

## **Alcances conceptuales y prácticos sobre el concepto “participación justa y equitativa en los beneficios” en el contexto del Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Tratado Internacional de la FAO**

**Manuel Ruiz\***

### **Nota del autor**

Este documento es el segundo de una serie de cuatro números que abordarán temas de mucha importancia para el Perú. Estos incluyen la agrobiodiversidad, el acceso a los recursos genéticos, la propiedad intelectual, los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, entre otros.

El objetivo de esta serie ocasional es facilitar a los que toman decisiones políticas y otros actores trabajando en el área de desarrollo rural e interesados en estos temas, informar y proponer recomendaciones para la generación e implementación de mejores y más efectivas políticas y normas.

Para ello la serie presenta un formato simple y se aborda los temas en un lenguaje sencillo sin sacrificar la precisión, la profundidad ni los contenidos sustanciales.

Este segundo número de la serie titulado *Alcances conceptuales y prácticos sobre el concepto “participación justa y equitativa en los beneficios” en el contexto del Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Tratado Internacional de la FAO* no constituye un documento analítico sino, por el contrario, busca describir los antecedentes y contenidos básicos sobre el concepto de “participación en los beneficios”. Incluye también recomendaciones finales.

Esta serie es parte del proyecto *Apoyo a la Implementación del Tratado Internacional de FAO en el Perú* que ejecuta la *Sociedad Peruana de Derecho Ambiental* en cooperación con el *Fridtjof Nansen Institute de Noruega (FNI)* y el *Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ)* de Alemania.



W. Wust -SPDA

### **Introducción**

La adopción del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) en el año 1992, casi inmediatamente generó debates en una multiplicidad de temas. Bioseguridad, acceso a los recursos genéticos, la protección de los conocimientos tradicionales, propiedad intelectual y biodiversidad, la aproximación eco-sistémica, informes y estrategias nacionales de biodiversidad, la incorporación de la biodiversidad en planes y programas, entre otros, se han hecho muy visibles en los debates académicos, políticos y normativos en el ámbito nacional e internacional.

Un punto interesante dentro de esta agenda propiciada por el CDB a lo largo de los años ha sido la “participación justa y equitativa de beneficios”. Inicialmente limitado a desarrollos en el campo del acceso a los recursos genéticos y distribución de beneficios (ABS), luego se extendió a la protección de los conocimientos tradicionales y, finalmente, se ha incorporado a las discusiones sobre biodiversidad en general.

\*Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. El autor agradece a Annette von Lossau, Regine Andersen, Isabel Lapeña y Maria Scurrah por sus comentarios y sugerencias.

- <sup>1</sup> El Tratado Internacional se adoptó en noviembre de 2001 (mediante Resolución 3/2001). Bajo el Sistema Multilateral, en lugar de tener que negociar contratos de acceso individuales caso por caso, se ha aprobado un Acuerdo Normalizado de Transferencia de Material (ATM), mediante el cual se facilita el acceso a y la distribución y participación en los beneficios respecto de recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura de las Partes e instituciones. Más importante aún, la participación en los beneficios no se limita a transacciones individuales o al ATM específico sino al hecho de participar en el Sistema Multilateral en su conjunto.
- <sup>2</sup> Para mayores detalles, se recomienda revisar: De Jong, Bram; Korthals, Michiel. *Vicissitudes of Benefit Sharing of Crop Genetic Resources: Downstream and Upstream*. En: *Developing World Bioethics*, Volume 6, No. 3, 2006 pp 144 - 157
- <sup>3</sup> Para mayor información ver: Knoppers, B. 2003. Perspective(s): *International Law and Ethics, HUGO Experience*. Philadelphia, PA: Conference Paper: 2. Disponible en: [http://www.bioethics.upenn.edu/prog/benefit/pdf/Knoppers\\_Barbara.pdf](http://www.bioethics.upenn.edu/prog/benefit/pdf/Knoppers_Barbara.pdf)
- <sup>4</sup> El Compromiso Internacional, un acuerdo internacional no vinculante, se adoptó en la Conferencia de la FAO mediante Resolución 8/83 (1983).
- <sup>5</sup> Esto se reconoció en la Resolución 5/89, Anexo II del Compromiso (de 1989) que definió el concepto de Derechos del Agricultor como: “*derechos que provienen de la contribución presente, pasada y futura de los agricultores a la conservación, mejora y disponibilidad de los recursos fitogenéticos, particularmente de los centros de origen/diversidad. Esos derechos se confieren a la comunidad internacional, como depositaria para las generaciones presentes y pasadas de agricultores, con el fin de asegurar que esos agricultores se beneficien plenamente y continúen contribuyendo, y velen por el cumplimiento de los objetivos generales del Compromiso Internacional*”.
- <sup>6</sup> El artículo 1 del CDB establece como sus objetivos: “...*la conservación de la diversidad biológica, el uso sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes*...”.
- <sup>7</sup> Las Partes Contratantes se encuentran en la actualidad negociando un Régimen Internacional de Acceso y Participación en los Beneficios (Decisión VII/19 de la COP del CDB). Para mayores detalles de este proceso se sugiere revisar: Cabrera, Jorge. *El Régimen Internacional de Acceso a los Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios: Avances, Elementos y Recomendaciones*. Unidad de Políticas, Biodiversidad y Acuerdo Internacionales de la UICN. Oficina Regional para América del Sur de la UICN, Quito, 2006.

Casi diez años desde que el CDB entró en vigor, el Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (TI FAO) también introdujo la noción de participación y distribución de beneficios, en el contexto del Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de Beneficios.<sup>1</sup>

Como resultado de esto, hay en la actualidad confusión generalizada (en diferentes niveles) sobre: a) el significado exacto y preciso de “la participación justa y equitativa en los beneficios”, b) cómo se activa esta distribución en términos legales y c) en qué contexto puede ser adecuadamente invocada y exigida.

Este documento aborda y explora algunos de los puntos antes mencionados y propone algunas sugerencias e ideas sobre cómo superar algunas de las dificultades conceptuales, prácticas y en términos de implementación. Para empezar, se realiza un breve análisis académico y conceptual de los temas. Luego, se analiza el concepto de “participación justa y equitativa en los beneficios” en el contexto de ABS y el TI FAO. Finalmente, se plantean algunas ideas sobre cómo entender esta noción en un contexto más amplio y se proponen recomendaciones en la materia, especialmente relevantes para el caso peruano.

## 1. Antecedentes de los conceptos de “justicia”, “equidad” y “distribución de beneficios” (en el contexto de la política y legislación)

La noción de “participación en los beneficios” (o “benefit sharing”) se trató por primera vez en las discusiones internacionales de los años 70 como parte de los debates alrededor del *Acuerdo sobre Actividades de los Estados en la Luna y Otros Cuerpos Celestes* y de *Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar*. Estaba muy ligado a una noción imperante en la época: la “herencia común de la humanidad”.<sup>2</sup> Pero, ¿qué significa este concepto? Algunos sostienen que se trata de una idea que se opone fuertemente a la privatización y que busca promover el compartir, el acceso equitativo, los intereses comunes, el bien común, usos pacíficos, entre otros.<sup>3</sup>

En los años 80, el *Compromiso Internacional de Recursos Fitogenéticos*<sup>4</sup> incorporó la idea que los recursos fitogenéticos eran parte de la herencia común de la humanidad y que, adicionalmente, los agricultores deberían participar de los beneficios generados del uso de estos recursos en actividades de investigación y mejoramiento en general.<sup>5</sup>

Más tarde, durante los años 90, el CDB fue instrumental en convertir el concepto de “distribución justa y equitativa de beneficios” en elemento central del debate sobre acceso a los recursos genéticos (ABS) y la protección de los conocimientos tradicionales.<sup>6</sup> El Tratado Internacional de la FAO precisó el significado de “participación en los beneficios” y lo colocó en el contexto del *Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de Beneficios* y de los Derechos del Agricultor.

En la actualidad, las Partes Contratantes del CDB se encuentran buscando maneras para asegurar que las actuales políticas y normas en materia de acceso y participación en los beneficios a nivel mundial se hagan más efectivas, especialmente mediante acciones y medidas adoptadas en el plano internacional.<sup>7</sup>

En el contexto del debate sobre recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados, resulta útil dividir el concepto de “participación justa y equitativa en los beneficios” en sus partes com-

ponentes a fin de entender mejor su significado. Esto permitirá que el concepto en su integridad pueda sostenerse en bases conceptuales sólidas y fundamentadas. Si bien aparece en principio como un ejercicio académico, tendrá luego implicancias importantes en cuanto al análisis de sus implicancias políticas, económicas y legales.

