en los supuestos de hecho estudiados, a las normas jurídicas contenidas en el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica. La ejecución de manera errada de los Derechos y Obligaciones contenidas en el artículo 15 trae como consecuencia la responsabilidad internacional.

De la anterior conclusión podemos, a su vez, indicar, frutos o productos también se hayan sometidos a las normas de la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales y debe considerarse a los derechos derivados de la misma como conclusivos de las medidas a adoptar por cualquier país a quien se le solicita protección jurídica para recursos o productos. Lo anterior en virtud porque el reconocimiento jurídico de dicho derecho por la vía legal trae la consecuencia de generar una obligación para los demás Estados de cumplir con las normas del tratado.

Más interesante aun es la conclusión en relación a la información obtenida de dichos recursos (llamémoslos “originales”) y composición de sus elementos químicos y sus combinaciones protegidas por el artículo 15 sin necesidad de redacción de un nuevo tratado o protocolo sino pura y simplemente debido a un sistema jurídico ambiental

internacional y su aplicación al sistema jurídico ambiental nacional.

Lo más interesante aun es la siguiente conclusión, el sistema jurídico tiene subsistemas como el ambiental internacional y nacional y comparado, al coordinarse o armonizarse permiten entender a los mismos de la siguiente manera, como la generación de normas jurídicas ambientales internacionales productoras, a su vez, de normas jurídicas ambientales nacionales, a su vez dictadas en consideración, ya lo hemos apuntado, a los sistemas jurídicos nacionales (como un todo) a fin de evitar descoordinaciones, desarmonías, o discordancias e inclusive lagunas. Ciertamente ninguno de estos “males” son posibles de evitar en su globalidad pero lo interesante es observar a India y Costa Rica, Brasil o Chile y la manera o forma de ponerle fin a este asunto.

Desde otra perspectiva, los contratos internacionales, uno de los actos jurídicos de más nombramiento por su singular situación jurídica (fácil celebración y ejecución), según algunos autores, sería la manera de solucionar el problema de la transferencia de los recursos de acuerdo al artículo 15, han planteado conclusiones siguientes.

De una parte los contratos no son sino formas de solución de Derecho privado, Derecho comercial, a la transferencia de recursos regulados por normas jurídicas imperativas, de carácter público. Lo anteriormente expresado no sería problema si no se tuviera presente la aplicación anterior y superior de dichas normas jurídicas a las normas jurídicas de carácter privado donde se regulan bienes públicos y sólo por normas determinadas puede aceptarse tales actos jurídicos. En otras palabras, los recursos biológicos y genéticos en el territorio de un Estado no están sujetos a contratos sino a autorizaciones de Acceso o a transferencias autorizadas por la autoridad competente.

Estas autorizaciones tampoco pueden darse por medio de un contrato entre

autoridad pública y persona privada donde se transfieren los Recursos Genéticos Naturales y se viola (aunque se mencione expresamente el respeto) la Soberanía del Estado. En otras palabras, los recursos genéticos de cualquier tipo, animal, de plantas o microorganismos, no son o *res nullius* o *res derelictae* y no tienen otro carácter.

Los mismos están bajo los Derechos que emanan de la Soberanía del Estado y los contratos que se firmen deben ser debidamente autorizados y concluidos por las autoridades competentes, que se han indicado previamente, por medios legales. De no existir tales autoridades, que además deben ser de carácter nacional por ser el Estado el titular de la Soberanía, entonces no habrá autorización para efectuar el Acceso, ejecutar actos de transferencia o ejecutar actos a fin de obtener beneficios.

Señalamos que una de las formas de transferencia y de efectuar actos sobre estos recursos son los contratos y, como expresamos, tienen tipologías diferentes pero siempre se sujetan a las normas nacionales imperativas y a las internacionales como la Convención de Viena sobre la Compraventa internacional de mercaderías de 1980 así como a la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados en virtud de la Convención sobre Diversidad Biológica.

Mirando interpretar la Convención por medio de acuerdos entre personas naturales o jurídicas actuando a través de un acuerdo de voluntades privadas, contratos (“Términos Mutuamente Acordados”) celebrados entre partes en diversos Estados cuyo objeto son Recursos Genéticos Naturales, se comprende las falencias jurídicas de quienes proponen tal forma de acuerdo por el cambio de la calidad de los sujetos, de las personas celebrando tratados internacionales, convenciones internacionales, por personas (naturales o jurídicas) privadas, es un error jurídico mayúsculo. El Derecho acepta contratos entre Estados y particulares pero pensar dicha solución jurídica, dicho “supuesto de hecho” incorporado en la Convención sobre Diversidad Biológica como la

única o aun la principal forma de regulación jurídica de las transferencias de estos recursos es un error basado en la ausencia de conocimiento del Derecho Internacional Público y del Derecho ambiental y del Derecho público, aun del Derecho, particularmente derivados de los conocimientos tradicionales, hace caer un manto de duda sobre los contratos de transferencia de recursos naturales, incluyendo las asimetrías económicas que conllevan en muchos casos quienes negocian los contratos en el Orden jurídico nacional o internacional violentando la noción de igualdad entre las partes.

Los contratos privados, o más cercanos al Orden jurídico privado, intentan, pese a las limitaciones derivadas del reconocimiento de los derechos derivados de la Soberanía, llevar a un proceso de exclusividad de derechos donde los sujetos son titulares de un Derecho privado sobre “derivados” de los Compuestos Originales o Recursos Genéticos Naturales o mantienen una propiedad común, donde representantes del Estado se atribuyen derechos más allá de las normas constitucionales o legales y, por cierto, internacionales, sin poder permitirse eso como interpretación.

Los contratos públicos cumplen con las obligaciones contenidas en la Convención sobre Diversidad Biológica pero el contrato público o sometido a Derecho público es una interpretación incorrecta de la citada Convención, sin embargo, es aceptable si un Estado decide establecer tal sistema como medio de ejecutar el procedimiento de Acceso.

Para complementar lo expresado en el número anterior es necesario afirmar que, desde el punto de vista jurídico, los recursos genéticos no tienen “libertad de movimiento” cuando son personas celebrando actos jurídicos sobre ellos (inclusive actos materiales) debido, precisamente, a los derechos y obligaciones contenidos en el artículo 15, los derechos derivados de la “Soberanía Permanente de los Estados sobre

los recursos naturales”, la obligación de dividir los beneficios de dichos recursos de manera equitativa y, la de abstenerse de proteger jurídicamente derechos a ser reconocidos sobre productos de Recursos Genéticos Naturales obtenidos ilícitamente.

Estos contratos pueden ser simples, semi-complejos o complejos pero deben especificar claramente las partes y otra serie de detalles complejísimo donde resulta fundamental determinar qué es lo transado y cuáles habrán de ser los procedimientos investigativos así como se tratará el caso de los conocimientos tradicionales, si los hubiere y siempre habrá de tratarse el tema de la División de los beneficios de manera equitativa.

La ausencia de tratamiento de los temas, además de aquellos nombrados en el cuerpo del texto de la tesis, nos lleva inmediatamente a la posibilidad de encontrarnos con una violación a las normas imperativas del artículo 15 inclusive aunque el contrato pudiese ser entre Estados, es decir, cuando no nos encontramos con un tratado de Acceso y División de beneficios sino con un contrato sobre la materia.

Acuerdos internacionales celebrados en virtud del artículo 15 de la Convención son expresión del “Régimen Internacional sobre Acceso y División Equitativa de Beneficios” aunque no existan tratados internacionales del tipo indicado.

En cuanto a la propiedad intelectual e industrial se ha distinguido entre las mismas a fin de entender las diferencias existentes entre ellas.

La propiedad industrial protege las invenciones derivadas de Recursos Genéticos Naturales cuando cumplen los requisitos de la propiedad industrial y no han violado las normas de la Convención sobre Diversidad Biológica.

Así, por otra parte, como cuestión metodológica, el conocimiento tradicional, en nuestra opinión, puede protegerse por la propiedad intelectual cuando ello sea posible. Si bien hay argumentación a favor de la protección del conocimiento tradicional bajo la

regulación de la propiedad industrial la prueba de haberse dejado constancia del mismo con anterioridad a la solicitud de protección de la propiedad industrial resulta insuficiente, por tanto, basta con dejarse constancia en un texto y de ahí su protección por la propiedad intelectual.

En cuanto a las solicitudes anteriores o posteriores a la Convención sobre Diversidad Biológica, protegidas por la propiedad industrial, pueden ser impugnadas en razón de su ausencia de novedad, de su ausencia de industrialización o de aplicación industrial o de carecer de ser invenciones, todas razones válidas a las cuales agregamos la violación de la Soberanía en los casos de obtenerse tales Recursos Genéticos Naturales, inclusive, *manu militari*.

La Soberanía de un Estado es inherente al mismo, al menos desde hace 500 años y no puede ser desconocida ni aun por una potencia invasora debido a una guerra legítima (caso extremo)¹¹⁵⁷. El objeto de una guerra es diferente a robar el patrimonio de un Estado y por tanto, frente a esta ilustración extrema, no cabe duda, la ley regula de manera diferente esta situación sin dejar al Estado sin su patrimonio.

El artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica hace, salvo error en su redacción, “reconocer” el “derecho permanente de soberanía sobre los recursos naturales” pero no implica lo anterior encontrarnos con algo “nuevo” en el Derecho, es decir, *ex novo*, sino tiene esta norma jurídica su fundamento en la Soberanía, como es lógico.

Las discusiones más interesantes sobre esta materia, en el seno de la Organización Mundial del Comercio, de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y de la Conferencia de las Partes de la Convención sobre Diversidad Biológica tienen, en nuestra opinión, serios problemas en cuanto no observan lo indicado por los tratados y menos el artículo 15 discutiendo sobre temas sin un sentido

1157 Salvo el caso estricto de la guerra defensiva no existen “guerras legítimas” hoy en día en el derecho aunque podrían existir en tiempos pasados.

jurídico sino sólo sobre la base de percepciones, en mi opinión, carentes de auxilio en la interpretación sería de los derechos y obligaciones reconocidos en la materia.

Tales interpretaciones no permiten entender exactamente la relación entre los recursos genéticos provenientes de plantas, animales y microorganismos con la situación de la protección de los resultados de la investigación sobre los mismos y su consecuencia para quienes obtienen tal protección convirtiéndolos en dueños de un objeto inmaterial, la fórmula química que compone esta materia.

Tal protección desconoce la Soberanía anterior, intenta poner fin a un acto ilícito (como el reducidor de arte vendiendo un cuadro robado) como obtenido de manera lícita e impide definitivamente la posibilidad de adquirir alguna parte de los beneficios, aun menos, equitativamente.

El objeto de protección en el caso de los recursos genéticos, en general, y de los Recursos Genéticos Naturales, en particular, es la secuencia genética cuyo contenido son elementos químicos posibles de ser objeto de protección. A fin de ser objeto de protección los derechos de las partes o Estados en cuyo territorio se encuentren dichos recursos deben ser respetados.

¿Qué ocurre en el caso de extracción de dichos recursos de un determinado país o bajo la Soberanía de varios países?

Pues bien, no se debe asociar Recursos Genéticos Naturales, propiedad industrial y beneficios (dejamos de lado la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales por razones obvias).

La propiedad industrial tiene, como se ha explicado ya, un objetivo desarrollado en la protección de los efectos del ingenio y del talento, particularmente del ingenio.

Es por ello tremendamente incongruente indicar la presencia o necesidad de protección del derecho de propiedad industrial de los Recursos Genéticos Naturales por

medio de cualquier título aplicable sino, se debe indicar, que son los Recursos Genéticos Naturales son un beneficio en sí mismo protegidos por la Soberanía de los Estados. Una cuestión diferente es la relativa al problema de haberse extraídos de un determinado país porque en ese caso corresponde sólo a dicho país la Soberanía sobre el recurso.

Luego, si se obtuvieren posibles beneficios a consecuencia de los recursos genéticos, en general, y de los Recursos Genéticos Naturales, en particular del producto de sus características de corte químico, (los derivados) no son estos beneficios de carácter financiero económico. Estos beneficios financiero-económicos pueden producirse recién con la elaboración de un fármaco, por ejemplo, conteniendo tales características físico-químicas con su comercialización.

Los anteriores actos investigativos generalmente se pueden traducir en beneficios financieros y económicos menores: la empresa buscará obtener algún tipo de posición ventajosa dejando de lado al Estado de donde provengan dichos recursos. Los beneficios ulteriores, finales, no necesariamente ligados a la investigación y desarrollo de tecnologías investigativas no son los beneficios a considerar como relevantes, sin perjuicio de constituir beneficios importantes.

Los beneficios relevantes son recién el producto es la tercera o cuarta fase, en el caso del producto en el mercado y adquirido. Aun hasta allí se extiende la Soberanía del Estado, si no se ha solicitado el permiso adecuadamente al Estado que corresponda y para los fines indicados no pudiendo ser protegido tal producto, debiendo ser sancionado el país donde se le pudiere haber protegido por medio de garantías estatales de cualquier tipo pero incumpliendo con la obligación de la “Soberanía Permanente sobre el Recurso”. Las otras dos preguntas las responderemos brevemente aunque es necesario decirlo, como lo hicimos en el cuerpo del escrito, fuera del objeto de nuestro

estudio.

Si el recurso genético empleado no es extraído del país de origen del mismo sino obtenido de un banco de germoplasma en cualquier parte del Mundo hay que estarse a lo dicho por tales bancos de germoplasma porque solicitan dichos Recursos Genéticos Naturales bajo el Convenio a efectuar los respectivos estudios fuera del ámbito comercial y preservando la Soberanía e impidiendo la posibilidad de comercialización (en el supuesto de licitud de adquisición por el banco de germoplasma del recurso genético originario). En el caso de pluralidad de Soberanía sobre el recurso genético originario deberá repartirse el permiso entre aquellos detentadores de dicha Soberanía y así también los beneficios.

Alguien podría reclamar, por ejemplo, que esta relación lógica de enunciados no aparece en el artículo 15 de la Convención y la ley posterior deroga la anterior. Al respecto, se hace necesario indicar la calidad de elemento intrínseco del Estado, es decir, un elemento de la esencia en el Estado y respecto del cual el Estado, pese a todos los alegatos de carácter intelectual acerca de su disminución, tiene y detenta la Soberanía. Hay alegatos, también, de la adquisición por prescripción de aquellos Recursos Genéticos Naturales obtenidos ilícitamente. Pues bien, precisamente la ilicitud, en el caso en que se hubieren podido haber obtenido ilícitamente dichos recursos, recursos genéticos, en general, y de los Recursos Genéticos Naturales, en particular, y salvo un acuerdo libre posterior, implica la imposibilidad de adquirir tales recursos por medios lícitos.

La interpretación armoniosa de la materia es, sin duda, otro aspecto no menor en importancia.

Como es sabido y así se hizo presente en el texto un “Sistema jurídico” no necesariamente es armonioso y puede tener repeticiones, lagunas, e inclusive normas

jurídicas que ordenan actos diametralmente contrarios unos de otros. La Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados cumple el rol de encontrar medios para poder alcanzar la armonía entre las normas o excluir de la aplicación normativa determinadas normas jurídicas o, en su caso, aplicar normas más fundamentales que otras normas. La manera de alcanzar dicho objetivo, la armonía, es a través de las normas contenidas en los artículos 31, 32 y 33 por medio de reglas interpretativas. Estas normas regulan la interpretación y aplicación de otras normas.

La interpretación de las normas jurídicas puede efectuarse a través de la utilización del Preámbulo, los Objetivos de los tratados internacionales, así como otros tratados (son básicos para el Sistema Jurídico). Una fórmula interpretativa general aplicable, asimismo, en el Derecho nacional de una gran cantidad de países.

La interpretación de los derechos y obligaciones establecidos en tratados internacionales pareciera ser de ayuda en la solución de conflictos entre normas jurídicas internacionales y las normas jurídicas sobre protección de la propiedad intelectual e industrial. Lo dicho aquí, por aplicación de las normas jurídicas apuntadas en el Derecho nacional, se convierte, asimismo, en aplicable. El proceso de aplicación de buena fe considerando el contexto, objeto y propósito de un tratado entrega un foco claro del ámbito de la aplicación de la Convención o de las convenciones (y sus respectivas normas jurídicas) sin aplicar las mismas al objeto de aplicación de otras convenciones.

Desde otra perspectiva ya apuntada aquí los tratados internacionales sobre derechos humanos, particularmente las normas del Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales así como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos nos lleva a argüir a favor de los derechos de los Estados a nivel internacional en el entendido que son derechos ejercidos en representación de los “pueblos” o de las “personas”

representados.

En el ámbito del conocimiento tradicional en cualquiera de sus formas se viola el derecho garantizado en el mismo Convenio en relación a las normas sobre propiedad intelectual cuando se patenta un recurso genético cuyas características se han obtenido producto de dicho conocimiento y de ahí se ha obtenido la patente. Se llega a violar las normas de la Soberanía porque dicho conocimiento se encuentra protegido por las leyes del país donde se protege el derecho.

Finalmente es posible argüir, de hecho es el argumento de mayor preponderancia en materia de conocimientos tradicionales, la violación de las normas de propiedad intelectual en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto de las cuales los países desarrollados no han ejecutado normas jurídicas algunas en la protección propia de sus habitantes (salvo las denominaciones de origen) ni de los habitantes de otros países cuando se intenta proteger productos del conocimiento tradicional obtenidos en violación de las normas protectoras jurídicamente.

En materia de aplicación de la normativa internacional y desde una perspectiva comparada es posible encontrar tres formas para cumplir con las obligaciones derivadas del tratado. Una es la de dictar normas específicas sobre la materia. Una segunda es dictar un plan o estrategia relacionada con la diversidad biológica y dentro del mismo incluir alguna fórmula para proteger los Recursos Genéticos Naturales propios o ajenos. Una tercera fórmula es la de modificar las normas relativas a la protección jurídica de las obtenciones genéticas o de los recursos genéticos, particularmente la de los Recursos Genéticos Naturales.