*Justicia:* Una posible manera de entender el concepto de “justicia” es usar la aproximación de Rawls en *Una Teoría de la Justicia*.<sup>8</sup> La justicia incluye concurrentemente un derecho al bienestar y a iguales oportunidades. En el marco de las relaciones internacionales, la justicia se asocia a que los países y Estados tengan un status/situación igualitaria entre sí, por plantearlo de alguna manera.

Debe existir una situación de equidad y un campo de juego nivelado para aquellos involucrados, por ejemplo, en la determinación de políticas internacional de acceso y participación en los beneficios (ABS) o en la negociación de contratos de acceso. La justicia tiene en ese sentido un contenido *moral y ético* más allá de las obligaciones y derechos específicos que pueden existir para hacer operativo el concepto.

*Equidad:* Si bien la equidad puede analizarse desde la perspectiva de la doctrina legal y escuelas filosóficas de pensamiento, se asocia generalmente a un contenido *económico*, donde la eficiencia en la asignación de recursos es la meta principal perseguida por las sociedades e individuos. Sin embargo, por lo general se pierde de vista la distribución y la justicia y puede ser necesario incorporarlos a la discusión para superar fallas y deficiencias en el mercado o, en positivo, asegurar la verdadera eficiencia del mercado. En el caso de las relaciones internacionales (por ejemplo en relación a las negociaciones de ABS), la eficiencia en sentido estricto puede no ser adecuada para satisfacer necesidades y colmar las expectativas e intereses de las sociedades y de los países en desarrollo y sus comunidades en particular.

*Participación en los beneficios:* Este concepto no se encuentra definido ni en las leyes ni en la doctrina. Sin embargo, se presume que *existen* beneficios y que deben ser compartidos. Esto es importante, porque si los sistemas normativos y las políticas públicas crean desincentivos en actividades relacionadas con los recursos genéticos, los beneficios no serán generados y, por ende, no hay posibilidad de participar en los mismos. Es también importante señalar que la participación en los beneficios (al menos hasta el momento) se relaciona estrechamente con el acceso y uso de los recursos genéticos, que también están definidos en el CDB.<sup>9</sup>

Adicionalmente, la participación en los beneficios debe entenderse no solamente en términos de intercambio o justicia conmutativa sino, de manera más amplia, en términos de justicia distributiva. Este tipo de justicia implica beneficios “de abajo a arriba” relacionados con la planificación de proyectos, participación e inclusión en los proyectos, más que una atención sobre resultados y beneficios futuros.<sup>10</sup>

## 2. La participación en los beneficios en el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Tratado Internacional de la FAO

**El CDB.** Como se indicó anteriormente (ver nota a pie 6), el CDB se refiere principalmente a la participación en los beneficios en el contexto de, a) el acceso a los recursos genéticos y b) el acceso y

W.Wust -SPDA



<sup>8</sup> Rawls, J. (1971). *Una Teoría de la Justicia*. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.

<sup>9</sup> El CDB define los “recursos genéticos” como “el material genético de valor real o potencia”. Por otra parte, por “material genético” se entiende “todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia”. El Tratado Internacional define “recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura” como “cualquier material genético de origen vegetal de valor real o potencial para la alimentación y la agricultura”.

<sup>10</sup> De Jong, Bram, Korthals, Michiel, ob.cit.

uso de conocimientos tradicionales. El CDB diferencia entre beneficios directos (asociados principalmente a beneficios monetarios) y beneficios indirectos (tales como transferencia de tecnología, creación de capacidades, repatriación de datos e información, etc.). Estos beneficios indirectos también pueden concebirse como compromisos más generales no necesariamente relacionados con los recursos genéticos, sino como parte de compromisos que los países desarrollados han asumido para apoyar los esfuerzos de conservación y uso sostenible de los países en desarrollo (esto se analiza en detalle en el punto 3).

En términos sencillos, el ámbito del CDB cubre *toda* la biodiversidad – excluyendo al ser humano. Los principios del artículo 15 en materia de ABS (incluyendo la participación en los beneficios) se aplican a todos los recursos genéticos. Incluso, se extienden a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura bajo el ámbito del Sistema Multilateral del Tratado Internacional

Una observación preliminar, posiblemente bastante obvia, es que para participar de manera justa y equitativa en los beneficios, es necesario que estos beneficios sean efectivamente generados. Por ello, la invocación del CDB a que el acceso y uso de recursos genéticos sea facilitado como un mecanismo para asegurar que se produzcan. En el CBD, el acceso es el “catalizador” para propiciar la participación en los beneficios, sean estos directos o indirectos. Si se restringe el acceso o no hay acceso, esto imposibilita que hayan beneficios o los limita, afectando considerablemente la posibilidad que estos sean compartidos. El acceso y su posterior utilización, son una condición previa y necesaria para participar de ellos.

En segundo lugar, el acceso tiene que ser concedido de acuerdo a las leyes nacionales y regulaciones que desarrollan y especifican los principios del CBD relacionados con: soberanía del Estado, consentimiento fundamentado previo, términos mutuamente convenidos y la participación en los beneficios en sí.<sup>11</sup>

En tercer lugar, se reconoce en la actualidad que dependiendo de la naturaleza de la actividad de acceso y el campo de investigación involucrado, los beneficios se manifestarán de distintas maneras. Inicialmente, los regímenes de acceso alrededor del mundo se basaban en un paradigma clásico de bioprospección donde una institución o investigador viajan al bosque tropical, identifican una planta medicinal interesante con la ayuda de comunidades indígenas y sus conocimientos tradicionales, llevan adelante investigación y desarrollo fuera del país de origen de la planta y aíslan un componente activo que luego es incorporado en un producto farmacéutico que, en última instancia, genera dinero.

Más o menos alrededor de este paradigma clásico de ABS, en términos del tipo de beneficios que se pueden compartir, algunos autores han identificado los beneficios que pueden derivarse del acceso y uso de recursos genéticos y por extensión del acceso a los conocimientos tradicionales. Estos se dividen de la siguiente manera:<sup>12</sup>

#### **Beneficios públicos (beneficios generales a la sociedad y humanidad en su conjunto)**

- Impactos positivos sobre la salud humana (directos).
- Promoción de la investigación (indirectos)
- Promoción de la conservación (indirectos)
- Promoción de prácticas de uso sostenible (indirectos)

<sup>11</sup> Varias leyes nacionales incluyendo la Decisión 391 de la CAN, la Orden Ejecutiva 247 de Filipinas, la Medida Provisoria 2186-16 de Brasil, la Ley 788 de Costa Rica y la Ley Modelo de la Organización de Unidad Africana, incorporan disposiciones específicas que detallan cómo es que se logran los términos mutuamente contenidos y el consentimiento fundamentado previo entre las autoridades estatales, individuos, instituciones y comunidades.

<sup>12</sup> Esta división está basada en: Miller, James. *Impact of the Convention on Biological Diversity: The Lessons of Ten Years of Experience with Models for Equitable Sharing of Benefits*. En: McManis, Charles (Ed). 2007. *Biodiversity and the Law. Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge*. Earthscan London, Sterling VA, pp 60 - 67

**Beneficios en el largo plazo**

- Regalías (directos)
- Pagos por resultados (directos)
- Ingresos del cultivo y provisión de material de plantas (directos)
- Mejora en los medios de vida (indirectos)
- Conservación del conocimiento tradicional (indirectos)
- Acceso a tecnologías desarrolladas (directos)

**Beneficios en el corto plazo**

- Pagos adelantados (directos)
- Oportunidades de investigación compartida (directos o indirectos)
- Intercambio y repatriación de datos biológicos (directos e indirectos)
- Capacitación (directos)
- Mejoras en las capacidades institucionales (directo e indirecto)
- Transferencia de tecnología (directo e indirectos)

Estos beneficios, como ejemplos orientadores, se incorporan también de mayor o menor medida, como opciones y disposiciones en la mayoría de leyes nacionales en materia de ABS y en la normativa alrededor del mundo. Tendrán que ser invocadas y propuestas por los países de origen y sus instituciones, como parte de las negociaciones de ABS, de conformidad con los procesos administrativos nacionales vigentes.

En el caso del conocimiento tradicional y la participación en los beneficios, el CDB y el artículo 8(j) en particular (ver nota a pie 5), han servido para impulsar una serie de procesos internacionales que en esencia, buscan proteger legalmente el conocimiento tradicional y asegurar que los beneficios derivados del uso de este conocimiento se compartan de manera justa y equitativa, especialmente con los poseedores de estos conocimientos, es decir las comunidades indígenas alrededor del mundo.<sup>13</sup>

¿Cómo pueden las comunidades indígenas participar de manera justa y equitativa en los beneficios derivados del acceso y uso de sus conocimientos? Esta es una pregunta difícil de responder.<sup>14</sup> Sin embargo, y simplemente como un indicativo de cómo pueden compartirse de manera efectiva, se presentan algunas sugerencias:

- las comunidades deben participar en la formulación y definición de proyectos que involucren el uso directo o indirecto de sus conocimientos,
- debe generarse mayor conciencia social sobre la importancia del conocimiento tradicional,
- debe reconocerse explícitamente en las publicaciones el aporte de las comunidades en relación a sus conocimientos utilizados,
- si se generan beneficios monetarios, por ejemplo de la venta de un libro que incorpora conocimientos tradicionales, referencias o datos e información, un porcentaje de estos beneficios debe canalizarse a las comunidades,
- cuando se accede al conocimiento tradicional deben respetarse las prácticas consuetudinarias bajo las cuales el conocimiento se mantiene, comparte y gestiona por parte de las comunidades,
- si las actividades involucran la recolección de muestras de plantas o animales, las comunidades deben capacitarse en habilidades básicas en taxonomía,

<sup>13</sup> Para una revisión sobre los procesos políticos y legales en Latinoamérica para proteger el conocimiento tradicional ver: Ruiz, Manuel. *La protección de los conocimientos tradicionales, avances políticos y normativos en Latinoamérica*. UICN, BMZ, SPDA. Lima, Perú, 2006.

<sup>14</sup> Este documento no analiza las considerables complejidades relacionadas con preguntas tales como: ¿quién es dueño del conocimiento tradicional? ¿cómo puede abordarse el caso de conocimientos compartidos? ¿quién proporciona el consentimiento fundamentado previo? y algunas otras

<sup>15</sup> Algunos países son más dependientes que otros en relación a cultivos foráneos e introducidos. Sin embargo, e incluso en un país como el Perú que unánimemente se reconoce como centro de origen de importantes cultivos como la papa y de diversificación en el caso del maíz o tomates, más del 50% de su sistema agrícola depende de recursos genéticos introducidos. En relación a un análisis más detallado sobre la justificación técnica, política y legal del Sistema Multilateral del Tratado Internacional en relación a recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, se recomienda revisar: Raymond, Ruth and Fowler, Cary. *Sharing the non monetary benefits of agricultural biodiversity*. Issues in genetic resources. IPGRI, No. 5, September, 2001. Rome, Italy. Further analysis is provided in, Moore, Gerald; Tymowski, Witold. *Explanatory Guide on the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*. IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 57. IUCN, Gland, Cambridge, Boon, 2005, and in Andersen, Regine. *Governing Agrobiodiversity: Plant Genetics and Developing Countries*. Aldershot (UK), Ashgate, 2007.

<sup>16</sup> Para mayores detalles sobre la interdependencia y sus implicaciones ver: Andersen Regine, ob.cit.

<sup>17</sup> El artículo 13.1 del Tratado Internacional establece que: “Las Partes Contratantes reconocen que el acceso facilitado a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura incluidos en el sistema multilateral constituye por sí mismo un beneficio importante del sistema multilateral y acuerdan que los beneficios derivados de él se distribuyan de manera justa y equitativa de conformidad con las disposiciones del presente Artículo”.

Por su parte, el artículo 13.3 determina que: “Las Partes Contratantes acuerdan que los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura comprendidos en el sistema multilateral vayan fundamentalmente, de manera directa o indirecta, a los agricultores de todos los países, especialmente de los países en desarrollo y los países con economía en transición, que conservan y utilizan de manera sostenible los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura”.

<sup>18</sup> Los temas convergentes sobre el control, administración y dominio público son extremadamente complejos. En términos muy sencillos, se trata de recursos fitogenéticos sobre los cuales el Estado ejerce control (físico) y tiene derechos y que no están cubiertos por propiedad intelectual. Para mayores detalles ver: Correa, Carlos. *Recursos fitogenéticos bajo la administración y el control de las Partes Contratantes y en el dominio público: ¿cuán rica es la canasta del Sistema Multilateral del Tratado Internacional?*. Documento a publicarse próximamente por CATIE y Biodiversity International.

- se puede ofrecer becas, construcción de infraestructura básica, pagos por adelantado, capacitación de profesionales indígenas en ciencia y tecnología, etc.

Estas son solamente algunas de las varias formas en las que los beneficios pueden compartirse con las comunidades.

**El Tratado Internacional de la FAO.** En el contexto del Tratado Internacional de la FAO, el paradigma clásico de ABS, ha cedido el paso a un Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de Beneficios. Inmediatamente luego de la entrada en vigencia del CBD y del desarrollo de las primeras leyes sobre ABS, se reconoció a nivel internacional que esta forma clásica que involucraba una negociación directa y bilateral entre el proveedor de los recursos genéticos y un tercero interesado, no era necesariamente aplicable ni conveniente en el caso de recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura.

La agricultura a lo largo de los siglos se ha desarrollado de una manera muy particular y a la fecha e incluso reconociendo que hay centros de origen y diversidad en términos de regiones y su rol como proveedoras de muchos cultivos, ningún país es absolutamente independiente en relación a sus propios recursos genéticos nativos para satisfacer su producción agrícola nacional y las necesidades de seguridad alimentaria de su población.<sup>15</sup>

Como resultado de la interdependencia y de la preocupación por la seguridad alimentaria, así como de la necesidad de un continuo desarrollo y mejora de los cultivos, de una permanente investigación e intercambio entre agricultores y mejoradores, se ha hecho necesario superar un problema complejo y duradero relacionado con las negociaciones bilaterales a través del establecimiento de un sistema de ABS más flexible, aplicado específicamente a recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura. Y por ello, la creación del Tratado Internacional y del Sistema Multilateral.<sup>16</sup>

El Sistema Multilateral del TI FAO se estableció con la finalidad de asegurar la conservación y el uso sostenible de recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura que son especialmente importantes en términos de seguridad alimentaria y responden a la interdependencia de los países. Mas aún, sus objetivos incluyen la participación justa y equitativa de los beneficios derivados del uso de estos recursos en el caso de una lista cerrada de recursos, especificada en el Anexo I del Tratado Internacional y a través del mecanismo establecido en el Sistema Multilateral.<sup>17</sup> Esta lista incluye 35 cultivos y 35 especies de cultivos alimenticios y 29 plantas forrajeras. Esta lista puede ampliarse si las partes contratantes del Tratado Internacional lo deciden por consenso.

El Sistema facilita el acceso y uso de recursos fitogenéticos del Anexo I, para fines de investigación y conservación en materia de alimentación y agricultura. El sistema cubre recursos fitogenéticos que están bajo la administración y control de las partes del Tratado Internacional y que se encuentran en el dominio público.<sup>18</sup>

Los dos pilares del sistema multilateral son:

El Acuerdo Normalizado de Transferencia de Material (ATM) y sus disposiciones sobre distribución y participación justa y equitativa en los beneficios derivados del acceso.

El ATM es un contrato estandarizado, aprobado por el Organismo Rector del Tratado Internacional, que determina las condiciones bajo las cuales los recursos fitogenéticos para la agricultura y la alimentación del sistema pueden ser accedidos y utilizados. La participación en los beneficios no está atada necesariamente ni se

produce en función a cada ATM específicamente sino, por el contrario, es un elemento del sistema multilateral en su conjunto.

Sin embargo la participación en los beneficios sí se aborda de manera expresa en el ATM, visible en términos de obligaciones sobre los receptores, sobre intercambio de información, transferencia de tecnología y pagos por el uso comercial de recursos cubiertos por la lista del Sistema Multilateral.

¿Cuáles son los beneficios que el Sistema propone y especifica?

- acceso facilitado a recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura,
- intercambio de información,
- acceso y transferencia de tecnología,
- creación de capacidades y
- beneficios resultantes de la comercialización (estos son principalmente beneficios monetarios).

El Organismo Rector deberá definir cómo estos beneficios se materializan y son efectivamente distribuidos entre las Partes Contratantes.

Por otro lado, los Derechos del Agricultor son otro elemento central del Tratado Internacional y buscan garantizar en particular los intereses de pequeños agricultores en países de origen que han, durante siglos, mantenido, conservado y desarrollado recursos fitogenéticos para la agricultura y la alimentación.<sup>19</sup>

Los Derechos del Agricultor en el Tratado Internacional, podrían incluir, de conformidad con la legislación nacional: la protección del conocimiento tradicional relacionado con los recursos fitogenéticos para la agricultura y la alimentación; la participación equitativa de los agricultores en los beneficios derivados del acceso y uso de estos recursos y sobre los cuales podría tener derechos, conocimientos asociados, intereses específicos, entre otros; y la participación en procesos políticos relacionados con recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura.<sup>20</sup>

El elemento más saltante de los Derechos del Agricultor es que, a diferencia de la manera como se consideraron estos derechos y su *status* en el Compromiso Internacional (1983) se expresa claramente, bajo el Tratado Internacional que los gobiernos nacionales de las Partes Contratantes tendrán que decidir cómo se materializan estos derechos a través de políticas y leyes *nacionales*. Es decir, la participación en los beneficios en este caso, será determinada por procesos nacionales y normas internas. Esto tendrá implicancias internacionales, en términos del cumplimiento o no del Tratado, pero es mayormente relevante en función a la adopción de normas que permitan la exigencia de estos derechos en el plano nacional.