En la mayoría de los casos estudiados los países incluyen en su legislación alguna, varias o todas las soluciones indicadas. La forma de interpretarse dichos

derechos es diferente, enfatizando, si se me permite, un mayor o menor control en algunos casos, basados principalmente en sus experiencias pasadas sobre Acceso ilícito o ausencia de División de beneficios, o en otros, haciendo presente su propia legislación nacional en la materia. Se declara en todos los casos la “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales” de origen natural.

Allí los derechos soberanos de control de la explotación así como de control de Acceso son ampliamente aplicados. En los derechos derivados de la División Equitativa de Beneficios se estudia el tema caso por caso, de otra forma se podría cometer errores manifiestos exigiendo a un novel investigador que se reconocerá y pagara por investigar Recursos Genéticos Naturales impidiendo el desarrollo de la Ciencia, e inclusive del comercio, a fin de obtener recursos para el Estado y así destinarlos a la conservación de recursos. El control ciudadano debería alcanzar esta última fase (la conservación de recursos) liberando en la primera y segunda, legislación y aplicación (supuesta la ratificación del convenio) y la aplicación de las normas correspondientes.

Es claro, la India ha desarrollado, interpretado y aplicado el artículo 15 de la Convención de Diversidad Biológica. En el caso de Costa Rica, sin perjuicio de las discusiones a nivel social donde se aparece claramente el deseo de no enfrentar una realidad multiforme como la de una sociedad reclamando contra contratos sobre bienes del Estado, tiene suspicacias respecto de los derechos de quienes manejan conocimientos, en este caso, calificados de “tradicionales”. Respecto de la violación de normas jurídicas el caso brasileño fue una fuente de grandes dificultades para el Estado de Brasil explicar un contrato sobre bienes pertenecientes al Estado, independiente de la disposición de los mismos por éste. Sin embargo, si empresas privadas o privadas-públicas, sin autorización jurídica en el nivel que corresponda, hacen uso de tales bienes, resultó una violación de la normativa jurídica brasileña, cualquiera hubiere sido

la razón justificadora de dicho acto. Algo similar ocurre en el caso chileno, sin las consecuencias que han derivado del caso brasileño. En el caso chileno no hay una ley reguladora de los aspectos no regulados por la Convención sobre Diversidad Biológica, por ejemplo, determinar legalmente la autoridad ejecutante del control y de las autorizaciones a quienes soliciten ejecutar cualquier acto sobre los Recursos Genéticos Naturales, se sigue creyendo, un error de Derecho, en el carácter de “Patrimonio Común de la Humanidad” de los mencionados recursos, es decir, cualquiera puede acceder a los mismos.

Es decir, los casos, fuera del interés provocado por la necesidad de contar con información acerca del Orden jurídico de cada país aquí planteado, tiene necesariamente la consecuencia de devolvernos a las ideas expresadas por KELSEN en materia de interpretación porque hoy día no sólo dentro de la disciplina del Derecho Internacional Público sino dentro del Derecho constitucional y Derecho ambiental así como en la Teoría del Derecho las ideas de KELSEN poseen plena vigencia y en varios de los casos las mismas no fueron debidamente aplicadas aunque, de ahí lo extraño, sean plenamente aceptadas en varios de los países estudiados (aplicadas por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de tales Estados).

En materia de responsabilidad internacional es irredargüible el deber de cumplir con las normas jurídicas internacionales por el Estado así como dictar normas jurídicas nacionales imperativas con el fin de proteger los derechos de otros sujetos de Derecho Internacional Público para obtener el cumplimiento de los fines ambientales por los Estados. La Soberanía nacional no sólo se modifica en cuanto al daño transfronterizo sino en cuanto a la responsabilidad internacional con la sola violación de la norma jurídica sea por acción o por abstención al no sancionar a quien solicita la protección legal de un producto o procedimiento derivado de los recursos genéticos, en general, y

el de los Recursos Genéticos Naturales, en particular, cuando el origen ilegal de dicho recurso contamina todo.

La aplicación de las normas jurídicas contenidas en la Convención sobre Diversidad Biológica y sobre el Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio nos lleva a la conclusión de encontrarnos con las posibles formas o los posibles procedimientos sólo contemplados a nivel internacional y existiría pluralidad de regulaciones sobre un solo objeto aunque dicha pluralidad es más aparente que real como lo hemos expresado en el capítulo III. Pueden aparecer conflictos entre normas jurídicas, interpretación y aplicación así como respecto de la Convención en sí y su sentido y alcance. El problema podría suscitarse en cualquiera de las posibles interpretaciones de la norma jurídica cuando no se hubiere obtenido el Recurso Genético Natural de manera lícita, o cualquier otra ocurrida en el devenir o sencillamente el Estado no ha regulado la División de los beneficios equitativa y justamente. Afirmamos lo siguiente, tanto las soluciones en el Derecho Internacional Público derivadas del artículo 27 de la Convención sobre Diversidad Biológica como las soluciones posibles dentro del Orden jurídico nacional o Derecho Nacional deberán acomodarse a las normas jurídicas básicas en esta materia, como indicáramos, los derechos derivados de la Soberanía del Estado y de la determinación previa de lo justo y equitativo o de la necesaria aplicación del número siete del artículo 15 de la Convención. Por lo anterior, que el ilícito puede ser por omisión, ausencia de castigo a la persona que violó el derecho de otro Estado, o por acción, extracción ilegal, regulación en un tratado, contrato público sobre los recursos o autorización administrativa de la Equidad y de la Justicia como criterios de División de los beneficios de tales recursos y su negativa a cumplirlos o ausencia de regulación por haberse violentado los derechos del Estado o sencillamente la obtención de protección

jurídica a través de alguno de los títulos de la propiedad industrial sin ser rechazada la solicitud por violación de los derechos mencionados o se garanticen tales derechos.

Es posible encontrar críticas sociales afectando la manera de entender la actividad jurídica lícita bajo una legislación determinada así como críticas jurídicas debido a posibles violaciones a la normativa sea de carácter genérica o específica. Se generan nuevos derechos con una aplicación de mayor riqueza de las obligaciones internacionales.

Este Acceso a los Recursos Genéticos Naturales se basa en el caso de personas naturales o jurídicas en la aplicación del Consentimiento Informado Previo y los Términos Mutuamente Acordados cuando es el Estado en cuyo territorio se ingresa para acceder a los recursos genéticos, en general, y a los Recursos Genéticos Naturales, en particular, generando las condiciones para el mismo, las impone y las mismas deben cumplirse antes del ingreso, en cambio es el Estado el negociante con otro Estado cuando un representante oficial, un organismo de investigación, por ejemplo, desea efectuar ingreso y obtención de los recursos. No cabe la posibilidad de enviar las respectivas muestras como donaciones u otros sistemas. Además, se hace presente, en todo caso, existe una autoridad nacional resolviendo el asunto.

La Equidad se manifiesta de manera procedimental, conmutativa o distributivamente. Primeramente, la inclusión en los procedimientos de determinación de la Equidad es fundamental y, luego, debe efectuarse un mínimo de análisis llamado a ser parte con las relaciones iniciadas entre las partes. El Estado puede imponer un mínimo de División de los beneficios no debiendo ser inferior a los costos del Estado para la conservación de los mismos o de otros análogos.

Esta ha sido una tesis de largo aliento sobre los hombros del más grande jurista del siglo XX y recorriendo las páginas de otros juristas notables, críticos de KELSEN o

admiradores críticos o incondicionales. KELSEN mismo se encontraba entre los segundo y es por ello nuestra demostración que en un plano de estricta igualdad los términos o conceptos analizados se relacionan unos con otros complementariamente en necesidad y la ausencia de uno implica la ausencia de otro y la violación de normas jurídicas y los derechos y obligaciones de ellos emanados.

Más importante aun es el nuevo concepto de soberanía planteado, unido a la norma jurídica como expresión estatal de la regulación interna y de las relaciones jurídicas internacionales y de justicia y equidad como formas de evaluación de actos jurídicos y económicos derivados de normas jurídicas internacionales con aplicación nacional. No repetiremos todas ni cada una de las conclusiones pero es posible encontrarlas aquí en este estudio en homenaje a la Ciencia jurídica, estigmatizada pero fundamental para provocar el razonamiento jurídico y analizar el mismo y así, además, seguir laborando en pos del derecho como lo planteara uno de los maestros de KELSEN, Rudolf von IHERING.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía

En general, hemos mantenido las citas de las revistas conforme al estilo de cada una, los libros y otros textos los he presentado de manera tradicional pero, en caso que algunos antecedentes de la bibliografía no esté completo lo he dejado tal cual o agregado alguna palabra que dé cuenta de la ausencia de información. En el caso de los nombre, frente a la abreviatura mediante la incorporación de una letra, también se ha mantenido conforme al original.

A

ABBOT, Frederick, The enduring enigma of TRIPs: A challenge for the world economic system, Journal of International Economic Law, Oxford University Press, Oxford, 1998.

ABBOT, Frederick, COTTIER, Thomas, CURRY, Frederick, The International Intellectual Property System Commentary and Materials: Part One, Kluwer Law International, Dordrecht, 1999.

ABBOT, Frederick, Trade Diplomacy, the rule of law and the problems of asymmetric risks in TRIPs, Quaker UN Office, Geneva, 2003.

ABDUL AZIZ, Fazhal, NGO: Make Orang Asli stakeholders in pharmaceutical industry, Kuala Lumpur, 2004,

<http://brimas.www1.50megs.com/news06_01_04.htm> (22.01.04).

ACTION AID, Trade Related Intellectual Property Rights (TRIPs) and Farmer Rights, November, Geneva, 2003,

<http://www.actionaid.org/resources/pdfs/trips_farmers.pdf> (10.05.03).

ADDEWUMI, Jamal, (1998) Basmati, TED Case Studies, Washington, 1998,

<<http://www.american.edu/TED/basmati.htm>> (04.04.03).

ADHIB, Rab, Interview, June, Kuala Lumpur, 2003.

ADDEWUMI, James, Basmati, TED Case Studies, Washington, 1998,

<<http://www.american.edu/TED/basmati.htm>> (04.04.09).

AGARWAL, Ashmin, The Bill of Contention, Centre for Science and Environment, New Delhi, 2003,

<[http://www.cseindia.org/html/dte/dte20020115/dte edit.htm](http://www.cseindia.org/html/dte/dte20020115/dte%20edit.htm)>, (23.01.03).

AGO, Roberto, Yearbook of the International Law Commission, New York, 1970.

AHUYA, Dr. Viba, Entrevista, New Delhi, 2003.

AIYAR, Sanwat, The problem of law's authority: John Finnis and Joseph Raz on legal obligations, *Law and Philosophy* 19: 465-489, 2000.

ALCALDE FERNÁNDEZ, Joaquín, Orden Público y Derecho internacional: Desarrollo normativo y déficit institucional en RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro y PEREZ VERA, Elisa (coord.), Soberanía del Estado y derecho internacional: Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, Tomo I, Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga, 2005.

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Astrea, Buenos Aires, 1987.

ALVAREZ, Alejandro, (1985), Dissenting Opinion on the International Statute of South-West Africa (1949-1950), (Advisory Opinion of July 1950) in Falk R et al. (eds.) *International Law: A contemporary perspective*, Westview Press/Boulder and London, 1985.

ALVAREZ, José citado por HURREL, Andrew, Brazil and the international politics of the Amazonian Deforestation in HURREL, Andrew and KINGSBURY, Benedict, *The International Politics of the Environment*, Oxford University Press,

Oxford, 1989.

ÁLVAREZ, Alejandro, Dissenting Opinion in the Advisory Opinion of the Case of South West Africa, the Hague, 1949.

ANNAN, Kofi, A UN for the new millennium (Secretary-General identifies key opportunities and goal), New York, 2002

<<http://www.un.org/ecosocdev/geninfo/afrec/subjindx/142mille.htm>>(22.02.03).

ANNAN, Kofi, A UN for the new millennium (Secretary-General identifies key opportunities and goal), New York, 2002.

<<http://www.un.org/ecosocdev/geninfo/afrec/subjindx/142mille.htm>>(22.02.03).

ANDALUZ WESTREICHER, Carlos, Manual de Derecho ambiental, Proterra. Lima, 2006,

ANDERMAN, Steven, The competition law/IP 'interface': An introductory note en

ANDERMAN, Steven, The interface between intellectual property rights and competition policy, IP Academy and Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

ANURADHA, Rabrindanath, Sharing with Kanis: A case study from Kerala, Kalpvriksha Mimeo, New Delhi, 1998.

ANURADHA, Rabrindanath, IPRs: Implications for Biodiversity and Local and Indigenous Communities, RECIEL 10 (1), London, 2001.

ANURADHA, Rabrindanath, Bio-prospecting and Benefit-Sharing: Some issues and Prospects Novartis and UNED (UK), Report of a UNED-UK/Novartis Workshop hosted by the Rockefeller Foundation, New York, 1999.

ANZILOTTI, Danilo, Customs regime between Germany and Austria case, Permanent Court of Justice Ser A/B No. 41 Permanent Court of International

Justice, the Hague, 1931,

<<http://www.worldcourts.com/pcij/eng/cases/austgermcustoms-an.htm>>

(24.04.04).

ARISTOTLE, Nichomachean Ethics, Book 5, 2000.

<<http://www.interlog.com/~girbe/ethics5.html>>(03.04.11)

ARISTOTLE, Nichomachean Ethics (Translated and Edited by Roger Crisp),

Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

ARISTOTLE, Nichomachean Ethics, Book 5, 2000.

<<http://www.interlog.com/~girbe/ethics5.html>>(03.04.09).

ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco, Proyecto Espártaco, Chile, 2012

<<http://www.proyectoespártaco.dm.cl>> (20.09.11).

AQUINAS, Thomas, Summa Theologica, sin lugar, 1947.

<<http://www.lonang.com/exlibris/aquinas/sum22061.htm>> (22.04.04).

ARNELLA, Miguel Ángel, YAÑEZ, Lourdes, Recursos naturales alternativos y la conservación de la biodiversidad en Instituto Nacional de Ecología, Economía Ambiental: Lecciones de América Latina 1ª Edición, México, 1997.

ARNT, Roberto, Tesouro Verde, Environment, Justice and Finance, Revista Exame, ano 35, No. 9, Sao Paulo, 2001.

ARTUSO, Arnaud, Bioprospecting, Benefit-Sharing and Biotechnological Capacity-Building, World Development Vol. 30, No. 8, sin lugar, 2003.

ATIENZA, Manuel, Coloquio sobre Argumentación Jurídica efectuado en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, 2010.

ATIENZA, Manuel, MANERO, Juan, Argumentación e ilícitos atípicos, en SQUELLA, Agustín, Sobre el Razonamiento jurídico en Revista de Ciencias Sociales número 45, Primer y Segundo Semestre de 2000, Edeval, Universidad de

Valparaíso, Valparaíso, 2000.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, Ilícitos atípicos, Editorial Trotta, Barcelona, 2006, 2a Edición.

AUSTIN, John, The Province of Jurisprudence determined, VII, John Murray , Albermarle Street, Printed by John Taylor, London, 1832.

AUST, Andrew, Modern Treaty law and practice, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

AUSTRALIAN GOVERNMENT, Department of Environment and Heritage, Nationally Consistent Approach for Access to and the Utilization of Australia's Native Genetic and Biochemical Resources (NCA), sin lugar, 2004,

<<http://www.anbg.gov.au/anbg/NCA/understanding-nca.html>> (20.04.04).

AZCÁRATE, Patricio de, Moral a Nicómaco, Edición Medina Navarro, Madrid, 1873.

B

BABU, Sareth, ENTREVISTA, (25.06.03), New Delhi, 2003.

BALDWIN, Ian, (2002) Iscol Lectures, Cornell University, Ithaca, 2000, <<http://www.cfe.cornell.edu/cfe/iscol2000/scholschedule.html>> (26.06.02).

BARBER, Charles, et. al., User measures, Institute of Advanced Studies of the United Nations University, Tokyo, 2003.

BARKIN, David, Merck INBio Agreement from Earth Times, 28 November, sin lugar, 1996,

<<http://csf.Colorado.edu/mail/élan/et1094/et1094s6.html>> (6 February 2003).

BARTON, John, TRIPs as it relates to S & T, Stanford Law School, Stanford, 2003, <<http://sippi.aaas.org/meetings/09042003/presentations/barton1/img4.html>>

BECERRA RAMIREZ, Manuel, El Derecho internacional del desarrollo, nueva rama del Derecho internacional público, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie Año XIX, Número 57, Septiembre-Diciembre, México 1986.

BIOAMAZONIA, Acordo Bioamazonia-Brasil, Brasilia, 2002.

<<http://www.bioamazonia.org.br/acordo>> (04.02.2002), 2002.

BIRNIE, Patricia and BOYLE, Allan, International Law of the Environment, Oxford University Press, Oxford, 2002.

BLUM, Elisa, Making Biodiversity Conservation Profitable, A case study of the Merck-INBio Agreement, Environment 35 (4), sin lugar, 1993.

RICE TEC, Patente BAS867, RT 1117, RT 1121 and Bas Lg Sel have been developed and seeds of RT 1117, RT 1121 and Bas 867 12301 Parklawn Drive, Rockville Md. 20852, USA in October 1994, Washington, 1994.

BHATTACHARYA, Sampreth, Life after WTO (The Indian Pharmaceutical Industry), New Delhi, 2003,

<[http://members, tripod, com/jnu-matrix/pharma.html](http://members.tripod.com/jnu-matrix/pharma.html)>(06.03.03).

BIOAMAZONIA, Homepage,

<<http://www.bioamazonia.org.br/acordo>> (04.02.2002). Esta página web no es posible de ser alcanzada hoy día porque el dominio Bioamazonia no continua pero es posible encontrar noticias sobre esta página web y la organización que representa: SCOTT, Robin L., Bio-conservation or Bio-exploitation: An analysis of the active ingredients discovery agreement between the brazilian institution Bioamazonia and the Swiss Pharmaceutical company Novartis, All Bussiness.com,

<<http://www.allbusiness.com/legal/international-law/1073135-1.html>>

(21.12.2011).