### 3. Una aproximación más amplia a la participación en los beneficios

En los últimos años, inicialmente de manera inconciente, numerosos grupos de interés en el proceso del CDB han empezado a hacer referencia a la noción de “participación en los beneficios derivados del uso de la *biodiversidad*”.<sup>21</sup> Esta referencia bastante coloquial tiene implicancias políticas y legales considerables en términos de la implementación del CDB.

Si la participación justa y equitativa en los beneficios se asocia al acceso y uso de la biodiversidad en general, esto implica la necesidad de considerar un conjunto mucho mayor y más amplio de

<sup>19</sup> Para mayores detalles sobre derechos del agricultor y su desarrollo histórico y político ver: Andersen, Regine. *The Farmers' Right Project – Background Study No. 1: The History of Farmers Rights: A Guide to Central Documents and Literature*. FNI Report 8/2005, Lysaker, FNI, 2005, 50 p.

<sup>20</sup> Los Derechos del Agricultor están definidos en el artículo 9 del Tratado Internacional. Este artículo señala que la responsabilidad de hacer efectivos estos derechos “... en lo que se refiere a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura incumbe a los gobiernos nacionales”. Asimismo se indica que de acuerdo con las necesidades y prioridades que se determinen, cada Parte Contratante deberá, con sujeción a su legislación nacional, adoptar las medidas para proteger y promover los derechos del agricultor, incluyendo:

- a) la protección de los conocimientos tradicionales;
- b) el derecho a participar equitativamente en la distribución de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos fitogenéticos;
- c) el derecho a participar en la adopción de decisiones, a nivel nacional, sobre asuntos relativos a la conservación y la utilización sostenible de los recursos fitogenéticos.

<sup>21</sup> Solamente a modo de ejemplo, cuando en 1998 se estuvo discutiendo un borrador de ley general de biodiversidad en Cuba, se incluyó un capítulo que abordaba el acceso y uso de la *biodiversidad* y la participación de los beneficios del acceso y uso a dicha biodiversidad. En el 2005, durante un taller regional realizado en el Perú para desarrollar un proyecto piloto específico sobre valoración y participación en los beneficios, el énfasis fue la biodiversidad y sus componentes. Más recientemente, en junio del 2007, en una reunión sobre género y biodiversidad en Costa Rica, también se discutió sobre la noción de participación en los beneficios vinculada a la biodiversidad en general.

beneficios derivados del acceso y uso de componentes de la biodiversidad: especies, ecosistemas y recursos genéticos.

En el caso de ecosistemas por ejemplo, cómo pueden los beneficios derivados de su utilización ser distribuidos de manera justa y equitativa ¿y entre quiénes? Esto podría implicar explorar la naturaleza de los servicios proporcionados por un ecosistema específico, quién se beneficia directa e indirectamente de estos beneficios, quién carga con los costos de la conservación del ecosistema y cuáles son los beneficios directos e indirectos que están siendo proporcionados. En este mismo sentido, en el caso de especies, puede ser necesario identificar quién se beneficia de la conservación de determinadas especies. Beneficiarios directos podrían ser las comunidades que basan sus formas de vida en la caza, la recolección o que utilizan esta especie de manera específica ¿cómo se comparten estos beneficios en estos casos? O si una especie migratoria es crítica para mantener determinada actividad de ecoturismo en un área, ¿cómo pueden identificarse y calcularse los beneficios directos e indirectos?

En última instancia, mientras que en el contexto del acceso a los recursos genéticos y el uso de conocimientos tradicionales hay un punto claro a partir del cual se propicia el proceso de participación en los beneficios (el acceso y uso *per se*), en el caso del acceso a ecosistemas y especies, esto no está determinado por el CDB en términos de una obligación legal o principios que las Partes tengan que incorporar a la legislación nacional o a los que deba hacerse referencia en el desarrollo de sus políticas.

La economía en los últimos años ha desarrollado una amplia gama de herramientas conceptuales y metodologías para valorar la biodiversidad.<sup>22</sup> Mecanismos de intercambio de deuda por naturaleza, sistemas de certificación, pagos por servicios ambientales etc., son solamente alguna de estas herramientas que, de cierta manera, buscan establecer mayor equidad y justicia en la manera cómo los recursos y ecosistemas se utilizan y explotan. Los fundamentos de estas herramientas y mecanismos se centran en la idea que los costos y beneficios de una explotación y utilización e incluso la conservación, deben compartirse y distribuirse de manera apropiada entre todos aquellos que se benefician de manera directa o indirecta.

Nada impide que los países propongan dentro de sus políticas y legislación nacional, medidas que promuevan la participación justa y equitativa en los beneficios derivados del acceso y uso de la biodiversidad. Pero el texto del CDB no ofrece mayor orientación respecto a cómo puede lograrse esto, excepto en la medida que se usan ciertos principios específicos de la discusión sobre ABS y los conocimientos tradicionales, en donde el CDB sí ofrece una orientación mayor.

Si bien una aproximación más comprehensiva a la participación en los beneficios que escape del énfasis dado al acceso a los recursos genéticos y al conocimiento tradicional es, ciertamente, más interesante y ofrece mayores retos, el CDB proporciona limitadas orientaciones en este contexto mayor. Mas aún, podría sostenerse que no hay una base legal para extender la participación en los beneficios mas allá de la discusión sobre recursos genéticos y el acceso y uso de los conocimientos tradicionales, sin perjuicio de la justicia inherente en este esfuerzo de integración. En todo caso, el texto del CDB es lo suficientemente general para incorporar y justificar este nuevo tipo de aproximación.

<sup>22</sup> Un texto recomendable y bastante ilustrativo es: Swanson, Timothy. *Global Action for Biodiversity. An International Framework for Implementing the Biodiversity Convention*. IUCN. WWF, Earthscan Publications Ltd. London, 1997.

## Consideraciones finales y recomendaciones

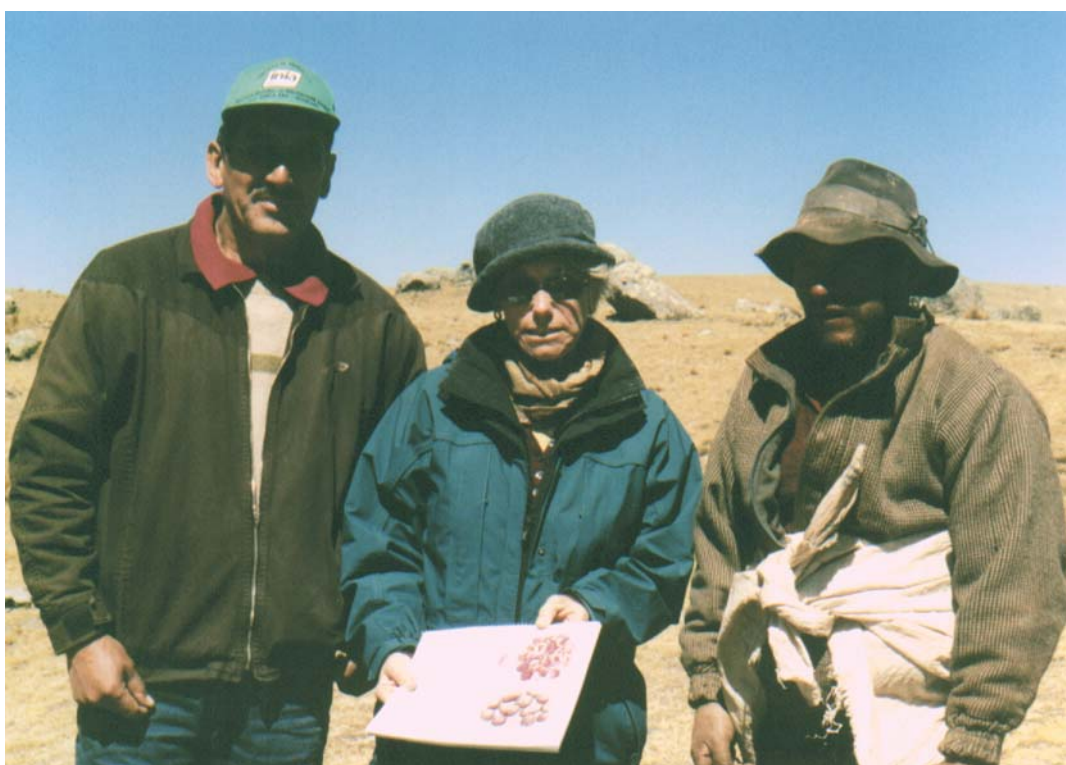
Más allá de la complejidad del tema, es innegable que la participación justa y equitativa en los beneficios se relaciona directamente, en un primer momento, al acceso y uso de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales. El CDB y el Tratado Internacional incluyen, hasta cierto punto, principios y orientaciones detalladas en relación a qué significa la participación en los beneficios y cómo pueden lograrse. Las Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación en los Beneficios desarrollados en el ámbito del CDB, son también útiles para entender lo que significa la participación en los beneficios. Sin embargo estas Directrices tienen un carácter voluntario y son simplemente eso, directrices y principios orientadores que pueden o no ser tomados en consideración.

Hay menos claridad cuando el concepto de participación en los beneficios se relaciona a la biodiversidad en general. Ni el CDB ni el Tratado Internacional de la FAO, ofrecen orientación práctica y útil sobre cómo materializar una participación en los beneficios cuando se considera en un contexto más general relacionado con la biodiversidad. La participación de los beneficios cuando se asocia a la biodiversidad tiene que incluir temas tales como la valoración de la biodiversidad, los costos de la conservación, los beneficios de la conservación (incluyendo los servicios de los ecosistemas y las especies), entre otros.

El CDB y el Tratado Internacional se aplican a un conjunto muy amplio de recursos genéticos y cultivos. Las prácticas de conservación, administración y uso sostenible son obligatorias para las Partes Contratantes y esto representa un reto que seguramente implicará la implementación de estrategias nacionales de biodiversidad o, como en el caso del Perú, del Plan Nacional de Acción para la Agrobiodiversidad.

En términos de recomendaciones orientadas al contexto peruano, se pueden sugerir las siguientes:

- a) El Consejo Nacional del Ambiente, el Instituto Nacional de Investigación Agraria y el Instituto Nacional de Recursos Naturales deben coordinar un proceso de capacitación para explorar y entender cómo la participación en los beneficios opera en el contexto del CDB y el Tratado Internacional y cómo su lógica podría ser extendida a otras situaciones.
- b) El Instituto Nacional de Investigación Agraria y la Coordinación Nacional del CGIAR, deben coordinar un proceso de capacitación para apoyar a funcionarios públicos y otros actores a comprender las disposiciones específicas sobre participación en los beneficios del Tratado Internacional y monitorear con cuidado el progreso nacional en el contexto del proceso mismo del Tratado.
- c) El INRENA, INIA y CONAM deben evaluar cómo está operando la participación en los beneficios en los casos de la Decisión 391 (vigente desde 1996) e identificar las lecciones positivas y negativas, con miras a mejorar su implementación.
- d) Los informes nacionales de biodiversidad que deben presentarse a la Secretaría del CDB por el CONAM como punto focal del CDB, deben incluir evaluaciones cualitativas y cuantitativas en relación a la participación en los beneficios en un contexto mayor



CIP

*Representantes del INIA, Huancayo (Wilfredo Cavero) y del CIP (Meredith Bonierbale) entregando un catálogo de las papas nativas locales al representante de la Comunidad San Jose de Aymara, Huancavelica (Jorge Romero Quilca), el catálogo contiene información sobre calidad de procesamiento, valor nutricional y comercial de las papas.*

# Conceptual framework and practical considerations regarding the concept of “fair and equitable sharing of benefits” in the Convention on Biological Diversity and the FAO International Treaty

Manuel Ruiz\*

## Note from the Author

This document is the second of a series of four papers which will address a number of important and relevant issues for Peru and the region, including agrobiodiversity, access to genetic resources, intellectual property, traditional knowledge of indigenous peoples, among others.

The purpose of this series is to provide decision makers and other actors working in the field of rural development with information and recommendations for the generation and implementation of improved and effective norms and policies.

In a simple format and friendly layout, issues will be analyzed using simple language without sacrificing either precision nor substantial content.

This second number of this series is titled *Conceptual framework and practical considerations regarding the concept of “fair and equitable sharing of benefits” in the Convention on Biological Diversity and the FAO International Treaty*. It does not constitute a detailed analytical document but, on the contrary, seeks to describe the background and basic content of the concept of “benefit sharing”. A series of final recommendations have been also included.

This series is part of the project *Support for the Implementation of the FAO International Treaty in Peru* undertaken by the *Peruvian Society for Environmental Law* in cooperation with the *Fridtjof Nansen Institute* of Norway and the *Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ)* of Germany.



W. Wust-SPDA

## Introduction

The adoption of the Convention on Biological Diversity (CBD) in 1992, almost immediately generated conceptual debates regarding a wide range of issue. Biosafety, access to genetic resources, protection of traditional knowledge, intellectual property and biodiversity, the ecosystem approach, national biodiversity reporting and strategies, biodiversity streamlining, to name a few, soon became very visible in academic, policy and legislative discussions at the national and international levels.

One particularly interesting issue/concept addressed by the CBD over the years has been “fair and equitable sharing of benefits”. Initially limited to developments in the area of access to genetic resources (access and benefit sharing - ABS), then extended to traditional knowledge, it has now become part of mainstream discussions regarding *biodiversity* in general.

Almost ten years after the CBD entered into force, the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture (FAO IT) also incorporated the concept within the context of its Multilateral System of Access and Benefit Sharing.<sup>1</sup>

As a result, there it at present considerable confusion (a many levels) as to: a) the exact meaning of “fair and equitable sharing of benefits”, b) how it is triggered in legal terms, and c) in what context can it be appropriately and meaningfully used and invoked.

<sup>1</sup> The International Treaty was adopted in November 2001 (through Resolution 3/2001). Under the Multilateral System, instead of having to negotiate on a case by case basis, access agreements, a Standard Material Transfer Agreement (SMTA) is established for all Parties and institutions to utilize to facilitate access to genetic resources. Most importantly, benefit sharing is not limited to a particular transaction or SMTA but to the fact that Parties participate in and have a right to benefits under the System.

\*The author would like to thank Annette von Lossau, Regine Andersen, Isabel Lapeña and Maria Scurrah for their helpful comments.

<sup>2</sup> De Jong, Bram; Korthals, Michiel. *Vicissitudes of Benefit Sharing of Crop Genetic Resources: Downstream and Upstream*. In: *Developing World Bioethics*, Volume 6, No. 3, 2006 pp 144 - 157

<sup>3</sup> For a more detailed analysis see: Knoppers, B. 2003. Perspective(s): *International Law and Ethics, HUGO Experience*. Philadelphia, PA: Conference Paper: 2. Available at: [http://www.bioethics.upenn.edu/prog/benefit/pdf/Knoppers\\_Barbara.pdf](http://www.bioethics.upenn.edu/prog/benefit/pdf/Knoppers_Barbara.pdf)

<sup>4</sup> The International Undertaking, a non binding international agreement, was adopted by the FAO Conference through Resolution 8/83 (1983).

<sup>5</sup> This was recognized through Resolution 5/89 Annex II of the Undertaking (1989) which defined the concept of Farmers Rights as: “rights arising from the past, present and future contribution of farmers in conserving, improving and making available plant genetic resources, particularly those in centres of origin/diversity. These rights are vested in the International Community, as trustee for present and future generation of farmers, for the purpose of ensuring full benefits to farmers, supporting the continuation of their contributions”.

<sup>6</sup> Article 1 of the CBD establishes that its objectives are “... the conservation of biological diversity, the sustainable use of its components and **the fair and equitable sharing of benefits arising out of the utilization of genetic resources, including by appropriate access to genetic resources and by appropriate transfer of relevant technologies ...**”.

In regards to traditional knowledge and benefit sharing, Article 8(j) of the CBD establishes that Parties should: “... respect, preserve and maintain knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity and promote their wider application ... and encourage **the equitable sharing of the benefits arising from the utilization of such knowledge, innovations and practices**”.

In relation to genetic resources, Article 15(7) establishes that each Party shall adopt measures “... with the aim of **sharing in a fair and equitable way the results of research and development and the benefits arising from the commercial and other utilization of genetic resources ...**”.

<sup>7</sup> Parties are currently in the process of negotiating an International Regime on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing (Decision VII/19) For a detailed up dated review of this process see. Cabrera, Jorge. *El Régimen Internacional de Acceso a los Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios: Avances, Elementos y Recomendaciones*. Unidad de Políticas, Biodiversidad y Acuerdo Internacionales de la UICN. Oficina Regional para América del Sur de la UICN, Quito, 2006.

<sup>8</sup> Rawls, J. (1971) *A Theory of Justice*. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.