BIDERBECK, Simone, Biodiversity and International Law, IOS Press, Amsterdam, 1992.

BLASCHKE Werner, Exposición sobre la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional sobre el tratado UPOV, Santiago de Chile, 2011.

BLUM, Elisa, Making Biodiversity Conservation Profitable, A case study of the Merck-INBio Agreement, Environment 35 (4): 17-20, 38-45, sin lugar, 1993.

BODANSKY, Dan, and BRUNEE, Jutta, The role of national courts in the field of international environmental law, RECIEL, Volume 7 Issue 1, London, 1998.

BOLIVIA, REPUBLICA DE, BRAZIL, REPÚBLICA DE, CUBA, REPÚBLICA DOMINICANA et al, The relationship between the TRIPs Agreement and the protection of traditional knowledge, World Trade Organization, document IP/C/W/403, Geneve, 2003.

<<http://docsonline.wto.org/DDFDdocuments/t/IP/C/W403.doc>>(04.05.04)

BODINO, Juan, Los seis libros de la República, Universidad de Valladolid, Área de Derecho Constitucional, Valladolid, 2000.

BORRAS PENTINAT, Susana, Los regímenes internacionales de protección al medio ambiente, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BOU FRANCH, Valentín, Régimen jurídico de Antártida, sus relaciones con las zonas marítimas del Océano Austral, Departamento de Derecho internacional Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, Valencia, 1990.

BOYLE, Allan, The International Law of the Environment, Oxford, 2002.

BOYLE, Allan, The principle of co-operation: the environment in Vaughan LOWE and Colin WARBRICK (eds.), The United Nations and the Principles of International Law: Essays in memory of Michael Akehurst, Routledge, New York,

2000.

BRAUER, David, An Introduction to Novartis in Novartis and UNED (UK), Report of a UNED-UK/Novartis Workshop hosted by the Rockefeller Foundation, New York, 1999.

BRIDGES, Granting of Basmati Patent To US Firm Raises Traditional Knowledge Concerns, Vol. 5, Number 29, July 15, Geneve, 2001.

BRIERLY, Jane, The Basis of Obligation in International Law, Oxford University Press, Oxford, 1958.

BROWN, Robert, Equity over exploitation: global guidelines for corporate giants, Earth Times, San Diego, 1994,

<http://www.sdearthtimes.com/et1094/et1094s6.html> (26.06.94).

BROWNLIE, Ian, Principles of International Law, Oxford University Press, 5th Edition, Oxford, 1998.

BROWNLIE, Ian, Principles of International Law, Oxford University Press, 6th Edition, Oxford, 2004.

BROWNLIE Ian, The Rule of Law in International Affairs, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1998.

BROWNLIE, Ian, Treaties and Indigenous Peoples - The Robb Lectures 1990 Clarendon Press, Oxford, 1992.

BURHENNE, Francis, Foreword in Sanchez, V. and Juma, C., Biodiplomacy, ACTS, Nairobi, 1994.

BUNGE, Mario, La Ciencia, su método y su filosofía, Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires, 1976.

C

CABRERA, Jorge, SOLIS, Vivienne, and TUOMASJUKKA, Tommy,

Biodiversidad: Su tratamiento en Centroamérica, Fundación Ambio, San José de Costa Rica, 1995.

CABRERA, Jorge, Entrevista, San José de Costa Rica, 2002.

CABRERA, Jorge, The legal framework and public policy on access to genetic resources and benefit sharing: The experience of Costa Rica (Paper prepared as consultant at the University of California- Davis, non-edited, San Jose de Costa Rica, 2002.

CABRERA, Jorge, Un análisis crítico de las regulaciones de acceso a los recursos genéticos de la Ley de Biodiversidad y del borrador de “Normas de Acceso” de la Comisión para la Gestión de la Biodiversidad, San José de Costa Rica, 2002.

CABRERA, Jorge, A new regime on Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing, A CISDL legal Brief, Montreal, 2003.

CANCADO TRINDADE, Antonio, Separate Opinion of Judge Cancado, Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment of 20 April 2010 of the International Court of Justice, the Hague, 2010.

CAMARGO-VIEIRA, Susana, The sustainable use of the Biodiversity, Development ISSUES, Vol. 2 Number 3, December, ISSN, The Hague, 2000.

CAMBRIDGE DICTIONARY ONLINE, (2004) <<http://www.cambridge.org>> (25.06.04).

CAMPANHA POR UN BRASIL LIVRE DE TRANSGENICOS, Brasil movimientos sociais e a Embrapa, Electronic Meesage left on the list of distribution named ELAN, 2001, <elan@csf.colorado.edu> Subject: Brazilian Shamans and Biopiracy, (25.11.01).

CAMPANHA POR UN BRAZIL LIBRE DE TRANSGÉNICOS, Brasil movimientos sociais e a Embrapa, Electronic Meesage left on the list of distribution

named ELAN <elan@csf.colorado.edu> Subject: Brazilian Shamans and Biopiracy, (25.11.01), 2001.

CASANOVAS, Oriol y RODRIGO, Ángel, Casos y Textos de Derecho internacional público, 6ª Edición, Madrid, 2010.

CASE 26/62 van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen (1963) ECR 1 en CHALMERS, Damian and TOMKINS, Adam, European Union Law Text and Materials, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

CASO ISLAS LAS PALMAS, 2 RIAA, New York, 1949.

CASO SMELTER (arbitraje entre Estados Unidos y Canadá) Trail Smelter Arbitral Decision, 33 AM. J. INT'L L. 182 (1939).

CASO SMELTER (arbitraje entre Estados Unidos y Canadá) Trail Smelter Arbitral Decision, 35 AM. J. INT'L L. 684 (1941).

CHOUDHARY, Brindanath, Legislation for genetic heritage, in Biotechnology and Development Monitor, No. 48, December, Amsterdam, 2001.

CONSEJO DE LA BIODIVERSIDAD, La diversidad del Brasil, Brasilia, 2010 <<http://www.probem.br/abs>> (25.04.10).

COUGHLIN, Michael, Using the Merck-INBio agreement to clarify the Convention on Biological Diversity, Columbia Journal of Transnational Law, Volume 31, No 2, New York, 1993.

CHALMERS, Damian and TOMKINS, Adam, European Union Law Text and Materials, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

CASSESE, Antonio, International Law, Oxford University Press, Oxford, 2001.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, Soberanía de los Estados y Derecho humanos en Derecho internacional contemporáneo, Tecnos, Madrid, 2003.

CARRILLO SALCEDO, Juan, Curso de Derecho internacional público, Tecnos,

Madrid, 1991.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, Curso de Derecho internacional público, Tecnos, Madrid, 1991.

JIMMY CARTER LIBRARY & MUSEUM, The Camp Davis Accords: Framework for the Conclusion of a Peace treaty between Egypt and Israel, Atlanta, 2001

<<http://www.jimmycarterlibrary.org/documents/campdavid/frame.phtml>>

(02.04.04).

CENTER FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW, Notes on the Ayahuasca case, Washington D.C, 2000.

CENTER FOR GLOBAL AGREEMENTS, LEGISLATION AND TRADE -TERI, The Doha Round of negotiations and its outlook post-Cancun, New Delhi, November, New Delhi, (2003).

CENTER OF INTERNATIONAL SUSTAINBLE DEVELOPMENT LAW, A new regime on Access and to Genetic Resources and benefit sharing? Montreal, March 14, 2003 <http://www.cisd.org/pdf/brief_biodiv.pdf> (15.04.04).

CHAMBERS, William, WSSD and an International Regime on Access and Benefit Sharing: Is a Protocol the Appropriate Legal Instrument? In RECIEL, Volume 12 Issue 3, November, London, 2003.

CHEN, Jim, Diversity and deadlock: transcending conventional wisdom of the relationship between biological diversity and intellectual property, CASRIP Publication Series: Rethinking international Intellectual Property No. 6, 2000.

CHOUDHARY, Baghirat, Legislation for genetic heritage, in Biotechnology and Development Monitor, No. 48, December, the Hague, 2001.

COICAUD, Jean Marc, WARNER, David, Ethics and International Affairs (Extent and Limits), United Nations University Press, Tokyo, 2001.

COMMISSION ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, 24th session, Geneva, 23 November to 1 December 2000,

<[http://www.ishr.ch/About%20UN/Reports%20and%20Analysis/CESCR-24th Session.htm](http://www.ishr.ch/About%20UN/Reports%20and%20Analysis/CESCR-24thSession.htm)> (27.07.04).

COMISIÓN ECONÓMICA PARA EUROPA, Reunión de Consejeros gubernamentales, Bruselas, 1970.

COMMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, Integrating Intellectual Property Rights and Development Policies, Report of the Commission on Intellectual Property Rights, London, 2002.

<http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/final_report/CIPR_Exec_Sumfinal.pdf>

CONFERENCE OF THE PARTIES OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, Decision no. 24, Access and benefit sharing as related to genetic resources Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization, the Hague, 2002,

<<http://www.biodiv.org/decisions/default.aspx?m=cop-06&d=24>>

(24.04.04)

CONFERENCE OF THE PARTIES OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, Decision no.29, Transfer of technology and technology cooperation (Articles 16 to 19), Kuala Lumpur, 2004.

<<http://www.biodiv.org/decisions/default.aspx?m=COP-07&id=7766&lg=0>>

(04.05.04).

CONFERENCE OF THE PARTIES OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, (International Regime on Access and Equitable Sharing of Benefits), Decision VII/19, Access and benefit-sharing as related to genetic resources (Article

15), Kuala Lumpur, 2004.

<<http://www.biodiv.org/decisions/default.aspx?dec=VII/19>> (04.05.04).

CONSTANZA, Robert, et. al., The value of the world's ecosystem services and natural capital, *Nature*, Vol. 387, 15 May 1987.

<http://www.esd.ornl.gov/benefits_conference/nature_paper.pdf> (04.05.04).

CONTANTINESCO, Leontin-Jean, *Tratado de Derecho Comparado, Volumen III, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1991.*

CONTANTINESCO, Leontin-Jean, *Tratado de Derecho comparado (El método comparativo), Volumen II, Universidad Católica de Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1987*

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, (Fondo, Reparaciones y Costas), San José de Costa Rica, 2012.*

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania) judgments of 25 March 1948 and judgement of 15 of December 1949, the Hague, 1948-1949.*

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion of 11 April 1949, the Hague, 1949.*

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment of 20 April 2010, the Hague, 2010.*

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Cómo se hace una tesis en Derecho, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.*

COUTINHO, Mariela, *Contract Bioamazonia-Novartis, University of Sao Paulo, Electronic message to the author on July 27, Thursday, Brasilia, 2000.*

COURTNEY, Pip, *Magic Berry, Landline (Australia's National Rural Affairs*

Weekly), 14.04.2002, <<http://www.abc.net.au/landline/stories/s526679.htm>>
(15.07.2011).

CRACOGNA, Dante, Cuestiones fundamentales de la Teoría Pura del Derecho, Distribuciones Fontamara S. A., México, 1998.

CRAIG, David, Biological Resources, Intellectual Property Rights and International Human Rights: Impact on Indigenous and Local Communities, 2004, <<http://www.genomeprairie.ca/gels/news/IPRights/docs/Craig.pdf>>(22.06.04).

CRAWFORD, James, International Law and the Recognition of Aboriginal Law in B Hocking (ed), International Law and Aboriginal Human Rights, Law Book Co, Sydney, 1988.

CRAWFORD, James, The International Law Commission's Articles on State responsibility, Cambridge University Press Editor, Cambridge, 2002.

CRIS, Roger, Introduction, en ARISTOTLE, Nichomachean Ethic, (Translated and Edited by Roger Crisp), Cambridge, 2004.

CULLEN, Holly, The role of history in Thomas Franck's Fairness in International Law and Institutions European Journal of International Law, Vol 13, No 4, 2002.

CULLET, Phillipe, Property Rights over Biological Resources: India's Proposed Legislative Framework, 4th Journal of World Intellectual Property, Geneva, 2001.

CULLET, Phillipe, Interview via electronic mail, 15 of June, Geneva, 2003.

D

DE GEER, Maria Elisa, Biopiracy: The Appropriation of Indigenous Peoples Cultural Knowledge, New England Journal International and Comparative Law, Volume 9:1, sin lugar, 2002.

DEL RÍO, Carolina, Así debería abordarse el tema legal según la especialista Carolina del Río, de Clarke y Modet en GUERRA, Arnaldo, Recursos genéticos

endémicos un tesoro que nadie protege en Revista del Campo del Diario El Mercurio de Santiago de Chile, sin fecha.

DELPORTE, C.; BACKHOUSE, N.; INOSTROSA, V.; AGUIRRE, M.C.; PEREDO, N., Analgesic activity of *Ugni Molinae* (murtilla) in mice models of acute pain, *Journal of Ethnopharmacology*, MEDLINE Abstracts, May 30, sin lugar, 2007.

<<http://www.deepdyve.com/lp/medline-abstracts/analgesic-activity-of-ugni-molinae-murtilla-in-mice-models-of-acute-SRZzvxE0Nb/1>> (25.03.2012).

DESMETH, Philip, MOSAICC Micro-Organisms Sustainable use and Access regulation International Code of Conduct, Brussels, 2000

<<http://www.belspo.be/bccm/mosaicc/docs/code.pdf>> (25.02.04).

DEUTSCHE GESSELLSCHAFT FÜR INTERNATIONALE ZUSAMMENARBEIT (GTZ), IPR and the CBD: Intellectual Property Rights and the Sovereignty of the States over their Genetic Resources, Berlin, 2004,

<<http://www.gtz.de/biotech/dokumente/ipr/beamer/B6iprcbd.pdf>>

(17.10.2009).

DEVI, Sareth, Entrevista, Nueva Delhi, 2003.

DEVRAJ, Ravra, US Corporate 'Biopirates' Still Staking Claim on Basmati Rice, Inter Press Service (05.10.00), New Delhi, 2000,

<<http://www.commondreams.org/headlines/100900.htm>>(10.01.03).

DEVRAJ, Ravra, 'Basmati' patent win not final, say food security experts, New Delhi, 2003,

<<http://www.twinside.org.sg/title.basmati.htm>>(10.02.03).

DEWAN, Rabrindanat., Basmati rice patent issue, New Delhi, 2002,

<<http://www.rkdewan.co.in/et/epage69.htm>> (22.04.04).

DHAR, Bhatir, Interview, New Delhi, 23.06.2003.

DIEZ DE VELASCO, Manuel, Instituciones de Derecho internacional público, Tomo I, Novena Edición, Tecnos, Madrid, 1998.

DOWNES, David, Using Intellectual Property rights as a Tool to Protect Traditional Knowledge, Center for International Environmental Law, Washington D.C., 1997.

DRUMBL, Mark A. Trail Smelter and the International Law Commission's Work on State Responsibility for Internationally Wrognful Acts and State Liability, Washington and Lee University, School of Law, Working Paper No 3-6, Georgia, 2003.

DUCLOS TOPOROWICZ, Nicole, El arbitraje en el siglo XXI, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 2011.

DUNOFF, John, Reconciling international trade with preservation of the global commons: can we prosper and protect?, 49, Washington and Lee Law Review 1407, sin lugar, 1992.

DUTTFIELD, Graham, The Public and Private Domains: Intellectual Property Rights in Traditional Ecological Knowledge, WP 03/99, OIPRC Electronic Journal of Intellectual Property Rights, Oxford, 1999,

<http://www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP0399.html> (07.05.99).

DUTTFIELD, Graham, Developing and implementing national systems for protecting traditional knowledge: A review of experiences in selected developing countries, UNCTAD Expert meeting on Systems and National Experiences for Protecting Traditional Knowledge, innovations and Practices, Geneva, 30 October-1 November, 2000.

DUTTFIELD, Graham, Protecting traditional knowledge and folklore: A review of progress in diplomacy and policy formulation, UNCTAD and ICTSD, Geneve, 2002.

DUTTFIELD, Graham, Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity, Earthscan Publications Ltd., London, 2002.

DUTTFIELD, Graham, IPR rules and human rights: is there a conflict?, Policy Brief, Science and Development Network, sin lugar, 2002.

DUTFIELD, Graham, The Public and Private Domains: Intellectual Property Rights in Traditional Ecological Knowledge, WP 03/99, OIPRC Electronic Journal of Intellectual Property Rights, Oxford, 1999.

<<http://www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP0399.html>> (04.12.2011).

DUTFIELD, Graham, Protecting traditional knowledge and folklore: A review of progress in diplomacy and policy formulation, UNCTAD and ICTSD, Geneva, 2002.

DWORKIN, Ronald, A Matter of Principle, Harvard University Press, Cambridge, 1985.

DWORKIN, Ronald, Rawls y el Derecho en DWORKIN, Ronald, La Justicia con toga, Marcial Pons, Madrid, 2007.

DWORKIN, Ronald, Taking Rights Seriously, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1977.

DYZENHAUS, David, Hobbes and the Legitimacy of Law, Law and Philosophy 20, sin lugar, 2001.

DOWNES, David, Using Intellectual Property rights as a Tool to Protect Traditional Knowledge, Center for International Environmental Law, Washington D.C., 1997.

E

EARTH NEGOTIATIONS BULLETIN, Summary report of the first experts panel on access and benefit sharing, 4-8 October. San Jose de Costa Rica. Vol. 9 No.131 Monday, 11 October 1999, Montreal, 1999.

<http://www.iisd.ca/vol09/enb09131e.html>>(24.03.04)

EARTH NEGOTIATIONS BULLETIN, Summary of the second expert's panel on access and benefit sharing, 19-22 March 2001, Montreal, Canada, Vol. 09 No. 190, Monday, 26 March 2001, Montreal, 2001.

<http://www.iisd.ca/vol09/enb09190e.html>> 03.04.04)

EARTH NEGOTIATIONS BULLETIN, Summary of the first meeting of the ad-hoc open ended working group on access and benefit sharing, 22-26 October 2001, Bonn, 2001, Montreal, 2001.