This document will briefly explore the above mentioned points and propose a few ideas as to how to overcome some of the conceptual and practical, implementation related difficulties. To start, a very brief conceptual and academic analysis is made. Then, benefit sharing is analyzed in the context of ABS and the FAO IT. Finally, some thoughts are proposed regarding benefit sharing in a broader context and some recommendations are also proposed, with specific relevance to Peru.

## 1. Background to the concepts of “fairness”, “equity” and “benefit sharing” (in the context of policy and law)

Benefit sharing was first addressed in international discussions in the 1970’s, as part of the *Agreement Governing Activities of States on the Moon and other Celestial Bodies* and the *United Nations Convention on the Law of the Seas*. It was closely related at the time to the “common heritage of humankind” notion.<sup>2</sup> What does the common heritage entail ? Some propose it is an idea which argues strongly against privatisation and in favour of sharing, equal access, common interest, common good, peaceful use, etc.<sup>3</sup>

In the 1980’s, the *International Undertaking on Plant Genetic Resources*<sup>4</sup> incorporated the idea of plant genetic resources as the heritage of mankind and, furthermore, specified that farmers should participate in the benefits derived from the use of plant genetic resources in breeding and research processes in general.<sup>5</sup>

Later, during the 1990’s, the CBD became instrumental in making “fair and equitable benefit sharing” a mainstream concept in debates regarding access to and use of genetic resources (ABS) and traditional knowledge.<sup>6</sup> The FAO IT further refined benefit sharing and placed it within the context of the Multilateral System of Access and Benefit Sharing and Farmers Rights.

At present, Parties to the CBD are seeking to find ways in which existing access and benefit sharing policies and laws worldwide can be made more effective and realisable through international measures and actions.<sup>7</sup>

In the context of the genetic resources (and related traditional knowledge) debate, it may prove useful to break up the concept of “fair and equitable sharing of benefits” into its integral parts in order to fully understand its precise meaning. This will ensure that the concept as a whole, has a solid foundation in terms of content. Although initially an academic exercise, it will prove important as policy, legal and economic related implications are explored.

*Fair (ness)*: One possible (and in practice useful) way to understand fairness may be to use Rawls approach in *A Theory of Justice*.<sup>8</sup> Fairness basically encompasses concurrently a right to well-being and equal opportunity. In the context of international relations, fairness is therefore associated to countries and States having an equal footing, so to speak.

There needs to be a situation of equality and a level playing field for those involved, for example, in determining international policies regarding access and benefit sharing (ABS) or those engaged in negotiating an ABS agreement. Fairness is somehow related to justice and therefore has a *moral and ethical* content – regardless of specific obligations and rights that may exist to operationalize the concept.

*Equity*: Although equity can be analyzed following legal doctrine and philosophical schools of thought, it is often associated to an *eco-*

*nomic* content, where efficiency in the allocation of resources is the key outcome to be sought by societies and individuals. Nevertheless, distribution and justice are often overlooked and may need to be considered to overcome market failures or, rather, ensure market efficiency. In the case of international relations (for example regarding ABS negotiations), stand alone efficiency may not be the appropriate result to fulfil expectations and interests of society and, especially, developing countries and its communities.

*Benefit sharing*: This is a concept which is not defined in law or doctrine. However, it presumes that benefits exist and then need to be shared. This is important because if policies or regulatory systems create disincentives in, for example, access to genetic resources activities, benefits will not be generated and, therefore, there is no possibility for sharing in them. It is important to further stress that benefit sharing is –at least until now– closely related to *accessing* and *using* genetic resources, which are also defined by the CBD.<sup>9</sup>

Additionally, benefit sharing should be understood not only in terms of exchange or *commutative justice* but, more importantly, as a broader model of *distributive justice*. Distributive justice refers to *upstream* benefits, closely linked to adequate planning processes, participation and inclusion in projects, rather than exclusively or primarily focusing on results and future benefits.<sup>10</sup>

## 2. Benefit Sharing in the Convention on Biological Diversity and the FAO International Treaty

**The CBD.** As noted above (see footnote 6), the CBD refers specifically to benefit sharing in the context of a) access to genetic resources and b) access to and use of traditional knowledge. It furthermore differentiates between direct benefits (usually associated to monetary benefits) and indirect benefits (such as technology transfer, capacity building, repatriation of data and information, etc.). Indirect benefits could also be understood in terms of the more general commitments (not necessarily related to genetic resources as such) which developed countries have to support conservation and sustainable use efforts of developing countries (this is discussed further in point 3).

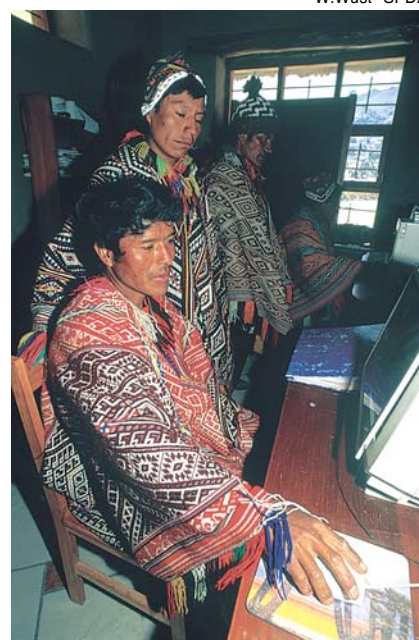
Put simply, the CBD's scope covers *all* biodiversity – excluding man. The principles of article 15 of the CBD on ABS (including benefit sharing), also apply to *all* genetic resources. Its principles even extend to those plant genetic resources under the scope of the International Treaty Multilateral System (expressly determined by the list), which refines and further develops these principles.

An initial and maybe obvious observation, is that in order for fair and equitable sharing to take place, benefits need to be generated. Thus, the CBD invocation that access to and use of genetic resources is *facilitated* as a means to ensure benefits are produced. In the context of the CBD, actual access is the legal trigger point for benefit sharing – whether direct or indirect. No or restricted access leads to no or limited benefits and, therefore, no or limited sharing. Access (and further use) is a pre condition for benefit sharing.

Secondly, access needs to be granted according to national laws and regulations which further develop and specify CBD principles regarding: state sovereignty, prior informed consent, mutually agreed terms and benefit sharing itself.<sup>11</sup>

Thirdly, it is now broadly acknowledged that depending on the nature of the access activity and the field of research involved, benefits will manifest themselves in different ways. Initially, ABS

W.Wust -SPDA



<sup>9</sup> The CBD defines “genetic resources” as: “... *genetic material of actual or potential value*”. Furthermore, “genetic material» is also defined as “... *any material of plant, animal, microbial or other origin containing functional units of heredity*”. The International Treaty defines “plant genetic resources for food and agriculture” as “... *any genetic material of plant origin of actual or potential value*”.

<sup>10</sup> De Jong, Bram; Korthals, Michiel, *ibid*.

<sup>11</sup> Many national laws (Decision 391 in the Andean Community, Executive Order 247 in the Philippines, Provisional Measure 2.186-16 in Brazil, Law 7788 in Costa Rica, OAU Model Law in the Organization of African Unity) incorporate specific provisions which detail *how* mutually agreed terms and prior informed consent can be obtained from State authorities, individuals, institutions and communities.

regimes worldwide were based on a classical bioprospecting paradigm where an institution or researcher travels to a tropical forest, identifies an interesting medicinal plant (with the aid of indigenous communities and their traditional knowledge), undertakes further research and development outside the country of origin of the plant and identifies an active component which is then incorporated into a pharmaceutical product which, ultimately, generates money.

More or less around the classical ABS paradigm, in terms of the *type* of benefits to be shared, numerous authors have listed different benefits which can derive from access to and use of genetic resources (and by extension traditional knowledge). Some divide these as follows:<sup>12</sup>

**Public benefits** (general benefits to society/humanity as a whole):

- Positive impacts on human health (direct),
- Promotion of research (indirect),
- Promotion of conservation (indirect),
- Promotion of sustainable use practices (indirect).

#### Long term benefits

- Royalties (direct),
- Milestone payments (direct),
- Income from cultivation and supply of plant material (direct),
- Improved livelihoods (indirect),
- Conservation of traditional knowledge (indirect),
- Access to developed technology (direct).

#### Short term benefits

- Up front payments (direct)
- Shared research opportunities (direct and indirect)
- Exchange and repatriation of biological data (direct and indirect)
- Training (direct)
- Institutional capacity improvement (direct and indirect)
- Technology transfer (direct and indirect)

These benefits (as general, guiding elements or examples) to a greater or lesser degree are also incorporated as options and provisions in most national ABS laws and regulations worldwide. They will need to be invoked and proposed by countries of origin and their institutions as part of ABS negotiations – according to national administrative procedures in place.