<http://www.iisd.ca/vol09/enb09209e.html>> (03.05.04)

EARTH NEGOTIATIONS BULLETIN, Second Meeting of the Ad-Hoc Open Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing, Vol. 9 No. 263, December 1, 2003, Montreal, 2003.

EARTH NEGOTIATIONS BULLETIN, Report of the 6th Conference of the Parties of the Convention on Biological Diversity, Vol. 09 No. 239, Monday, 22 April 2002, Montreal, 2001

<http://www.iisd.ca/vol09/enb09239e.html>> (23.17.2011).

EBBESSON, Jonas, Compatibility of International and National Environmental Law, Kluwer Law International, London, 1996.

EISNER, Thomas, Chemical prospecting: a global imperative, Proceedings of the American Philosophical Society 138: 385, Washington, 1994.

EISNER, Thomas, Interview, Ithaca, 23.12, 2002.

ENCYCLOPEDIA BRITANNICA, Britannica Online, London, 2004.

<http://www.britannica.com/>> (25.05.04).

ERKLAERUNG VON BERN, Background paper on the Neem patent challenge, Bern, 2002, http://www.evb.ch/index.cfm?page_id=448>%> (05.06.03).

ERRÁZURIZ, Carlos, Introducción crítica a la doctrina jurídica de Kelsen, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987.

ESQUINAS ALCAZAR, José, Conversación durante la Sexta Conferencia de las Partes de la Convención sobre Diversidad Biológica, the Hague, 2002.

EUROPEAN CHEMICAL INDUSTRY COUNCIL, The Chemical industry comments on the legal protection of traditional knowledge and Access to Genetic Resources-Patenting, November 23, Brussels, 2000.

EUROPEAN UNION, Review of article 27.3(b) of the TRIPS agreement, and the relationship between the TRIPS agreement and the convention on biological diversity (CBD) and the protection of traditional knowledge and folklore, IP/C/W/383 17 October 2002, World Trade Organization, Geneva, 2003,

<http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/IP/C/W383.doc> (14.04.2009).

EXCELENTISIMA CORTE SUPREMA, Sentencia de 19 de marzo de 1997, considerando 4º, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIV, 2ª Parte, Sección 5ª.

EYZAGUIRRE, José, Emancipación y ruta de la Independencia de Chile, Editorial Zig-Zag, Santiago de Chile, 2001.

F

FAIZI, Seth, CBD: The unmaking of a treaty, Himal South Asian, New Delhi, 2004, http://www.himalmag.com/2004/may/report_3.htm (10.05.04).

FELDMAN, Noah, Equity in History, website of the course of Professor Ronald Dworkin in New York University, New York, 2002,

www.law.nyu.edu/clppt/program2002/readings/Feldman/feldman.pdf (25.07.03).

FERNANDEZ T., Antonio, SANCHEZ L., Ángel, ORTEGA T., Juan, Manual de Derecho internacional público, Tirant Lo Blanch, Barcelona, 2004.

FERRER BELTRÁN, JORDI, Sobre el carácter de las normas de competencia, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 1997,

FILOCHE, Geoffrey, FOYER, Jan, La bioprospección en Brasil y México, ¿Un nuevo Dorado? Entre la inestabilidad de las prácticas y la permanencia de las representaciones, Mundo Amazónico 2, 2011, 17-42.

FINNIS, John, Natural law and Natural Right, Clarendon Press, Oxford, 1979.

FINNIS, John, Ley Natural y Derechos naturales, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000 (traducción Orrego, Cristobal, Madrid, Raúl).

FISHER, William, Theories of Intellectual Property in MUNZER, Stephen , ed., New Essays in the Legal and Political Theory of Property, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

FITZMAURICE, Malgosia, The identification and character of treaties and treaty obligations between States in international law, British Yearbook of International Law Oxford University Press, Oxford, 2002.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, Metodología, docencia e investigación jurídica, Porrúa, México, 1995.

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION, International Undertaking on Plant Genetic Resources, Rome, 1983,

<ftp://ext-ftp.fao.org/ag/cgrfa/iu/iutextE.pdf> (02.07.04)

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION, Resolution 4/89 Agreed Interpretation of the International Undertaking, Rome, 1989,

<http://www.fao.org/ag/AGP/AGPS/pgrfa/pdf/iu.pdf> (02.07.04).

FORBES-SMITH, Michael, Tazziberry (Myrtus Ugni): Production Protocols: a Report for the Rural Industries Research and Development Corporation, RIRDC project, Números 5-189 de RIDRC publication, Rural Industries Research and Development Corporation, New South Wales, 2006.

FRANCK, Thomas, Fairness in International Law and Institutions, Oxford University Press, Oxford, 1997.

FRANCE NEW ZEALAND ARBITRATION TRIBUNAL, Rainbow Warrior Case (New Zealand v. France), 1990.

FREDES, Carolina, Desarrollo de ingredientes funcionales con contenidos de polifenoles altos a partir de plantas nativas chilenas, Foro CYTED IBEROEKA, Nuevos desarrollos de alimentos funcionales y nutraceúticos, Santiago de Chile, 2008.

FREEMAN, Samuel, The Cambridge Companion to Rawls, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

FRIEDMANN, Wolfgang, La nueva estructura del Derecho internacional, Trillas, México, 1967.

FRIEDMANN, Wolfgang, Legal Theory, Stevens and Sons, London, 1967.

FRIEND OF THE EARTH INTERNATIONAL, Position paper on Access to Genetic Resources: Favoring who and what for?, Bonn, 2004.

<<http://www.foei.org/cbd/ABS%20position%20final.pdf>> (24.06.2004).

FRIS HANSEN, Edward, et al., Financial Mechanism and biotechnology transfer in Sanchez, V, and Juma, C, Biodiplomacy, ACTS Press, Nairobi, 1994.

G

GAI, John, Monsanto's Biopiracy of the soybean, International Genetic Engineering Campaign, Greenpeace, Bonn, 2001.

GENE CAMPAIGN, Influencing National policy and Drafting National Legislation, New Delhi, 2003.

<<http://www.genecampaign.org/activities4.htm>> (15.04.03), 2003.

GÁMEZ, Rodrigo, et al., Costa Rica's Conservation Program and National Biodiversity Institute (INBio), in REID et al. Walter (eds.), Biodiversity Prospecting: Using Genetic Resources for Sustainable Development, Washington, World Resource Institute, Instituto Nacional de Biodiversidad, Rainforest Alliance and African Centre for Technology Studies, Washington, 1993.

GANGULI, P., Intellectual property rights: mothering innovations to markets, World Patent Information 22, sin lugar, 2000.

GALEANO, Eduardo, The Open Veins of Latin America: Five centuries of pillage of a continent, Monthly Review Press, New York, (1998).

GARDNER, John, Hart on Legality, Justice and Morality, University of Oxford, Legal Research Paper Series, Paper number 44 /2010 (May 2010).

GARCÍA SAN MIGUEL, Luis, Prólogo en ENGISCH, Karl, Introducción al pensamiento jurídico, Guadajarra, (traducción de Ernesto Garzón Valdés), Madrid, 1956.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, Estudio Preliminar en Kelsen Hans, El Estado como integración, una controversia de principio, Tecnos, Madrid, 1997.

GAVETTI Ernesto, Limitacao ao uso de medidas provisórias, Jurisprudencia Brasileira, civil e comercio, Brasil, 2001.

GENERAL AGREEMENT ON TRADE AND TARIFFS, United States Restrictions on the Import of Tuna, Report of the Panel (DS 29R), Geneve, 16 June 1994, <<http://65.123.204.61/reports/gattpanels/tunadolphinII.pdf>>

GENTINI CASE (Italy v. Venezuela) M.C.C. (1903).

GUEVARA, Ana Lorena, Los aportes de la bioprospección realizados por INbio, Ambientico, No 100, Enero 2002, San José de Costa Rica, <<http://www.una.ac.cr/ambi/Ambien-Tico/100/guevara.htm>> (17.09.2011).

GIFT, Steven, Law Dictionary, Barron's Educational Series, New York, 1996.

GLOBAL BIODIVERSITY FORUM, Mainstreaming Biodiversity-The role of Communication, Education and Public Awareness, 16th Session of the Global Biodiversity Forum, 5-7 April, New York, 2002.

GLOBAL ENVIRONMENTAL FACILITY, Guidelines for additional funding of biodiversity enabling activities, Montreal, 2000

<<http://www.biodiv.org/fm/Guidelines.htm>>(17.10.00).

GLOWKA, Lyle, et. al., A Guide to the Convention on Biological Diversity, Environmental Policy and Law Paper, No 30, World Conservation Union, Gland, 1994.

GLOWKA, Lyle, Determining access to genetic resources and ensuring benefits-sharing: Legal and institutional considerations for states providing genetic resources in Mugabe et al., J., (1997) Access to Genetic Resources, ACTS Press, Nairobi, 1997.

GLOWKA, Lyle, Emerging Legislative Approaches to Implement Article 15 of the Convention on Biological Diversity, RECIEL, Volume 6, Issue 3, London, 1997.

GLOWKA, Lyle, The next rosy periwinkle won't be free: emerging legislative frameworks to implement article 15, Environmental Policy and Law, December 1997.

GLOWKA, Lyle, in collaboration with SHINE, Clare, REY SANTOS, Orlando, FARROQUE, Mohiuddin and GÜNDLING, Lothar, Aguide to Undertaking Biodiversity Legal and Institutional Profiles, Environmental Policy and Law Paper

No. 35, 1998.

GLOWKA, Lyle, Towards a certification system for bioprospecting activities, Study Commissioned by the State Secretariat for Economic Affairs, Bern, 2001.

GOBIERNO DE COSTA RICA, Reglamento a la Ley de Biodiversidad, Gaceta No. 68 de 8 de abril de 2008, San José de Costa Rica, 2008.

GOBIERNO DE COSTA RICA, Ley de Biodiversidad No. 7788, Asamblea Legislativa de Costa Rica, San José de Costa Rica, 1998.

<<http://www.eefb.ucr.ac.cr/Repositorio%20de%20documentos/costarica-leybiodiversidad-1998-sp.pdf>> (20.02.2011).

GOBIERNO DE COSTA RICA, Biodiversity Law of Costa Rica, presentation in the Second Regional Workshop of the UNCTAD, Project on Strengthening Research and Policy Making Capacity on Trade and Environment in the developing countries, La Habana, 2000.

<http://r0.unctad.org/trade_env/test1/openF1.htm>(02.04.03).

GOBIERNO DE COSTA RICA, Review of Article 27.3 (b) of the TRIPs Agreement, Costa Rican Experience, presentation in the Second Regional Workshop of the UNCTAD, Project on Strengthening Research and Policy Making Capacity on Trade and Environment in the developing countries, La Habana, 2000.

<http://r0.unctad.org/trade_env/test1/openF1.htm>(02.04.03).

GOBIERNO DE COSTA RICA, Benefit Sharing, Experience of Costa Rica, presentation in the Second Regional Workshop of the UNCTAD, Project on Strengthening Research and Policy Making Capacity on Trade and Environment in the developing countries, La Habana, 2000,

<http://r0.unctad.org/trade_env/test1/openF1.htm>(02.04.03).

GOBIERNO DE COSTA RICA, Ley 7788: Ley de Biodiversidad, San Jose of

Costa Rica, 1998. (Unofficial translation from Bernard Mulcahy, Girona, 1999).

GODT, Cristian, Obligatory Disclosure of origin in the patent application, discussion paper submitted to the National Session of the Global Biodiversity Forum (NBF), 19-20 October, Bonn, 2001.

GOLDZIMER, A., Prior Informed Consent of Project-affected Indigenous Peoples, Harvard, 2000,

<http://www.ksg.harvard.edu/ksr/article_AG.htm> (04.05.04).

GOLLIN, Marc, Biopiracy: The legal perspective, American Institute of Biological Science, Washington, 2001,

<<http://www.actionbioscience.org/biodiversity/gollin.html>>(10.03.04).

GOLLIN, Marc, Outline of issues to address and language to consider (sic) in a biodiversity prospecting agreement in Laird, S., (ed.), Biodiversity and Traditional Knowledge: Equitable Partnership in Practice, Earthscan, London, 2002.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor, Los delitos contra la propiedad en Chile y España: un estudio comparado”, La regulación chilena de los delitos contra la propiedad, Segundo Seminario Conjunto de Derecho penal, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2011.

GOVERNMENT OF COSTA RICA, Ley 7416 de la Convention on Biological Diversity, published in “La Gaceta” number 143 of 28 of June, 1994.

GOVERNMENT OF COSTA RICA, Ley 7788: Ley de Biodiversidad, San Jose of Costa Rica, (Unofficial translation from Bernard Mulcahy, Girona, 1999), 1998.

GOVERNMENT OF COSTA RICA, Benefit Sharing, Experience of Costa Rica, presentation in the Second Regional Workshop of the UNCTAD, Project on Strengthening Research and Policy Making Capacity on Trade and Environment in the developing countries, La Habana, 2000.

<http://r0.unctad.org/trade_env/test1/openF1.htm>(02.04.03).

GOVERNMENT OF COSTA RICA, Biodiversity Law of Costa Rica, presentation in the Second Regional Workshop of the UNCTAD, Project on Strengthening Research and Policy Making Capacity on Trade and Environment in the developing countries, La Habana, 2000.

<http://r0.unctad.org/trade_env/test1/openF1.htm>(02.04.03).

GOVERNMENT OF COSTA RICA, Review of Article 27.3 (b) of the TRIPs Agreement, Costa Rican Experience, presentation in the Second Regional Workshop of the UNCTAD, Project on Strengthening Research and Policy Making Capacity on Trade and Environment in the developing countries, La Habana, 2000.

<http://r0.unctad.org/trade_env/test1/openF1.htm> (02.04.03).

GOVERNMENT OF COSTA RICA, Evaluación nacional de la ejecución del Convenio sobre Diversidad Biológica, versión.1.,10.12.01, San José de Costa Rica, 2001.

<<http://www.unep-wcmc.org>> (13.09.02), 2001.

GOVERNMENT OF COSTA RICA, Law of Promotion of Scientific and Technological Development (Law No.7169), San José de Costa Rica, 2001.

GOVERNMENT OF COSTA RICA, Law of Protected Areas (Law that created National Parks) (Law No. 711), San José de Costa Rica, 2001.

Government Allays apprehensions on basmati patent, <<http://www.rediff.com/money/2001/aug/21rice1.htm>> (21.08.01).

GOBIERNO DE SUIZA, Proyecto de Directrices sobre el acceso y la distribución de beneficios en relación con la utilización de los recursos genéticos, OMPI/GR/TKF/IC/1/9, p. 8, Artículo 2.1.(Kopse, Alwin, Girsberger, Martin, Pythoud, Francois), en ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD

INTELECTUAL, Comité intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos y folclore, Ginebra 30 de abril al 1 de mayo de 2001, Ginebra, 2001.

GREEN, Leslie, Germ of Justice, Oxford Legal Research Paper Series, Paper No 60 / 2010, University of Oxford, Oxford, 2010.

GREENPEACE, Monsanto's Biopiracy of the soybean, Greenpeace, Berlin, 2001.

GIRSBERGER, Martin, Biodiversity and the concept of Farmer's Rights in International Law, Peter Lang Verlag, Berne, 1999.

GROTIUS, Hugo, De iure bellum at pace, Paris, 2009.

<<http://www.bellum.nu/wp/grotius/hgotlowap.html>> (04.02.09).

GUADYNAS, Ernesto, El INBio y la privatización de la biodiversidad, AMBIENTICO, Revista mensual del proyecto Actualidad Ambiental en Costa Rica, Escuela de Ciencias Ambientales, Universidad Nacional No. 32, julio, 1995
<<http://www.una.ac.cr/ambi/ambientico/amb32.html>> (20.11.09).

GUASP, Jaime, Derecho procesal civil, Instituto de Estudio Políticos, Madrid, 1961, 2ª Edición corregida y aumentada.

GUPTA, Sareth., Patenting Microorganisms, Indian Intellectual Property Law Resources, New Delhi, (2002).

GUPTA, Ashish, Value addition to local Kani tribal knowledge: patenting, licensing and benefit-sharing, <<http://www.sristi.org/pub.html>> (14.03.03), 2003.

GUZMAN BRITO, Alejandro, Derecho romano, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, Santiago de Chile, 1996.

GUZMAN BRITO, Alejandro, Las Cosas Indorporales en la Doctrina y en el Derecho positivo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1995.

GUZMAN BRITO, Alejandro, El significado histórico de las expresiones "Equidad natural" y "Principios de Equidad" en el Derecho chileno", en GUZMAN BRITO,

Alejandro, Estudios Dogmáticos de Derecho civil, Ediciones universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2005.

GUZMAN BRITO, Alejandro, El significado histórico de las expresiones “Equidad natural” y “Principios de Equidad” en el Derecho chileno”, en UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO, Revista de Ciencias Sociales, Valparaíso, 1981.

H

von HAHN, Antje, et. al., Implementing the Convention on Biological Diversity: Analysis of the Links to Intellectual Property and international System for the Protection of Intellectual Property, (translation German Federal Agency for Nature Conservation), Bonn, 2001.

HASSAN, Sawas, The Neem Tree, Environment, Culture and Intellectual Property Rights, Washington D.C., 2003.

<http://www.american.edu/TED/neemtree.htm> (27 January 2003).

HALEWOOD, Michael, Indigenous and Local knowledge: A Preface to Sui Generis Intellectual Property Protection, Mc Gill Law Journal 44 Mc Gill L.J. 953, Montreal, 1999.

HANDL, Gunther, Environmental Security and Global Change: The challenge to international law in Lang, W. (edits.), Environmental Protection and International Law, Graham and Trotman, New York, 1991.

HANSEN, S. A. and van Fleet, J. W., Traditional Knowledge and Intellectual Property, American Association for the Advancement of Science, Science and Human Rights Program, Washington DC, 2003.

HART, Herbert, A concept of Law, 2nd Edition, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1998.

HART, Herbert Lionel Adolphus, El concepto de Derecho, Abeledo-Perrot, Tercera

Edición, Buenos Aires, 2009,

HASAN, Sara, *The Neem Tree, Environment, Culture and Intellectual Property Rights*, Washington, 2003,

<http://www.american.edu/TED/neemtree.htm> (27 January 2003).

HEALD, P. J., *Your friend in the rain forest: An essay on the rhetoric of biopiracy*, Washington, 2003,

<http://ssrn.com/abstract=285177> (19.12.02).

HENDRICKX, Frederick, et. al., *Access to Genetic Resources: A legal analysis in Sanchez, Vicente and Juma, Calestous*, Biodiplomacy, ACTS Press, Kenya, 1994.

HENNE, Gudrun, *Mutually Agreed Terms: Requirements under Public International Law in Mugabe et al.*, J. Access to genetic resources, ACTS Press, Nairobi, 1997.

HENKIN, Louis, *How nations behave*, Columbia University Press, New York, 1979.

HENKIN, Louis, SCHACHTER, OSCAR, SMIT, Hans, *International Law*, Aspen Publications, 2nd Edition, New York, 2001.

HENS, L. and Nath, B. *The Johannesburg Conference, Environment, Development and Sustainability 5*, New York, 2003.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *La Ciencia Jurídica tradicional y su transformación*, Editorial Civitas S. A. Madrid, 1981.

HOBBS, Thomas, *Leviathan*, London, (1660)

<http://oregonstate.edu/instruct/phl302/texts/hobbes/leviathan-contents.html>

(25.04.04)

HOBBS, Thomas, *Leviathan or Matter or Forms & Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, Andrew Crock, at the Green Dragon in St. Pauls Church yard, London, 1651.

HOFBAUER, Jane E., The principle of Permanente Sovereignty over Natural Resources and Its Modern Implications, Faculty of Law, University of Iceland, Reijkiavik, 2009.

HOHFELD, Wesley, Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, Yale University Press, Ed. Cook, Connecticut, 1923.

HORNBY, A. S., GATENBY, E.V., WAKEFIELD, H., The Advanced Learner's Dictionary of Current English, Second Edition, Oxford University Press, 2nd Edition, London, 1962.

HUBER, Max, The Island Las Palmas case, Scott, Hague Court Reports 2d 83 (1932) (Perm. Ct. 4rb. 1928), 2 U.N. Rep. Intl. 4rb. Awards 829, (1928).

HUFTY, M. La gouvernance internationale de la biodiversite, Centre Quebecois ded hautes etudes internationals, Vol. 32, No. 1, Quebec, 2003.

HURREL, Andrew and KINGSBRY, Benedict, The international politics of the environment, Oxford, 1992.

I

ICTSD Internal Files, Granting of Basmati Patent To US Firm Raises Traditional Knowledge Concerns, Volume 5, Number 29, 31 July 2001, Geneve, 2001,

<<http://www.ictsd.org/weekly/01-09-11/story4.htm>>

ILES, Alastair, Rethinking differential obligations: Equity under the Biodiversity Convention, Leiden Journal of International Law, Leiden, 2003.

INDIGENOUS FORUM ON BIODIVERSITY, First Meeting of the Ad-Hoc Open Ended Working Group on Access and Benefit Sharing of the Convention on Biological Diversity, , IIFB/CBD/WG-ABS/1Opening Statement and Recommendation/Final, 2001, 22-26 October, Bonn, 2001.

INSTITUTO NACIONAL DE BIODIVERSIDAD, Homepage, June 25, San José

de Costa Rica, 2002, <<http://www.inbio.ac.cr/es/default.html>> (31.10.02).

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, Draft Declarations on the Rights of Indigenous People, September 2, (OEA/SE/L/V/II90), Washington, 1997.

< <http://www.cidh.org/Indigenous.htm>> (09.07.2011).

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT), UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Rome, 1994.

<<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles1994/fulltext.pdf>> (22.04.04)

INTERNATIONAL COOPERATIVE BIODIVERSITY GROUP, Welcome, Bethesda (Maryland), 2012 <<http://www.icbg.org/>> (05.11.2011).

INSTITUTO ALEXANDER von HUMBOLDT, Homepage, Bogotá, 2004, <<http://www.humboldt.org.co/>> (31.04.04).

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOESLAVIA, Prosecutor v. Tadic, Case number, IT-94-1-A, 15 de Julio de 1999, the Hague, 1999.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, Policy Statement: Should patent applicants disclose the origin of biological materials on which they file patents? Should they demonstrate Prior Informed Consent (PIC) for their use? Paris, 2002.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Corfu Channel case, Judgment, April 9th, 1949: ICJ Reports 1949, the Hague, 1949.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion: ICJ, Reports 1949, p. 174 y ss, AW Sijthoffs, Publishing Companies, Leyden, 1949.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Nicaragua versus Estados Unidos de América, 1986 ICJ 14.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Case concerning the Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), 20 April 2010, the Hague, 2010.

INTERNATIONAL STANDARDS ORGANIZATION, ISO 9000 rules (on quality assurance), Geneve, 1994.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION, Draft Articles on Responsibility of the States for Internationally Wrongful Acts, Vienna, 2001.

< http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibilityfra.htm>

INTERNATIONAL LAW COMMISSION, Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law, New York, 2002.

<<http://www.un.org/law/ilc/reports/2002/english/chp9e.pdf>>

INTERNATIONAL LAW COMMISSION, Shared Natural Resources, Vienna, 2004 <<http://www.un.org/law/ilc/sessions/56/56sess.htm>> (02.04.04).

INTERNATIONAL LAW COMMISSION, Seventh Report on Unilateral Act of the State, (A/CN/45/42), Geneve-New York, 2004.

INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS, Marco legal, UEG, Permisología para el trabajo genético donde los Recursos Genéticos Naturales están protegidos por ley, La Convención sobre Diversidad Biológica de 1992, la Ley Venezolana de Diversidad Biológica, Caracas, 2010,

<<http://www.ivic.ve/ecologia/ueg/?mod=marco.php>> (05.03.2010).

IPSNEWS, Basmati Rice Patent Battle, August 20, New, Delhi, 2001.

J

JACKSON, John, Sovereignty-Modern: A new approach to an Outdated Concept,

American Journal of International Law, Vol. 97, October 2003, No.4, Washington, D.C., 2003.

JACKSON HOOKER, Sir William, PRAIN, David, STAPF, Otto, Curtis's botanical magazine, Royal Horticultural Society (Great Britain), Bentham-Moxon Trust, Royal Botanic Garden, Kew, Vol. VIII of the Third Series; (or Vol. LXXVIII of the whole work), London, Reeve and Co., Henrietta Street, Covent Garden, 1852 (TAYLOR, John Edward, Printer, Little Queen Street, Lincoln's Inn Fields), pp. 4626 y ss.

JACOB, Theodor, An industry perspective on Access & Benefit Sharing, WTO, Geneve, 2004

<http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/symp04_pp_jacob_e.ppt>(30.06.04)

JACOBS, Francis, The sovereignty of law: the European Way, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

JAIN, H. K., The Biodiversity Convention: More losers than winners, Biotechnology and Development Monitor, No. 21, December 1994, Amsterdam, 1994.

JANSEN, Daniel, Translation of Government of Costa Rica and Del Oro contract, 1998,

<<http://csf.colorado.edu/ecol-econ/sep98/0005.html>>(26.08.02).

JARIA i MANZANO, Jordi, La cuestión ambiental y la transformación de lo público, Tirant lo Blanch, Valencia 2011,

JENSEN PENNINGTON, Henning, Carta de 14 de marzo de 2007, VI 1819.2007, San José de Costa Rica, 2007.

JOHNSTON, Sam, North South Tensions Within the Convention on Biological Diversity: A case study in BASSE, Ellen Margrethe, Environmental Law (From

International to National Law), Gad Jura, Copenhagen, 1997.

JOHNSTON, Sam and BARBER, Charles, The Convention on Biological Diversity: Understanding and Influencing the Process, Equator Initiative, Geneva-New York, 2004.

http://www.undp.org/equatorinitiative/pdf/KampungCourseBooklet_English.pdf>(20.05.04).

K

KATE, Kerry ten and LAIRD, Sara, The commercial use of biodiversity, Earthscan, London, 2000.

KENNEDY, David, The role of Sovereignty in the New International Order, Canadian Society of International Law, October 17, Toronto, 1992.

KENNEDY, David, Laws and Development in PERRY, Amanda and HATCHARD, John, Contemplating Complexity: Law and Development in the 21st Century, Cavendish Publishing, 2003.

KELSEN, Hans, Autobiografía, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho número 50, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

KELSEN, Hans, Compendio de Teoría General del Estado, Ediciones Gernika S. A., 2009 (Traducción de Luis Recasens Siches y Justino de Azcárate de 1927).

KELSEN, Hans, Derecho y Naturaleza, Losada, Buenos Aires, 1945.

KELSEN, HANS, Derecho y paz en las relaciones internacionales, Fondo de Cultura Económica, Segunda edición, México, 1943, Segunda Edición, 1986. (traducción de ACOSTA Florencio).

KELSEN, Hans, El contrato y el tratado, Ediciones Coyoacán, México, 2007.

KELSEN, Hans, El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho, Editorial Reus, 2009 (traducción de Luis LEGAZ y LACAMBRA, Nota Preliminar de Jesus LÓPEZ MEDEL).

KELSEN, Hans, Essays in legal and moral philosophy, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht-Holland/Boston, 1973.

KELSEN, Hans, Introducción a la Teoría Pura del Derecho, Asociación Peruana de Derecho constitucional, Lima, 2001.

KELSEN, Hans, Introducción a la Teoría Pura del Derecho, 3a edición revisada y corregida, Lima, 2001.

KELSEN, Hans, Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law, Oxford University Press, (1997).

KELSEN, Hans, Principios de Derecho internacional público, Librería “El Ateneo” Editorial, Buenos Aires, 1965. (traducción CAMINOS, Hugo, HERMIDA, Ernesto).

KELSEN, Hans, Problemas capitales de la Teoría jurídica del Estado, Porrúa, México, 1987 (Traducción de Wenceslao ROCES y “Presentación” de Ulises SCHMILL).

KELSEN, Hans, ¿Qué es la Justicia? (traducción Ernesto GARZÓN VALDÉS), Fontamara, México, 1992.

KELSEN, Hans, ¿Qué es Justicia? (traducción y edición a cargo de Albert CALSAMIGLIA), Ariel S. A., Barcelona, 1991.

KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982 (Traducción de Roberto VERNENGO).

KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, 7a Edición, Porrúa, México, 1993 (Traducción de Roberto VERNENGO).

KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho (Introducción a la problemática científica del Derecho), (Traducción de Jorge TEJERINA), Editorial Losada S. A., Buenos Aires, 1941.

KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, Collihue, Buenos Aires, 2011, (traducción de Fernanda AREN, Natalia DASSIEAU, Silvina ROTEMBERG con Prólogo de José Juan MORESO y Pablo NAVARRO y bajo la asesoría de Eugenio BULYGIN).

KELSEN, Hans, Teoría General del Estado, Editora Nacional, México, 1962. (traducción de LEGAZ I LACAMBRA, Luis).

KELSEN, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Quinta Reimpresión de la Segunda edición, 1995

KIM, Jim, Institutional interplay between Biodiversity and Climate Change: Towards synergy creation, Institute of Advanced Studies of the United Nations University, Tokyo, Japan, (2003).

KING, Barbara and EYZAGUIRRE, Pablo, Intellectual Property Rights and agricultural biodiversity: Literature addressing the suitability of IPR for the protection of indigenous people, Agriculture and Human Values 16: 41-49, Dordrecht, (1999).

KINGSBURY, Benedict, Reconciling five competing conceptual structures of indigenous people's claims in international and comparative law, Journal of International Law and Politics, Vol. 31, Number 1, 2002.

KISS, Alexander, SHELTON, Dinah, Guide to International Environmental Law, Martinus Nijhoff Publishers, The Georg Washington University Law School, Leiden- Boston, 2007,

KISS, Alexander, El Derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en CARPIZO, Jorge (ed.), La protección internacional de los derechos del hombre Balance y Perspectivas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.

KLABBERS, Jan, The concept of treaty in international law, Kluwer Law International, The Hague, 1996.

KOESTER, Veit, The Biodiversity Convention, Negotiation Process and Some Comments on the Outcome in BASSE, Ellen Margrethe Environmental Law (From International to National Law), Gad Jura, Copenhagen, 1997.

KOHLI, K., Interview, Member of NGO Kalpavriksha, New Delhi, 2003.

KOKOTT, Juliane, DOHERING, Karl, BUERGENTHAL, Thomas, Gründzüge des Völkerrechts, 3, neu bearbeitete Auflage, C.F.Müller, Heidelberg, 2003.

KOTHARI, A. and Anuradha, R.V., Biodiversity and Intellectual Property Rights: Can the Two Co-Exist? Journal of International Wildlife Law and Biodiversity Vol. 2, 1999.

KRATOCHWIL, F., International law as an approach to international ethics: A plea for jurisprudential diagnostics in COICAUD, J.M., and WARNER, D., Ethics and international affairs (extent and limits), United Nations University Press, Tokyo, 2001.

L

LITOVSKI, Mónica, La reencarnación de los yuyos, Centro de Estudios Uruguayos de Tecnologías Apropriadas, Montevideo, 1997,

<<http://www.sicoar.com.uy/ceuta/reencarn.htm>> (28.11.09).

LAIRD, Sarah, Contracts for biodiversity prospecting in Walter W. Reid et al. (eds.), Biodiversity Prospecting: Using Genetic Resources for Sustainable

Development, World Resource Institute, Instituto Nacional de Biodiversidad (INBio), Rainforest Alliance, and African Centre for Technology Studies, New York, 1993.

LESSER, William, Sustainable Use of Genetic Resources under the Convention on Biological Diversity: Exploring Access and benefit Sharing Issues, CAB international, New York, 1998.

LAFER, C. Speech by Ambassador Celso Lafer, Minister of Foreign Relations at the international seminar organized by the European Commission and by the National Institute of Intellectual Property (INPI)- The Role of Intellectual Property in the fields of Bio-Diversity and Traditional Knowledge”, Manus, Brazil, September 10, 2001

<<http://www.mre.gov.br/projeto/mreweb/ingles/discu.../lafer-inpi-i.html>>(06.02.02).

LAKASHMIKUMARAN, Lakash. and SETHI, Pia, Interview, New Delhi, 2003.

LAIRD, Sarah, Contracts for biodiversity prospecting in REID, Walter et al. (eds.), Biodiversity Prospecting: Using Genetic Resources for Sustainable Development, World Resource Institute, Instituto Nacional de Biodiversidad (INBio), Rainforest Alliance, and African Centre for Technology Studies, New York, 1993.

LAIRD, Sarah, Biodiversity and Traditional Knowledge (Equitable Partnership in Practice), Earthscan, London, 2002.

LAIRD, Sarah, Last developed countries, Dhaka Declaration, 2003, <http://www.grain.org/rights_files/ldc2-2003-en.pdf> (2.10.2009).

LARENZ, Karl, Metodología de la Ciencia del Derecho, 2ª Edición, Ariel, Barcelona, 2001.

LAUTERPACHT, Elihu, Aspects of the Administration of international Justice,

University of Cambridge Research Centre for International Law, Grotius Publications Limited, Cambridge, 1991.

LEGAL LEXICON, < <http://www.lectlaw.com/def.htm>>(25.06.04)

LEGAZ I LACAMBRA, Luis, Kelsen, Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena (con prólogo de Luis Recasens Siches), Librería Bosch, Barcelona, 1933.

LESSER, William, Sustainable Use of Genetic Resources under the Convention on Biological Diversity: Exploring Access and benefit Sharing Issues, CAB international, New York, 1998.

LETTINGTON, R. and Manek, M., (2003) “Pandora Box”: TRIPs Article 27 (3) (b) and the CBD, sin lugar, 2003

<<http://www.sustain.org>> (12.03.09).

LINDHAL, H., Sovereignty and the institutionalization of normative order, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 21, No. 1, Oxford, 2001.

LIKE-MINDED MEGADIVERSE COUNTRIES, Cusco Declaration on Access to Genetic Resources, Traditional Knowledge and Intellectual Property Rights of Like-Minded Megadiverse Countries, Andean Community, Cusco, 2002,

<<http://www.comunidadandina.org/ingles/document/cusco29-11-02.htm>>

(25.09.09).

LLANOS MANSILLA, Hugo, Los tratados internacionales en la Constitución de 1925 y el la Jurisprudencia, Ius et Praxis, Año 9, No 1, 2003.

LOSANO, Mario, Teoría Pura del Derecho, Evolución y puntos cruciales, Editorial Temis, Bogotá, 1992.

LOZANO CUTANDIA, Blanca, Introduccion en SORIANO GARCÍA, José Eugenio y BRUFAO CUIEL, Pedro, Claves de Derecho ambiental I, Primera edición, iustel, Madrid, 2010,

M

MAQUIAVELLO, Nicolás, El Príncipe, Traducido del Toscano al Español, Madrid, de la Imprenta de D. León Amarita, Carrera de San Francisco, número 1, Madrid, 1821.

MACHIAVELLO, Nicolás, El Principe, ZigZag, Santiago de Chile, 1943.

MADRIGAL, P. and SOLIS, V., Entrevista, Agosto 22, San Jose de Costa Rica, 2003.

MAES, Franc, Environmental Law Principles, their nature and the Law of the Sea: A challenge for legislators, in SHERIDAN, Maurice, LAVRYSEN, Luc (eds.), Environmental Law and Practice, Bruyillant, Bruselles, 2002.

MANZUR, Isabel, LASEN, Carolina, Acceso a Recursos Genéticos: Chile en el contexto mundial, Fundación Sociedades Sustentables-Field, Santiago de Chile, Londres, 2003.

MANZUR, María Isabel, Experiencias en Chile de acceso a recursos genéticos, protección del conocimiento tradicional y derecho de propiedad intelectual, Fundación sociedades sustentables, Santiago de Chile, 2004.

MARTIN, Elizabeth and HINE, Robert, A Dictionary of Biology, Oxford University Press, Oxford, 2000.