In the case of traditional knowledge and benefit sharing, the CBD and article 8(j) in particular (see footnote 5), have served as a catalyst to a number of international processes which are in essence: seeking to legally protect traditional knowledge and ensure that the benefits derived from the use of this knowledge are shared equitably and fairly, especially with the actual holders of the knowledge, this is, indigenous communities around the world.<sup>13</sup>

How can indigenous communities participate equitably and fairly in the benefits derived from access to and use of their knowledge? This is a complex question.<sup>14</sup> But simply as an indication of how benefits may be shared, following are a set of suggestions:

- Communities should *participate* in the formulation/definition of projects that may involve the direct or indirect use of their knowledge,
- Raising broader social awareness regarding importance of traditional knowledge,

<sup>12</sup> This division is based on: Miller, James. *Impact of the Convention on Biological Diversity: The Lessons of Ten Years of Experience with Models for Equitable Sharing of Benefits*. In: McManis, Charles (Ed). 2007. *Biodiversity and the Law. Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge*. Earthscan London, Sterling VA, pp 60 - 67

<sup>13</sup> For a review of policy and legal processes in Latin America to protect traditional knowledge see: Ruiz, Manuel. *The Protection of Traditional Knowledge: Policy and Legal Advances in Latin America*. IUCN, BMZ, SPDA. Lima, Peru, 2006.

<sup>14</sup> This brief will not analyse the considerable complexities regarding additional questions such as : who owns traditional knowledge ? how can shared knowledge be addressed and treated ? who provides PIC legitimately? and a few others.

- Due *recognition* (in publications) should be given to communities whose knowledge is being used,
- If monetary benefits are generated (for example from the sale of a book which incorporates indigenous traditional knowledge, references or data and information), a *percentage of these should be given* to communities,
- When accessing traditional knowledge, respect should be given to *customary practices* under which knowledge is managed and shared with third parties,
- If activities involve collecting plant or animal samples, indigenous peoples should be trained in basic parataxonomical skills,
- *Scholarships, building basic infrastructure, up front payments, further training indigenous professionals in science and technology, etc.*

These are just some of the many forms in which benefits can be shared with communities.

**The FAO IT.** In the context of the FAO International Treaty, the classic ABS paradigm has given way to benefit sharing within the Multilateral System for Access and Benefit Sharing. Soon after the entry into force of the CBD and the development of the first ABS laws, it was recognized that the classic ABS paradigm which involved a direct bilateral negotiation between a provider of genetic resources and an interested party, was not necessarily applicable to plant genetic resources for food and agriculture (PGRFA).

Agriculture over centuries has developed in very special ways and to date and even though there is the recognition of centres of origin and diversity as important regions in terms of their role as sources of crops, no country is entirely dependent on its own, native genetic resources to satisfy its national agriculture production and food security needs.<sup>15</sup>

As a result of interdependency and food security, as well as the need for continued development and improvement of crops, research and exchange (among farmers and breeders alike), it has become necessary to overcome often complex and long lasting bilateral negotiations, through the establishment of a more flexible ABS system applied to plant genetic resources for food and agriculture. And thus the creation of the FAO IT and the Multilateral System.<sup>16</sup>

The FAO IT Multilateral System is established with a view of ensuring conservation and sustainable use of PGRFA which are especially important in terms of food security for countries and interdependence. Furthermore, its objectives include securing the fair and equitable sharing of benefits arising from the use of these PGRFA, for a list of resources (enumerated in Annex I of the IT) and through the Multilateral System.<sup>17</sup> This list includes 35 food crops and 29 forage plants. It can be broadened if Parties to the IT agree by consensus.

The Multilateral System facilitates access to and use of PGRFA (in Annex I) for the purpose of research and conservation in the area of food and agriculture. The System covers PGRFA which are under the administration and control of parties to the FAO IT and are in the public domain.<sup>18</sup>

The two key pillars of the System are: the Material Transfer Agreement (MTA) and its fair and equitable benefit sharing provisions.

The MTA is a standardized contract approved by the Governing Body of the FAO IT, which determines the conditions under whi-

<sup>15</sup> Some countries are more dependent than others on foreign, introduced crops. However, even in a country like Peru, which is unanimously recognized as a centre of origin of important food crops such as potato and of diversity such as maize or tomatoes, over 50% of its agricultural system depends on introduced genetic resources. On more detailed analysis regarding the justification for the technical, policy and legal need for the FAO IT and a multilateral approach to ABS in relation to PGRFA see: Raymond, Ruth and Fowler, Cary. *Sharing the non monetary benefits of agricultural biodiversity*. Issues in genetic resources. IPGRI, No. 5, September, 2001. Rome, Italy. Further analysis is provided in, Moore, Gerald; Tymowski, Witold. *Explanatory Guide on the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*. IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 57. IUCN, Gland, Cambridge, Boon, 2005, and in Andersen, Regine. *Governing Agrobiodiversity: Plant Genetics and Developing Countries*. Aldershot (UK), Ashgate, 2007.

<sup>16</sup> For further details about interdependence and its implications, see: Andersen, Regine. *Ibid.* at 15

<sup>17</sup> Article 13.1 establishes that Contracting Parties recognize that "... facilitated access to plant genetic resources for food and agriculture which are included in the Multilateral System constitutes itself a major benefit of the Multilateral system and agree that benefits accruing therefrom shall be shared fairly and equitably in accordance with provisions of this article". Furthermore, article 13.3 determines that "... benefits arising from the use, including commercial, of plant genetic resources for food and agriculture under the Multilateral System shall be shared fairly and equitably through the following mechanisms: the exchange of information, access to and transfer of technology, capacity building, and the sharing of benefits arising from commercialization ...".

<sup>18</sup> The converging issues of administration, control and public domain are very complex. But in simple terms, they refer to PGRFA over which the State has rights and control and which are not covered by intellectual property rights. For further details on the issues of control, administration and the public domain see: Correa, Carlos. *Recursos fitogenéticos bajo la administración y el control de las Partes Contratantes y en el dominio público: ¿cuán rica es a canasta del Sistema Multilateral del Tratado Internacional?*. Document to be published shortly by CATIE and Biodiversity International.

ch PGRFA in the System can be accessed and utilised. Benefit sharing is not necessarily tied to nor triggered by each specific MTA but is rather an element of the Multilateral System as a whole. However, benefit sharing *is* addressed expressly in the SMTA, most visibly in terms of obligations of recipients in terms of information exchange, technology transfer and payments for commercial use of resources covered by the Multilateral System's list.

What are the benefits which the System proposes and specifies ?

- Facilitated access to PGRFA,
- Exchange of information,
- Access to and transfer of technology,
- Capacity Building,
- Benefits resulting from commercialization (these are basically monetary benefits).

The Governing Body will need to define how these benefits materialize and are effectively shared among Contracting Parties.

Farmers Rights are a key element of the International Treaty and seek to safeguard, in particular, the interests of small farmers in countries of origin who have for centuries maintained, conserved and developed PGRFA.<sup>19</sup>

Farmers Rights in the FAO IT may include (subject to national legislation): protecting traditional knowledge related to PGRFA, equitably sharing in the benefits derived from accessing and using PGRFA (over which they may have rights, related knowledge, specific interests, etc.) and participating in policy making processes related to PGRFA.<sup>20</sup>

The most salient feature of Farmers Rights is that, in contrast with the way they were considered or their status in the International Undertaking (1983), under the International Treaty it is clearly expressed and specified that national governments of Contracting Parties will have to decide how these are realized – through specific policies and national laws. So basically, benefit sharing in this case will be determined by *national* processes and regulations. This will have *international* implications in terms of complying with the Treaty but are most relevant in terms of the mechanisms and features developed for their *national* realization.

### 3. A broader approach to benefit sharing

Over the years, initially almost unconsciously, numerous stakeholders in the CBD process have started to refer to the notion of “benefit sharing derived from the use of biodiversity”.<sup>21</sup> This very colloquial reference, has considerable policy and legal implications in terms of the CBD implementation.

If fair and equitable benefit sharing is linked to access to and use of *biodiversity* in general, this implies the need to consider a much broader and comprehensive set of benefits derived from accessing and using the *components* of biodiversity: species, ecosystem and genetic resources. In the case of ecosystems for example, how can the benefits derived from using them be distributed fairly and equitably, and among whom ? This may involve exploring the services provided by a specific ecosystem, who is directly and indirectly benefiting from these services, who is bearing the costs of conserving the ecosystem, what are the direct and indirect benefits being provided, etc. In the same token, in the case of species, it may be necessary to identify who benefits from the actual conservation of species. One direct beneficiary may be communities who base their livelihoods in hunting, gathering, or using this specie in a specific

<sup>19</sup> For further details on Farmers Rights and their historical and political development see: Andersen, Regine. *The Farmers' Right Project – Background Study No. 1: The History of Farmers Rights: A Guide to Central Documents and Literature*. FNI Report 8/2005, Lysaker, FNI, 2005, 50 p.