MARTÍN MATEO, Ramón, Tratado de Derecho ambiental, Tomo IV, Edisofer sl., Madrid, 2003

MALANCZUCK, Peter, Ackehurst's a modern introduction to international law, Routledge, London, 1998.

MAROZZI, Marino, Los límites del modelo Inbio, Ambientico, No 100, San José de Costa Rica, 2002, <<http://www.una.ac.cr/ambi/Ambien-Tico/100/marozzi.htm>> (17.09.2011).

MASHELKAR, R. A., Interview, New Delhi, India (electronic mail), 2003.

MASHELKAR, R. A., Intellectual Property Rights and the Third World, Council of Scientific and Industrial research, New Delhi, 2002.

<http://www.sustci.harvard.edu/ists/TWAS_2002/mashelkar_unctad.pdf>

MASSIEU, Yolanda, CHAPELA, Francisco, Acceso a recursos y biopiratería en México, Revista El Cotidiano 114, julio-agosto, México, 2002.

Mc CONNEL, Fiona, The biodiversity convention: a negotiating history: a personal account of negotiating the United Nations Convention on Biological Diversity, Kluwer Law International, Dordrecht, 1996.

McCOUBREY, H., The obligation to obey in legal theory, Dartmouth Publishing Company, England, 1967.

MEENAM, Helen (ed.), Equality law in an enlarged European Union, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

MENON, Sektor, Kerala Tribe Accuses Indian Biologists of Stealing Knowledge, Panos Biopiracy, London, 1998.

MENDONCA, Daniel, Compendio de una teoría analítica del Derecho, Colección Filosofía y Derecho, Marcial Pons, Madrid, 2011.

MERCK FROST CANADA AND CO. General Overview, Toronto, 2002.

<http://www.merckfrost.ca/e/researchiv/r_d/overview.html>(07.05.03)

METALL, Rudolf Aladar, Hans Kelsen y la Escuela Vienesa de la Teoría del Derecho, en OLIVA, Claudio, Estudios sobre Hans Kelsen, Edeval, Valparaíso, 1993.

MEYER, Anja, International Environmental Law and Human Rights: Towards the explicit recognition of traditional knowledge, *RECIEL*, 10 (1) 2001.

MIRETE, José Luis, Maquiavelo y la “recepción de su Teoría del Estado en España” (siglos XVI y XVII)., *Anales de derecho, Universidad de Murcia, Número 19, Murcia, 2001.*

MILLENIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT, *Ecosystems and Human Well-Being*, Island Press, Washington, 2003.

MOELLER, C., *BioLead-An ecological approach by Novartis Pharma to the assessment of microbial chemical diversity in Novartis and UNED (UK)*, Report of a UNED-UK/Novartis Workshop hosted by the Rockefeller Foundation, New York, 1999.

MOONEY, Patrick, *Microbial Biopiracy: An initiative analysis of Microbial Genetic Resources Originating in the South and Held in the North*, Occasional Paper Vol 1 No.2, June, Toronto, 1994,

http://www.etcgroup.org/documents/occ_vol1_2.pdf>(02.04.04).

MONTENEGRO, Sergio et. al., *Derecho ambiental*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2007.

MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional*, Tirant lo Blanch, tomo I, Valencia, 2003.

Moran, D. and Bann, C., *The valuation of Biological Diversity for National Biodiversity Action Plans and Strategies: A guide for Trainers*, United Nations Environment Program (UNEP), Nairobi, 2000.

MORESO, José, VILAJOSANA, Joseph, *Introducción al Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

Morin, J. F., (2003) *Les accords de bioprospection favorisent-ils la conservation des*

resources génétiques?, Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, vol 34, No.1, November, Revue de l'Université de Sherbrooke, Sherbrooke, 2003.

MST, Brasil, Movimientos sociales a Embrapa, Segunda-feira, October 15, 2001

<<http://www.biodiversidadla.org/noticias2/noticias352.htm>> (04.02.02).

MUGABE, John y BARBER Charles, Introduction in MUGABE, John et al. (eds.), Access to Genetic Resources, ACTS Press, Nairobi, 1997.

MUGABE, John, BARBER, Charles Victor, HENNE, Gudrun, GLOWKA, Lyle, and LA VINA, Anthony, Managing Access to Genetic Resources in Mugabe et al.(eds.), Access to Genetic Resources, ACTS Press, Nairobi, 1997.

MÜLLER-ÜHLENBROCK, Klaus Theodor, El significado de la soberanía en el sistema internacional de Estados. Origen, tipos y estadios de la estatalización en

MÜLLER-ÜHLENBROCK, Klaus Theodor y BECERRA RAMÍREZ, Manuel, Soberanía y Juridificación en las relaciones internacionales, Facultad de Estudios Superiores de Acatlán, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

MÜLLER-ÜHLENBROCK, Klaus Theodor y BECERRA RAMÍREZ, Manuel, Soberanía y Juridificación en las relaciones internacionales, Facultad de Estudios Superiores de Acatlán, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

MUÑOZ, Carlos, LEÓN-LOBOS, Pedro, La necesidad de una ley de acceso en INIA Tierra Adentro, julio-agosto 2007.

MYERS, Norman, et al, Biodiversity hotspots for conservation priorities, Nature 03: pp. 853-858, New York, 2000.

MULLHOLLAND, D. and WILMAN, E., Bioprospecting and Biodiversity Contracts, prepared for the 76th Annual Conference Canadian Resource and

Environmental Economics, University of Mc Master, McMaster, 1997

<<http://www.socsi.mcmaster.ca/cree97>> (25.04.10).

N

NAYAR, Nayar, LAKASHMIKUMARÁN, India wins basmati rice battle against US. Firm (August 21,2001), New Delhi, 2001

<<http://www.rediff.com/money/2001/aug/21rice3.htm>> (12.03.10).

NAGODA, Dag and TVERTERAAS, Andreas, Biodiversity inventoring and bioprospecting as management tools (A study of the impacts of the National Biodiversity Institute (Inbio) on biodiversity management in seven Costa Rican Conservation Areas, Tesis de Grado Suecia-Costa Rica , Centre for Development and Environment, Universidad de Oslo, 2001 en MAROZZI, Marino, Los límites del modelo Inbio, Ambientico, No 100, San José de Costa Rica, 2002, <<http://www.una.ac.cr/ambi/Ambien-Tico/100/marozzi.htm>> (17.09.2011).

NASSER OLEA, Marcelo, Reflexiones en espera de un fallo del nuevo Tribunal Constitucional: El pretendido ajuste a la Constitución de los artículo 95 números 6° y 7° y 8° en relación con el artículo 96 inciso 3° del Código de Minería, en Revista Chilena de Derecho, vol 34. No 2, 2007, Santiago de Chile, 2007.

NATIONAL COLLECTION OF INDUSTRIAL BACTERIA, NCIMB Policy on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing, London, 2004, <<http://www.ncimb.co.uk/Files/CBDinclQF106.pdf>>(25.04.04).

NAVARRO BELTRÁN, Enrique, El control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011), Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 43, Santiago de Chile, 2011.

NOLAN-HALEY, John; Nolan, J., (1991) Black's Law Dictionary, West Group.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Derechos fundamentales y garantías

constitucionales, Librotecnia, Santiago de Chile, 2010.

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, Dogmática constitucional, Editorial Universidad de Talca, Talca, 1997.

NUÑEZ LOZANO, Carmen, Curso de Derecho ambiental en el programa de Doctorado de la Universidad Internacional de Andalucía y de la de Huelva, febrero 2009.

NUSSBAUM, Martha, The enduring significance of John Rawls, The Chronicle Review, New York, 2001,

<<http://chronicle.com/free/v47/i45/45b00701.htm>>(05.02.04).

NUSSBAUM, Martha, FARALLI, Carla, New frontiers of Justice, Ratio Juris. Vol. 20 No. 2 June 2007 (145-161).

O

OBRADOVIC, Daniela, European Union Law Course, Amsterdam School of International Relations, University of Amsterdam, Amsterdam, 1999.

OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, The nature of States parties obligation (Article 2 par. 1): 14/12/90. CESCR General Comment 3. (General Comment), Geneve, 1990,

<[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/CESCR+General+Comment+3.EN](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/CESCR+General+Comment+3.EN)>(09.01.04).

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACIÓN, Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, Roma, 2009.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACIÓN, Documentación presentada a la disposición de la comisión de recursos genéticos para la alimentación y la agricultura por la Unión

Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, Roma, 1999.

ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, Convención sobre Diversidad Biológica, en United Nations Treaty Series, Vol. 1760, I-30619, New York, 1993.

<<http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>> (08.10.2011).

ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, Convención sobre Diversidad Biológica, Montreal, 2012, <<http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>> (20.1.2012).

ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, La Haya, 1945.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Trial Smelter Case (United States, Canada) 16 April 1938 and 11 March 1941 Reports of International Arbitral Awards, Volume III, New York, 2006.

ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente humano, Estocolmo, 1972,

<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/66/pr/pr27.pdf>>

ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 41/128 de 1986 sobre derecho al desarrollo, Nueva York, 1986.

ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente humano. Estocolmo, Suecia, 5-16 de junio de 1972.

<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/66/pr/pr27.pdf>>

ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, (Río de Janeiro 3 al 14 de junio de 1992),

<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/13/pr/pr24.pdf>>.

ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, titulada "Soberanía permanente sobre los recursos naturales", aprobada por la Asamblea General en su resolución 1803 (XVII) 14 de diciembre de 1962, Nueva York, 1962.

<http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/c_natres_sp.htm>
(25.09.2011).

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, Comité intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos y folclore, Ginebra, 2001.

OSMAN, M. bin, (2003) Interview, Kuala Lumpur. June.

SUHAI, Suman, Our Strategy was wrong. We have resoundingly lost the basmati case, New Delhi, 2001,

<<http://www.rediff.com/money/2001/aug/27inter.htm>> (03.03.04).

ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, Intellectual Property, Technology transfer, and genetic resources, Paris, 1996.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980, Viena, 1969.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, Comité intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos y folclore, Ginebra 30 de abril al 1 de mayo de 2001, Ginebra, 2001.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into

force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980, Viena, 1969.

ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, Resolution 1314 (XIII) Recommendations concerning international respect for the right of peoples and nations to self determination, 12 December 1958, en Resolutions adopted on the Reports of the Third Commission of the United Nations General Assembly, Nueva York, 1958.

ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, United Nations General Assembly-Resolution 1803, (XVIII), Permanent sovereignty over Natural Resources, December 14, 1962, 17 UN – GAOR, Supp. No. 17, New York, 1962.

ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, United Nations General Assembly, Resolutions adopted on the reports of the second committee: “Resolution 1803, (XVIII), Permanent sovereignty over Natural Resources”, New York, 1962.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Comisión de Derecho internacional, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en CASANOVAS, Oriol y RODRIGO, Angel, Casos y Textos de Derecho internacional público, Madrid, 6ª Edición, 2010.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980, Viena, 1969.

ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS, United Nations General Assembly, Resolutions adopted on the reports of the second committee: “Resolution 1803, (XVIII), Permanent sovereignty over Natural Resources”, New York, 1962.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, DECLARACIÓN SOBRE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO, Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, A/CONF.151/26 (Vol. I), Río de Janeiro, 2002.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados al Comercio, Marrakesh, 1994, Glad, 2011,

< http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.doc>, 25 de octubre 2010.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Noticias, Glad, 2011,

<http://www.wto.org/spanish/news_s/news11_s/trip_17nov11_s.htm>
(25.04.2011)

P

PAULSON, Stanley, Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho número 17, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000. (traducción Luis VILLAR BORDA).

PAUWELYN, Joost, Conflict of norms in public international law: How WTO law relates to other rules of International Law, Cambridge University Press. 2003.

PAUWELYN, Joost, The Nature of WTO Obligations, New York University School of Law, The Jean Monet Program, New York, 2002.

PARKER, Philipp, Webster Online Dictionary,

<<http://www.websters-online-dictionary.org/>>(24.03.04).

PASTOR RIDRUEJO, José A., Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales, Tecnos, 6a edición, Madrid, 1996.

PASTOR RIDRUEJO, José, Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales, Editorial Tecnos, 15ª Edición, Madrid, 2011.

PELLET, Allain, Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes, European Journal of International Law, Vol. 10 no. 2, 425-434, 1999.

PELLET, Allain, State sovereignty and the protection of fundamental human rights: an international law perspective, Pugwash Occasional Papers, New Delhi., 2000.
<www.pugwash.org/reports/rc/pellet.htm> (07.09.11)

PEÑA, Marisol, Apuntes tomados en el Curso de la Academia de Derecho internacional de La Haya, Octubre 24, Santiago de Chile, 2011.

PEÑA-NEIRA, Sergio, Los recursos genéticos desde el Derecho civil en Universidad Diego Portales, PIZARRO WILSON, Carlos (Coord.), Estudios de Derecho civil IV (Jornadas Nacionales de Derecho civil), Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009.

PEÑA NEIRA, Sergio, Rectificación, Respuesta, Réplica en el “Decreto de 14 de junio de 1830”: proyección y relaciones histórico-jurídicas en el derecho chileno y comparado (o la crítica con responsabilidad), Universidad Internacional de Andalucía, La Rábida, 2010.

PENHA-CYSNE, R., Aspectos macro e microeconomicos das reformas brasileiras, Nro. 63, Comision Economica para America Latina, Serie Reformas Economicas, Santiago de Chile, 2000.

PERELMAN, Chaim., Justice Law and Arguments: Essay on moral and legal reasoning, Kluwer Academic Publisher, 1980.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, Factory Chorzow case, CPJI., Série A, No. 17, 1928, the Hague, 1928.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, Case of the free zones of Upper Savoy and the district of Gex, (Zona Libre de la Alta Saboya y el distrito de Gex) , 19 de octubre de 1929, the Hague, 1929.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, Case of the free zones of Upper Savoy and the district of Gex, (Zona Libre de la Alta Saboya y el distrito de Gex) Segunda fase, 6 de diciembre de 1930, the Hague, 1930.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, Diversion of Water from the Meuse, Judgement 1937, P.C.I.J., Series A/B, No 70, the Hague, 1937.

PERREZ, Francois Xavier, Co-operative Sovereignty, Kluwer Law International, The Hague, 2000.

PETEV, Valentín, Metodología y Ciencia Jurídica en el Umbral del siglo XXI, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho número 2, Primera reimpresión, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997. (traducción VILLAR BORDA, Luis).

PETIT, Carlos, La investigación jurídica: Historia, Teoría y Comparación, IIIer Programa Interuniversitario de Doctorado en Ciencia Jurídica: Teoría, Historia y Comparación, Huelva-Palos de la Frontera, 2009.

PIGRETTI, María, Propiedad de los recursos fitogenéticos y reglas de acceso en el derecho argentino e internacional. Propuesta para incrementar beneficios locales, Universidad de Lund, Lund, 2006.

POLLACK, Andrew, Biological Products Raise Genetic Ownership Issues, November 26, New York Times, 1999.

POSEY, Darrell, Intellectual Property Rights and just compensation for indigenous knowledge, Anthropology Today, Volume 6, No. 4, London, 1990.

POSEY, Darrell, and DUTFIELD, Graham, Beyond intellectual Property, Toward Traditional Resource Rights or Indigenous Peoples and Local Communities, Canada, Toronot, 1996.

POSEY, Darrell, Provisions and Mechanisms of the Convention on Biological

Diversity for Access to Traditional Technologies and Benefit Sharing for Indigenous and Local Communities Embodying Traditional Lifestyles Oces Research Paper No. 6, Oxford, 1996.

POSEY, Darrell, Commodification of the sacred through intellectual property rights, Journal of Ethnopharmacology, Volume 83, Issues 1-2, November, 2002.

POUND, R. and DEROSA M., An introduction to the philosophy of law, Transactions Publishers, New Yersey, 1998.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA, Dictamen no. 286,(23.11.02),(C-2862002), San José de Costa Rica, 2002,

http://www.pgr.go.cr/Scij/Busqueda/normativa/pronunciamiento/pro_ficha.asp?nBaseDato=1&nDictamen=11497> (05.06.10).

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA, Asuntos Constitucionales, San José de Costa Rica, 2002,

http://www.pgr.go.cr/Scij/Busqueda/normativa/asuntos_cons/asuasunto_const.asp?nBa>(05.06.10).

PROGRAMA PANAMERICANO DE DEFENSA Y DESARROLLO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, CULTURAL Y SOCIAL, Agentes bioactivos de la diversidad biológica en tierras áridas de América, República de Argentina, Buenos Aires, 2011.

“Propuesta normativa sobre los derechos comunitarios relacionados a la proteccion del conocimiento tradicional y a los elementos tangibles asociados” Photocopy given by Mr. Van Tar, Alexander, Tokyo, 2002.

PUSHPANGADAN, et al., Pariseth. K., Arogyapacha (Trichopus Zeylanicus), The Ginseng of Kani Tribes of Agasthyar Hills (Kerala) for Evergreen Health and Vitality, Ancient Sciences of Life 7: 13-16, Kerala, 1988.

PUSHPANGADAN, et al., Pariseth. K., Ancient Science of Life, TBGRI Publication 1995, pp. 13-16, New Delhi, Kerala, 1988.

Q

QUINTANA BRAVO, Fernando, Interpretación y Argumentación jurídica, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006.

R

RAGHAVAN, Ch., NGOs campaign against Basmati patents, New Delhi, 2000,
<<http://www.twinside.org.sg/title/2129.htm>> (10.02.03).

RAMAN, M., An Analysis of Malaysia's Implementation of the Convention on Biological Diversity with a focus on forests, United Kingdom, 2002.

RAMCHANDRAN, Rabrindanath, Challenging the basmati patent in The HINDU India's National Magazine, Volume 17- Issue 10, May 13-16, New Delhi, 2000,
<<http://www.frontlineonnet.com/fl1710/17100790.htm>> (25.01.08).

RAUSTALIA, Kal, Rethinking the sovereignty debate in international economic law, Journal of International Economic Law, 6 (4), 2003, pp. 841-848.

RAW, Isaias, Bioamazonia, Novartis e o Brasil, Boletín de la sociedad brasilena de química, BIÊNIO (2000/2002) BOLETIM ELETRÔNICO No 177, Sao Paulo, 2000,
<<http://www.s bq.org.br/publicacoes/beletronico/bienio2/boletim177.htm>>(19.05.04)

RAWLS, John, A Theory of Justice, Harvard University Press, Massachussets, 1999.

RADIO MUNDO REAL, Entrevista a Silvia Rodríguez, Ley de Biodiversidad de Costa Rica recibe premio internacional, aunque dentro de las fronteras la realidad es muy otra, Radio Mundo Real, San José de Costa Rica, 2010.

RAZ, Joseph, Razonando con las normas (traducción, Sergio Peña Neira), Anuario chileno de Filosofía jurídica y Social, Sociedad chilena de Filosofía jurídica y social, 2010.

RAZ, Joseph, El concepto de sistema jurídico, Universidad Nacional Autónoma de México, (Traducción R. Tamayo Salmorán), Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario esencial de la lengua española, Espasa Calpe, S.A., Madrid, 2006.

RECASENS SICHES, Luis, Prólogo, en LEGAZ I LACAMBRA, LEGAZ I LACAMBRA, Luis, Kelsen, Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena (con prólogo de Luis Recasens Siches), Librería Bosch, Barcelona, 1933.

RECASENS SICHES, Luis, Balance de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, Boletín Mexicano de Derecho comparado , número 19, 1974, pp. 165-166.

RED DE COORDINACIÓN DE BIODIVERSIDAD, Ley de Biodiversidad premiada “Hoy en día es una ley erosionada” Comunicado de prensa, San José de Costa Rica, 2010.

REDDIFF, (2001) US firm wins patent for basmati rice varieties, <<http://www.rediff.com/money/2001/aug/21rice.htm>> (23.02.03).

REMIRO BRETONS, Antonio et al., Derecho internacional, Mac Graw Hill, Madrid, 1997.

RESEARCH FOUNDATION FOR SCIENCE, TECHNOLOGY, AND ECOLOGY, The Draft Biological Diversity Legislation. An anti-national, anti-people Law, New Delhi, 2003,

<[http://www.vshiva.net/archive/biopiracy/draft biodiv legislation.htm](http://www.vshiva.net/archive/biopiracy/draft_biodiv_legislation.htm)>

(10.04.03).

REPÚBLICA DE LA INDIA, National Biodiversity Authority, Chapter, 11, Nadu, India, 2011.

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA E INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS, Contrato de acceso a los recursos genéticos, Caracas, 19 de mayo de 2003, Caracas, 2003.

REPÚBLICA DE BRASIL, Medida Provisional 2186-16 de 23 de agosto de 2001, publicada en el Diario Oficial de Brasil de 24 de agosto de 2001, Brasilia, 2001.

REPÚBLICA DE BRASIL, decreto 5.459 publicado en el Diario Oficial de Brasil de 7 de junio de 2005, Brasilia, 2005.

REPÚBLICA DE BRASIL, Medida Provisional 2186-16 de 23 de agosto de 2001, publicada en el Diario Oficial de Brasil de 24 de agosto de 2001, Brasilia, 2001.

REPÚBLICA DE BRASIL, Medida Provisional 2186-16 de 23 de agosto de 2001, publicada en el Diario Oficial de Brasil de 24 de agosto de 2001, Brasilia, 2001.

REPÚBLICA DE BRASIL, decreto 5.459 publicado en el Diario Oficial de Brasil de 7 de junio de 2005, Brasilia, 2005.

REPÚBLICA DE BRASIL, Medida Provisoria No. 2052 de 29 de junio de 2000 publicado en el Diario Oficial de Brasil de 30 de junio de 2000, Brasilia, 2000.

REPÚBLICA DE BRASIL, decreto 5.459 publicado en el Diario Oficial de Brasil de 7 de junio de 2005, Brasilia, 2001.

REPÚBLICA DE BRASIL, Constitucao da República Federativa do Brasil, Senado Federal (Texto consolidado até a Emenda Constitucional No 68 de 21 de dezembro de 2011, Secretaria Especial de Editoracao E Publicaciones, Subsecretaria de Edicoes Tecnicas, Brasilia, 2010.

<http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_21.12.2011/CON1988.pdf> (23.12.2011).

REPÚBLICA DE CHILE, Convención sobre Diversidad Biológica, entrada en vigor mediante su publicación en el Diario Oficial con fecha 6 de mayo de 1995, Santiago, 1995.

REPÚBLICA DE CHILE, Fija el texto refundido, coordinado, y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, Diario oficial de la República de Chile de 22 de septiembre de 2005 actualizado a 11 de julio de 2011, Santiago, 2011.

REPÚBLICA DE CHILE, Promulga el Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, adoptado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966 suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969, publicado en el Diario Oficial de la República de Chile de 27 de mayo de 1989.

REPÚBLICA DE CHILE, Ley 17336 sobre Propiedad intelectual, actualizada 4 de mayo de 2010 y publicada 2 de octubre de 1970, Santiago de Chile, 2010.

REPÚBLICA DE CHILE, Instituto Nacional de Investigaciones Agropecuarias, Normas de acceso, Santiago de Chile, 2011,

<<http://www.inia.cl/recursosgeneticos/politicas/normas.htm>> (25.12.11)

REPÚBLICA DE CHILE, Instituto Nacional de Investigaciones Agropecuarias, Acceso a los recursos genéticos. Situación legal y jurídica, Santiago de Chile, 2011,

<<http://www.inia.cl/recursosgeneticos/politicas/situacion.htm#>> (25.12.11).

REPÚBLICA DE CHILE, Instituto de Investigaciones Agropecuarias, Solicitud de acceso a recursos fitogenéticos in situ”, Santiago de Chile, 2011,

<http://www.inia.cl/recursosgenéticos/descargas/Formulario_de_reporte.doc
>, (23.11.11).

REPÚBLICA DE CHILE, Instituto de Investigaciones Agropecuarias, Solicitud de acceso a recursos fitogenéticos in situ”, Santiago de Chile, 2011,

<http://www.inia.cl/recursosgenéticos/descargas/Formulario_de_reporte.doc
>, (23.11.11).

REPÚBLICA DE CHILE, Instituto de Investigaciones Agropecuarias, Solicitud de acceso a recursos fitogenéticos in situ”, Santiago de Chile, 2011,

<http://www.inia.cl/recursosgenéticos/descargas/Formulario_de_reporte.doc
>, (23.11.11).

REPÚBLICA DE CHILE, Ley 19.342 Regula derechos de obtentores de nuevas variedades vegetales, Diario Oficial de la República de Chile, 3 de noviembre de 1994, Santiago de Chile, 1994.

REPÚBLICA DE CHILE, Promulga la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y su anexo,(Decreto 381/81) suscrita por el Gobierno de Chile en Viena, el 23 de mayo de 1969, Diario Oficial de la República de Chile de 22 de junio de 1981, Santiago de Chile, 1981.

REPÚBLICA DE CHILE, Promulga Convención sobre Cambio Climático, Decreto 123, Publicado en el Diario Oficial de la República de Chile de 13 de abril de 1995, Santiago de Chile, 1995.

REPÚBLICA DE CHILE, Promulga Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, Suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969, Decreto 326), Diario Oficial de 27 de mayo de 1989, Santiago de Chile, 1989.

REPÚBLICA DE INDIA, (Ministry of Law and Justice), The Biological Diversity Act, 2002, Publicada en la Gaceta del Estado, 5 de febrero de 2003, Nueva Delhi, 2003.

REPUBLICA DE INDIA, The Geographical indication of Goods (Registration and Protection) Act, Ministry of Law, Justice and Company Affairs, New Delhi, No 48, The Gazette of India, December 30, 1999.

REVKIN, A., Burning Season: The Murder of Chico Mendes and the Fight for the Amazon Rain Forest, Dutton/Plume, New York, 1994.

RICHARDSON, Benjamin J., Indigenous people, international law and sustainability, RECIEL 10, 2001.

RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, Fuentes y División del Derecho positivo, Edeval, Valparaíso, 1968.

RIBERA, Teodora, Agentes bioactivos de la diversidad biológica en tierras áridas de América, República de Argentina, Buenos Aires, 2011,

<<http://www.indigenas.bioetica.org/icgb1.htm>> (25.10.2011).

RODRÍGUEZ, Silvia, Normas de acceso a los recursos bioquímicos y genéticos, Ambientico, No 100, San José de Costa Rica, 2002,

<<http://www.una.ac.cr/ambi/Ambien-Tico/100/rodriguez.htm>> (16.09.2011).

RODRIGUEZ Murillo, Gonzalo, Aplicación judicial del Derecho y lógica de la Argumentación Jurídica, Cuadernos Civitas, Madrid, 1988.

ROBINSON, Douglas, MEDLOCK, Nina, Diamond v. Chakrabarty: Retrospective on 25 Years of Biotech Patents, Intellectual Property and Technology Law Journal Volume 17, Number 10, 2005.

RODRIGUEZ, Silvia y CAMACHO, María Antonieta, Bioprospecting in Costa Rica: Facing new dimensions of Social and Environmental Responsibility in Utting,

Petter, *The Greening of Business in Developing Countries: Rhetoric, Reality and Prospects*, Zed Books, London , 2002.

ROFFE, Pedro, et al., *TRIPs and Development: Resource Book*, UNCTAD/ICTSD Capacity Building Project on Intellectual Property Rights and Sustainable Development, UNCTAD/ICTSD, Geneva, 2002.

RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Cuarta Edición, Reimpresión 2001, Madrid, 2001.

ROSENDAL, Kristine, *Implications of the US 'No' in Rio* in Sanchez, V. and Juma, C., *Biodiplomacy*, ACTS Press, Nairobi, 1994.

ROSENDAL, Kristine, *The Convention on Biological Diversity: A viable instrument for Conservation and Sustainable Use?* in BERGESEN, H.O., PARMANN, G., OYSTEIN, Th., *Green Globe Yearbook of International Cooperation on Environment and Development*, Oxford University Press, Oxford, 1995.

ROSENTHAL, Joshua, *Equitable Sharing of Biodiversity: agreements on genetic resources*, en Instituto Nacional de Ecología, *Economía Ambiental: Lecciones de América Latina 1ª Edición*, México, 1997.

ROSENTHAL, Johanna, *The International Cooperative Biodiversity Groups: Pilot projects in Biodiversity Prospecting, Bioactive Agents from Dryland Biodiversity of Latin America*, Arizona, 1997,

<<http://ag.arizona.edu/OALS/ICBG/publications/noticiero5-2/rosenthal>>

(25.08.11).

ROSSI, Ch., (1993), *Equity in international law*, Transnational Publishers, New York.

S

SACHS, Jeffrey, *Achieving the UN Millennium Development Goals: The Role of the International Biodiversity Community*, Columbia, 2003,

<http://www.earthinstitute.columbia.edu/about/director/>>(03.04.04)

SAHA, Rameh, *Entrevista*, New Delhi, 2003.

SAHAI, Dr. Suman, *Interviewed by Ramesk Menon*, Rediff.com, New Delhi, 2001, August 27,

<http://cgi.rediff.com/money/2001/aug/27inter.htm>> (19/01/11)

SAHAI, Suman, *Commercialisation of Indigenous Knowledge and Benefit Sharing*, UNCTAD Expert Meeting on Systems and National Experiences for Protecting Traditional Knowledge, Innovations and Practices, Geneva, 2000.

SANCHEZ, Vicente, *The Convention on Biological Diversity: Negotiation and contents* in SANCHEZ, Vicente and JUMA, Calestous, *Biodiplomacy*, ACTS Press, Nairobi, 1994.

SANCHEZ, Vicente, *Entrevista*, Santiago de Chile, 2002.

SANDS, Phillip, *Principles of International Environmental Law*, 2nd Edition, Cambridge University Press, 2003.

SAN PEDRO, Luis, *Curso de Derecho Europeo de la Competencia*, Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Internacional de Andalucía-Universidad de Huelva, 2009.

SALAZAR SUAZO, Erika y LEÓN LOBOS, Pedro, *Estado de la Conservación ex situ de los Recursos Fitogenéticos Cultivados y Silvestres*, Santiago de Chile, 2006.

SCHOENBAUM, Thomas, *International trade and environmental protection* in BIRNIE, Patricia and Boyle, A., *The International Law of the Environment*, 2002, Oxford.

SCHRIJVER, Nicolas, *Sovereignty over natural resources: balancing rights and*

duties in an interdependent world, Groningen : University Library Groningen [Host], 1995,

<http://www.ub.rug.nl/eldoc/dis/jur/n.j.schrijver/>>(23.04.2010).

SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, Analysis of gaps in existing national, regional and international legal and other instrument relating to Access and Benefit Sharing, Montreal, 2009.

SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, Fair and equitable sharing of benefits arising from the use of genetic resources, Conference of the Parties of the Convention on Biological Diversity, Third Meeting, Buenos Aires, 1996.

SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, Handbook of the Convention on Biological Diversity, CBD, UN, UNEP, Earthscan Publications, London, 2001.

SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, Assessment of user and provider experience, identification of approaches to involvement of stakeholders, and complementary options, Montreal 19-22 March 2001.

SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, Assessment of user and provider experience, identification of approaches to involvement of stakeholders, and complementary options, Montreal, 2001.

SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, Decision 16, Article 8(j) and related provisions, Montreal, 2002.

SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, Report of the Sixth Meeting of the Conference of the Parties of the Convention on Biological Diversity, Montreal, 2002

SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY,
Access and Benefit Sharing as related to Genetic Resources, Montreal, 2002.

SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, 2003
The role of intellectual property rights in access and benefit-sharing arrangements,
including national and regional experiences, Ad-Hoc Open Ended Working Group
on Access and Benefit-Sharing, Montreal, December, 2003.

SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY,
International Regime on Access and Benefit Sharing, Montreal, 2003.

SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, 2003
Contribution of the Convention on Biological Diversity Implementing outcomes of
the Johannesburg Summit, Montreal, 2003.

SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, Ad-
Hoc Open Ended Intercessional Working Group on Article 8 letter j and related
provisions of the Convention on Biological Diversity, Montreal, 2003
<<http://www.biodiv.org>> (05.06.04).

SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY,
Report on the Ad-Hoc Open Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing
on the work of its second meeting, UNEP/CBD/COP/7/6, Seventh Meeting of the
Conference of the Parties of the Convention on Biological Diversity, Kuala Lumpur,
2004.

SECRETARY OF THE STATE OF THE HOME DEPARTMENT, Torrey
Canyon, London, 1967,

<<http://www.bopcris.ac.uk/bop1965/ref2163.html>> (25.04.04)

SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, Handbook of the Convention on Biological Diversity, CBD, UN, UNEP, Earthscan Publications, London, 2000.

SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, List of the Parties, Montreal, 2012, <<http://www.cbd.int/convention/parties/list/>> (23.9.2011).

SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, International Regime on Access and Benefit Sharing, UNEP/CBD/MYPPPOW/6, 7-20 of March, Montreal, 2003.

SELLER, Andres and DUTFIELD, Graham, Regulating Access and Benefit Sharing, Basic issues, legal instruments, policy proposals, Federal Agency for Nature Conservation, Bonn, 2001.

SHERIDAN, Maurice, LAVRYSEN, Luc (eds.), Environmental Law and Practice, Bruylant, Bruselles, 2002.

SHERWIN, EDMUND, Restitution and Equity: An Analysis of the Principle of Unjust Enrichment, University of San Diego, School of Law, Public Law and Legal Theory, Working Paper 26, Winter, San Diego, 2001.

SHIVA, Vandana, A case history of Biopiracy, New Delhi, 2000,
<<http://www.healthlibrary.com/reading/neem/chap10.hm>> (15.04.09).

SHIVA, Vandana, Entrevista, Tokyo, 2003.

SHIVA, Vandana, The Neem tree-a case history of biopiracy, TWN Third World Network, New Delhi, 2002,

<<http://www.winside.org.sg/titlepit-ch.htm>> (12.07.09).

SICILIANOS, Luigi-Armand, The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility in European Journal of

International Law, Volume 13, Issue 5, December 2002.

SIMPSON, David, SEDJO, Robert. A., Paying for the Conservation of Endangered Ecosystems: A Comparison of Direct and Indirect Approaches in Environment and Development Economics, Vol. 1, Part 2 , pp. 241-257, 1996.

SIMPSON, David, SEDJO, Robert. A., Investments in Biodiversity Prospecting and incentives for Conservation, Discussion Paper 96-14, Resources for the Future, Washington, 1996.

SINCLAIR, John, Collins Cobuild English Dictionary for Advanced Learners, Harper Collins Publishers, London, 2001.

SINGH NIJAR, Guardial, (1999) Recognition of indigenous intellectual rights and knowledge systems in the age of globalisation-A third world view, Law Faculty, University of Malaya, Kuala Lumpur, Malaysia.

SITTENFELD et al., Ana, Bioprospecting of Biotechnological resources in Island countries: Lessons from the Costa Rican experiences, San José de Costa Rica, 2002.

SIN AUTOR, Voluntary Guidelines for the conduct of cultural environmental and social impact assessment regarding developments proposed to take place on, or which are likely to impact on, sacred sites and on lands and waters traditionally occupied or used by indigenous people and local communities, Venezuela, 2006.

SMITH, P.D. and MCDONOUGH, M.H., Beyond Public participation: Fairness in natural resource decision-making, Society and Natural Resources, Vol. 14. pp. 239-249, 2001.

SOLIS, Verónica, et al. , (1998) La ley de biodiversidad de Costa Rica: Lo que dice para todos, IUCN, Minae, UNCR, UNED, San José de Costa Rica.

SOLIS, Viviana, MADRIGAL, Patricia, Costa Rica's Biodiversity Law: Sharing the process, Journal of International Wildlife and Policy, Volume 2, No.2, 1999.

SOTO KLOSS, Eduardo, El Recurso de Protección, orígenes, doctrina y jurisprudencia, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1982.

SQUELLA, Agustín, Derecho, Desobediencia y Justicia, Departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile, Valparaíso, 1977.

STANFORD ENCICLOPEDIA OF PHILOSOPHY, Legal Obligation and Authority, Stanford, 2011

<http://plato.stanford.edu/entries/legal-obligation/>,(2011).

STONE, Cristopher, Stemming the Loss of Biological Diversity: The institutional and Ethical Contours, RECIEL, Vol. 6, Issue 3, 1997.

STONE, Cristopher, Common but differentiated responsibilities in international law, American Journal of International Law, Vol. 98, No.2, 2004.

SUMNER MAYNE, Henry, Derecho Antiguo considerado en sus relaciones con la historia de la sociedad primitiva y con las ideas modernas, Biblioteca jurídica de autores contemporáneos, Escuela tipográfica del Hospicio, Madrid, 1893. (prólogo artículo de AZCÁRATE, Gumerindo de).

SUHAI, Samian, India's Biodiversity Bill is weak and confused, November 11, New Delhi, 2002,

<http://www.genecampaign.org/newsfolder/PVP-FR-long/analysis/20II.doc>
(12.02.11).

SVARSTAD, Hanne, National Sovereignty and Genetic Resources in Sanchez, Vicente and Juma, Calestous, Biodiplomacy, ACTS Press, Nairobi, 1994.

SVARSTAD, Hanne, Biodiversity prospecting: Biopiracy or equitable sharing of benefits? Center for Development and the Environment, Oslo, 1995.

SVARSTAD, Hanne, DHILLON, Sven, BRUGGE, Hanne, From Norway to Novartis: Bioprospecting within an open access regime, Biodiversity and

Conservation, 9 (11), 2002.

T

TARUFFO, Michele, Los hechos en la prueba, Trotta, Barcelona, 2006.

TASIOULAS, John, International Law and the Limits of Fairness, European Journal of International Law, 2002, Vol. 13 No. 4.

TAUBER, Sabine, Contract standardisation as an instrument for Access and Benefit-Sharing under the Convention on Biological Diversity. A Governance analysis of transactions with genetic resources. University of Bonn, Germany, 2011.

TEN KATE, Kerry, LAIRD, Sara, The commercial use of biodiversity, Earthscan, London, 2000.

TEMPLEMAN, Lord S. Intellectual Property, Journal of International Economic Law, Geneva, 1998.

TERI, The Doha Round of negotiations and its outlook Post-Cancun, New Delhi, 2003,

<http://www.teriin.org/discussion/environ/doha.pdf>>(05.04.04).

TEROL BECERRA, Manuel, Curso de Derecho ambiental en el programa de Doctorado de la Universidad Internacional de Andalucía y de la de Huelva, La Rábida, 2009.

TEROL, Manuel, Seminario sobre Corrupción, Criminalidad y Derecho penal, Universidad Federal de Bahía, Salvador de Bahía, 2011.

TEROL BECERRA, Manuel José, Espacios Naturales protegidos y medio ambiente, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002,

TEXEIRO VALLADAO, Haroldo, Derecho internacional privado, Trillas, México, 1993.

TIMMERMANN, Bárbara, Biodiversity prospecting, drug discovery, conservation

and sustainable use of Dryland Plants in Latin America in Biodiversity Agents from Dryland Biodiversity in Latin America, Aspectos Ambientales, Ideológicos, Éticos, y Políticos en el Debate Sobre Bioprospección y Uso de Recursos Genéticos en Chile, Santiago de Chile, 1997.

<http://ag.arizona.edu/OALS/ICBG/publications/noticiero52/timmermann.html> (28.10.11).

TOBIN, Brendan, Certificates of origin: a role for IPRs in securing prior informed consent, ACTS Press, Nairobi, 1997.

TOBIN, Brendan, Biodiversity prospecting contracts: the search for equitable agreements in Laird, S. (ed.), (2002) Biodiversity and traditional knowledge, Earthscan, London, 2002.

TORO HUERTA, Mauricio Iván del Toro, Responsabilidad del Estado en el marco de del Derecho internacional de los derechos humanos, biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/342/32.pdf (13.12.10).

TRATADO ANTÁRTICO 1959, Artículo IV,

http://www.chilecollector.com/archwebhist5/archwebantartida/anttratado_01.html (14.05.2011).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Requerimientos formulados por diversos senadores y diputados para que el tribunal resuelva la constitucionalidad del decreto supremo No 1, de 10 de enero de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, Publicado en el Diario Oficial de 6 de agosto del mismo año, de acuerdo al artículo 82, No 5, de la Constitución Política de la República, Rol 245 y 246 (Acumulados), 2 de diciembre de 1996, Santiago de Chile, 1996.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de “Inversiones Pingueral Ltda.”, “Inmobiliaria Pingueral

S.A.” e “Inmobiliaria e Inversiones Costa Pingueral Ltda.”, y don Gustavo Yangüez Mery respecto del artículo 13 del Decreto Ley No 1.939, de 1977, en el juicio sumario sobre el reclamo deducido contra resolución administrativa, Rol No C/4193/2008, caratulado “Inversiones Pingueral Ltda. y otros con Fuentes Fuentealba, María Angélica”, del Tercer Juzgado de Letras de Concepción, Santiago de Chile, 2008.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Requerimiento presentado por 17 Senadores respecto de la constitucionalidad del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV-91), Boletín 6426-10, sentencia de 24 de junio de 2011, Santiago de Chile, 2011.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Sentencia número de rol 1988-11 CPT, Tribunal constitucional de la República de Chile, Santiago de Chile, 2011.

TSIOUMANIS, Asterios, et al., Is policy towards intelectual property addressing the real problems? The case of unauthorized appropriation of genetic resources, Journal of Agricultural and Environmental Ethics, Vol., 16, 2003.

U

UNITED STATES SUPREME COURT, Sidney A Diamons, Commissioner of Patent and Trademarks v. Ananda M. Chakrabarty, et al. 447 US. 303, 1981. Certiorari to the United States Court of Customs and Patent of Appeals No. 79-136, Washington, 1981.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, Biotrade initiative, Geneve, 2000,

<http://www.biotrade.org/QuickPlace/biotrade/Main.nsf/h_Toc/1cdd658666407394c1256c00035947f!/OpenDocument> (25.05.04)

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT,

Agenda 21 Chapter 26, Geneva, 1992,

<http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/index.htm> (25.04.05).

UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE, Guidelines for Strengthening compliance with and implementation of multilateral environmental agreements (MEAS) in the ECE region, Fifth Ministerial Conference Environment for Europe, Kiev, 2003.

UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAM, Stockholm Declaration of Environment and Development, Stockholm, 1972.

<http://www.unep.org/Documents/Default.Print.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503>>15.05.).

UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAM, Rio Declaration on Environment and Development, Río de Janeiro, 1992

<http://www.unep.org/Documents/Default.asp?DocumentID=78&ArticleID=1163>> (25.04.05)

UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAM, Addendum to Draft Guidelines on compliance with and enforcement of multilateral environmental agreements, Nairobi. United Nations General Assembly, Resolution 1803 (XVII), New York, 2002.

UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAM, Permanent Sovereignty over Natural Resources, New York, sin fecha,

<http://odsddsny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/193/11/PDF/R019311.pdf?OpenElement>> (20.01.04)

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, Resolution 1863 (XVIII) of 14 december 1962, “Permanent sovereignty over Natural Resources”, New York, 1962.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, Resolution 523 (VI), New York, 1952.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, Resolution 626 (VII), New York, 1952.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, Resolution 1823 (XVIII), New York, 1962.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, Resolution 2542/1969 Declaration on Social Progress and Development

<<http://daccess-ods.un.org/TMP/9850257.html>> (20.01.04)

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, Resolution 41/128 of 1986 Declaration of the Right to Development

<<http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm>>(20.01.04)

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, Resolution 47/60 of 1992 related to the Declaration on Strengthening of International Security,

<<http://www.un.org/documents/ga/res/47/a47r060.htm>> (2.3.2011)

UNITED NATIONS ORGANIZATION, Case concerning the differences between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problem arising from the Rainbow Warrior affair, Reports of international arbitral awards 1990, Volume XX, New York, 2006, pp. 215-284.

UNITED NATIONS ORGANIZATION, Island Las Palmas case (Netherlands, USA) of 4 April 1928, Reports of international arbitral awards, Volume II, New York, 2006, pp. 829-871.

UNITED NATIONS ORGANIZATION, Trail Smelter Case (United States, Canada) 1938 and 1941, Reports of international arbitral awards, Volume III, New

York, 2006, pp. 1905-1982. UNITED NATIONS ORGANIZATION, Commission on Economic, Social and Cultural Rights, (2000) 24th session (Geneva, 23 November to 1 December 2000)

<<http://www.ishr.ch/About%20UN/Reports%20and%20Analysis/CESCR-24thSession.htm>> (27.07.04)

UNITED NATIONS ORGANIZATION, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001, New York, 2005.

UNITED NATIONS SECRETARY GENERAL, Ruling on the Rainbow Warrior Affair, between France and New Zealand, 26 ILM 1346 (1987).

UNITED NATIONS INSTITUTE FOR INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW, Model Law on International Commercial Arbitration, Vienna, 2004.

UNIVERSITY OF CALIFORNIA (DAVIS), Accessing genetic resources and sharing the benefits: Lessons from implementing the Convention on Biological Diversity, International Workshop, 29-31, Davis, October 2003,

<<http://www.grcp.ucdavis.edu/projects/ABSWkshp/ABSWkshConcl.htm>>

US firm wins patent for basmati rice varieties, August 21, 2001, sin lugar, <<http://www.rediff.com/money/2001/aug/2rice.htm>> (22.04.02).

UNITED STATES OF AMERICA ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY, Torrey Canyon (07.01.2004), Washington D. C., 2004

< <http://www.epa.gov/oilspill/exxon.htm>>(05.04.10).

UNITED STATES OF AMERICA, View of the United States on the Relationship between the Convention on Biological Diversity and the TRIPs Agreement, IP/C/W/257 13 June 2001, Washington D. C., 2001.

<<http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/IP/C/W257.doc>> (05.05.04)

UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS, The Chicago Manual of Style (13th

Edition), Chicago, 1992.

UNIVERSITY OF MINNESOTA, Declaration on Social Progress and Development, United Nations General Assembly Resolution 2542 of 1969, Twin cities, 2009.

<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/s1dspd.htm> (15.05.09).

UNIVERSITY OF MINNESOTA, Declaration on the Right to Development, General Assembly Resolution 41/128 of 1986, Twin cities, 2009, <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/s3drd.htm> (15.05.04).

UNIVERSITY OF MINNESOTA, United Nations Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 1993, Twin cities, 2009.

<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/declra.htm> (15.05.04).

UNIVERSITY OF CAMBRIDGE, Cambridge Dictionary Online, Cambridge, 2012,

<http://www.cambridge.org> (25.06.12).

URY, William, FISHER, Roger y PATTON, Bruce, Sí-de acuerdo: Como negociar sin ceder, Bogotá: Santiago de Chile, Norma, 1996.

V

VALLET DE GOYTISOLO, Juan, Metodología jurídica, Civitas, Madrid, 1988.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan, Metodología de las leyes, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1991.

VERGARA, Alejandro, El novísimo derecho de los bienes públicos y recursos naturales en Chile, publicatio y derechos reales administrativos, Revista de Derecho Administrativo, Vol. Nº 49, Buenos Aires, Lexis Nexis.

VERNENGO, Roberto, Curso de Teoría General del Derecho, Depalma, 1995.

VIJARAGHAVAN, V., Implementing the Convention on Biological Diversity in India and Canada, Indian Journal of Environmental Law, Volume 2, June, New

Delhi, 2001.

VIVAS-EUGUI, Daniel, ESPINOZA, Manuel, RUIZ, Manuel, International Processes on Genetic Resources and Traditional Knowledge: Options and negotiations alternatives, IUCN, ICTSD, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Informal Background Paper, July 11, Lima, 2003.

VOGEL, Joseph Henry, Case Study 6: Bioprospecting, Biopolicy Journal, Volume 2, Paper 5 (PY97005), Quito, 1997.

VOGEL, Joseph Henry, El Cartel de la Biodiversidad, Quito, 1997.

<<http://www.biodiversidadla.org/noticias2/noticias316.htm>> (04.02.02),
2002.

VOGEL, Joseph Henry, Sovereignty as a Trojan Horse: How the Convention on Biological Diversity morphs Biopiracy and Biofraud in Indigenous Self-Determination: An unresolved Constitutional Issue, Aboriginal Studies Press, Canberra, 2003.

W

WALKER, David, The Oxford Companion of Law, Clarendon Press, Oxford, 1980.

WALTER, Robert, La Doctrina del Derecho de Hans Kelsen, Serie de Teoría Jurídica y de Filosofía del Derecho número 13, Universidad Externado de Colombia, Primera reimpresión, Bogotá, 1991 (traducción VILLAR BORDA, Luis).

WALTER, Robert, Kelsen, la Teoría Pura del Derecho y el Problema de la Justicia, Serie de Teoría Jurídica y de Filosofía del Derecho número 7, Primera reimpresión, Bogotá, 1998. (traducción VILLAR BORDA, Luis).

WARBRICK, Colin, The principle of sovereign equality in Vaughan LOWE and Colin WARBRICK (eds.), The United Nations and the Principles of International Law: Essays in memory of Michael Akehurst, Routledge, New York, 2000.

WARDEN- FERNANDEZ, Janeth, The Permanent Sovereignty Over Natural Resources: How It Has Been Accommodated Within the Evolving Economy, CEMPLEM, Journal, the Centre for Energy, Petroleum & Mineral Law & Policy Annual Review - the Dundee Yearbook of International Natural Resources & Energy Law & Policy –2000,

<<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/>

[html/car4_contents.htm](http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/car4_contents.htm)>(05.03.03).

WEINBERGER, Ota, Introduction Hans Kelsen as philosopher en KELSEN, Hans, Essays in legal and moral philosophy, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht-Holland/Boston, 1973.

WEINREIB, Lloyd, Natural Law and Justice, Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 1987.

WILLIAMS, Jaime, Lecciones de Introducción al Derecho, Fundación de Ciencias Humanas, Santiago, 2008

WILLIAMSON, Thomas, An interview with John Jackson: shaping international economic law, The Journal of the International Institute, Vol. 5 number 1: Fall 1997, Anne Arbour, 1997.

WILSON, Edward. O., The Diversity of Life, WW Norton and Company (Reissue edition), New York, 1999.

WOLF, Joachim, Umweltrecht, C.H. Beck, München, 2002.

WOLF, Amanda, The Emergence and Implementation of the Advance Informed Agreement Procedure in LE PRESTRE, Phillipe, Governing Global Biodiversity, Ashgate, Chippenham, 2002.

WOLFRUM, Rudiger, The protection and management of biodiversity, in MORRISON Friedrich and WOLFRUM, Rudiger (eds.), International, regional and

national environmental law, the Hague. World Bank, Indigenous Knowledge and Intellectual Property Rights, No. 19, April 2000, New York, 2000.

<http://www.worldbank.org/aftdr/ik/default.htm>>(05.03.11).

WORLD HEALTH ORGANIZATION, WHO guidelines on good agricultural and collection practices (GACP) for medicinal plants, Geneva, 2003.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, Revised Version on Traditional Knowledge: Policy and Legal Options, (15-19.04), Geneva, 2004,

http://www.wipo.int/documents/en/meetings/2004/igc/pdf/grtkf_ic_6_4_rev.pdf> (25.04.11).

WORLD TRADE ORGANIZATION, Doha: WTO Ministerial 2001: Ministerial Declaration (WT/MIN(01)/DEC/1, 20 November, Doha, Kuwait. (Adopted on 14 November 2001), Geneva, 2002,

http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm#trips>(02.03.11)

WORLD TRADE ORGANIZATION, United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products Recourse to article 21.5 by Malaysia, document WT/DS58/RW, 15 June 2001, Geneva, 2001,

http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/58rw_e.doc> (2.3.2011).

WORLD TRADE ORGANIZATION, TRIPs: reviews, article 27.3 (b) and related issues Background and the current situation, Geneva, 2003,

http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/art27_3b_background_e.htm> (27.10.11).

WORLD TRADE ORGANIZATION, Article 27.3.b, traditional knowledge, biodiversity, Geneva, 2004,

http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/art27_3b_e.htm> (02.04.11)

WORLD TRADE ORGANIZATION, TRIPs: reviews, article 27.3 (b) and related issues Background and the current situation, Geneva, 2003,

<http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/art27_3b_background_e.htm>(27.10.11).

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, Model Access and Benefit Sharing Agreement between Access Provider and Access Party, proposed by the Australian Government, Geneva, 2011.

<<http://www.wipo.int/tk/en/databases/contracts/list.html>> (15.04.11).

von WRIGHT, Georg Henrick, Norm and Action, Guifford Lectures, University of St. Andrew, St. Andrew, 1958.

WRÓBLEWSKI, Jerzi, Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, Cuadernos Civitas, Madrid, 1985.

X

Y

Yale University, Statute of the International Court of Justice, New Haven, 1998,

<<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/decade/decad026.htm>> (15.05.11).

Young, O., International Governance: Protecting the Environment in an Stateless Society, Cornell University press, Ithaca, 1994.

Yu, P. K., SARS and the Patent Race: An introduction to the 'Patent Law, Social Policy, and Public Interest [sic] Symposium, Public Law & Legal Theory Working Paper Series, Research Paper No. 01-17, Michigan State University, DCL College of Law, Michigan, 2003.

Z

ZAUM, Dominik, The Sovereignty Paradox, Oxford University Press, Oxford, 2007.

ZEBICH-KNOS, Michele, Preserving Biodiversity in Costa Rica: The case of the Merck-Inbio Agreement, *The Journal of Environment Development*, Vol. 6, No 2.

ZEMANEK, K., State Responsibility in Bernhardt, R., *Encyclopaedia of Public International Law: International Relations and Legal Cooperation in General. Diplomacy and Consular Relations*, Elsevier Science Ltd, North-Holland, 1987.