<sup>20</sup> Farmers Rights are defined in article 9 of the FAO IT. Article 9.1 establishes that Contracting Parties “... recognize the enormous contribution that the local and indigenous communities and farmers of all regions of the world, particularly in centres of origin and crop diversity, have made and will continue to make to the conservation and development of plant genetic resources for food and agriculture ...”.

Article 9.2 further states that Parties *the responsibility for realizing Farmers Rights*. Each Contracting Party should, subject to its national legislation, take measures to protect and promote Farmers Rights, including:

- a) protection of traditional knowledge relevant to plant genetic resources,
- b) the right to equitably participate in sharing benefits arising from the utilization of plant genetic resources,
- c) the right to participate in making decisions, at the national level, on matters related to the conservation and sustainable use of plant genetic resources .

<sup>21</sup> Just as an example, when in 1998 a draft general biodiversity law was being discussed in Cuba, a chapter was included addressing access to and use of *biodiversity* and sharing of benefits from biodiversity. In 2005, during a regional workshop held in Peru (to develop a specific pilot project on valuation and benefit sharing), the focus was *biodiversity* and its different components. More recently (June 2007), a meeting on gender and biodiversity in Costa Rica, also incorporated the notion of benefit sharing linked to biodiversity in general.

way. How are benefits shared in these cases ? Or if migratory species are critical to support ecotourism in an area, how should direct and indirect benefits be accounted for ?

Ultimately, whereas in the context of access to genetic resources (and use of traditional knowledge) there is clear trigger point, in the case of access to ecosystems and species, this is not determined by the CBD as a legal obligation or principle which parties need to incorporate into legislation (necessarily) or refer to in the development of their policies.

Economy has over the years developed a wide range of conceptual tools and methodologies to valuate biodiversity.<sup>22</sup> Debt for nature swaps, certification schemes, payment for environmental services, etc. are just a few of the tools which in a way seek to establish more equity and fairness in the way resources and ecosystems are used and exploited and in their foundation are rooted in the idea that costs and benefits of exploitation, use (and indeed conservation) need to be appropriately shared among all those who benefit (whether directly or indirectly).

Nothing impedes *countries* to propose within their national policies and legislation measures which support fair and equitable benefit sharing from the use of biodiversity. But the CBD text will not offer much guidance as to how this may be achieved, except by extrapolating some of the more specific principles applied to ABS and TK where the CBD does offer more lights.

Although a broader approach to benefit sharing (departing from a focus on genetic resources and traditional knowledge) is certainly much more interesting and challenging, the CBD offers little guidance regarding benefit sharing in this context. Furthermore, it could be argued there is really no legal foundation to extend benefit sharing outside the genetic resources and even traditional knowledge realm (articles 15 and 8(j) of the CBD), regardless of the inherent fairness and justness of the effort.



*CIP provides 100 native varieties of potatoes to representatives of campesino communities in Huancavelica.*

*El CIP hace entrega de 100 variedades de papas nativas a representantes de comunidades campesinas de Huancavelica.*

<sup>22</sup> One recommended and very illustrative text is: Swanson, Timothy. *Global Action for Biodiversity. An International Framework for Implementing the Biodiversity Convention.* IUCN. WWF, Earthscan Publications Ltd. London, 1997.

## Final considerations and recommendations

Regardless of the complexity of the issue, it is undisputable that fair and equitable benefit sharing relates directly to access to and use of genetic resources and traditional knowledge. The CBD and the FAO IT include detailed – to some extent – principles and guidelines as to what benefit sharing means and how is it to be achieved. The Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing (developed under the CBD), are also useful to understand benefit sharing. However, these Guidelines have only a voluntary nature and are therefore only that, guidelines and informing principles which may or may not be taken into account.

There is less clarity when the concept of benefit sharing is related to biodiversity in general. Nor the CBD, nor the FAO IT nor any other international instrument provide with useful practical and direct guidance as to how to make benefit sharing materialize, when considered in a more general biodiversity related context. Benefit sharing when associated to biodiversity, needs to include issues such as valuation of biodiversity, costs of conservations, benefits from conservation (including ecosystem and species services), among other issues.

The CBD and the International Treaty itself (excluding those under the Multilateral System), are still applicable to a very broad set of genetic resources and crops. Conservation, management and sustainable use practices are still obligatory for Parties and this represents a challenge that will probably include implementation of National Biodiversity Strategies or, as in the case of Peru, of the National Action Plan for Agrobiodiversity.

In terms of recommendations based on the Peruvian context:

- a) The National Environmental Council (CONAM), the National Institute for Agricultural Research (INIA) and the National Institute for Natural Resource (INRENA) should coordinate a capacity building process to explore and understand how benefit sharing operates in the context of the CBD and the FAO IT and how its logic may be expanded to other situations.
- b) The National Institute for Agricultural Research (INIA) and the National Coordinator for the CGIAR should coordinate a training process to support public officials and a wider range of actors, in the understanding of specific benefit sharing provisions of the FAO IT and carefully monitor progress within the IT process,
- c) INRENA, INIA and CONAM should evaluate how benefit sharing is operating in practice in the case of Decision 391 (in place since 1996) and identify positive and negative lessons in order to improve its implementation,
- d) National biodiversity reports to be presented to the CBD Secretariat (by CONAM as the national focal point) should start including quantitative and qualitative evaluations regarding benefit sharing in a broader context.



CIP

## Bibliography and references

- Andersen, Regine. *Governing Agrobiodiversity: Plant Genetics and Developing Countries*. Aldershot (UK), Ashgate, 2007.
- Andersen, Regine. *The Farmers' Right Project – Background Study No. 1: The History of Farmers Rights: A Guide to Central Documents and Literature*. FNI Report 8/2005, Lysaker, FNI, 2005, 50 p.
- Cabrera, Jorge. *El Régimen Internacional de Acceso a los Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios: Avances, Elementos y Recomendaciones*. Unidad de Políticas, Biodiversidad y Acuerdo Internacionales de la UICN. Oficina Regional para América del Sur de la UICN, Quito, 2006.
- Correa, Carlos. *Recursos fitogenéticos bajo la administración y el control de las Partes Contratantes y en el dominio público: ¿cuán rica es la canasta del Sistema Multilateral del Tratado Internacional?*. Documento a publicarse próximamente por CATIE y Biodiversity International.
- De Jong, Bram; Korthals, Michiel. *Vicissitudes of Benefit Sharing of Crop Genetic Resources: Downstream and Upstream*. In: *Developing World Bioethics*, Volume 6, No. 3, 2006 pp 144 - 157
- Knoppers, B. 2003. Perspective(s): *International Law and Ethics, HUGO Experience*. Philadelphia, PA: Conference Paper: 2. Available at: [http://www.bioethics.upenn.edu/prog/benefit/pdf/Knoppers\\_Barbara.pdf](http://www.bioethics.upenn.edu/prog/benefit/pdf/Knoppers_Barbara.pdf)
- Miller, James. *Impact of the Convention on Biological Diversity: The Lessons of Ten Years of Experience with Models for Equitable Sharing of Benefits*. In: McManis, Charles (Ed). 2007. *Biodiversity and the Law. Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge*. Earthscan London, Sterling VA, pp 60 – 67
- Moore, Gerald; Tymowski, Witold. *Explanatory Guide on the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*. IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 57. IUCN, Gland, Cambridge, Boon, 2005.
- Raymond, Ruth; Fowler, Cary. *Sharing the non monetary benefits of agricultural diversity*. Issues in Genetic Resources No. 5. IPGRI, September, 2001.
- Rawls, J. (1971) *A Theory of Justice*. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
- Ruiz, Manuel. *The Protection of Traditional Knowledge: Policy and Legal Advances in Peru*. IUCN, BMZ, SPDA. Lima, Peru, 2006.
- Swanson, Timothy. *Global Action for Biodiversity. An International Framework for Implementing the Biodiversity Convention*. IUCN. WWF, Earthscan Publications Ltd. London, 1997.

La Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) es una asociación civil sin fines de lucro fundada en 1986, que trabaja en la áreas de Derecho y Política Ambiental. La SPDA se organiza en cinco programas: • Asuntos Internacionales y Biodiversidad • Conservación • Investigación • Política y Gestión Ambiental • Defensa del Interés Ciudadano.

Realiza trabajos de asistencia técnico/legal y consultoría, ejecuta proyectos específicos y promueve y difunde el Derecho Ambiental a través de su centro de información y actividades de capacitación.

### **Sociedad Peruana de Derecho Ambiental**

**Presidente:** Jorge Caillaux **Director Ejecutivo:** Manuel Pulgar Vidal

**Coordinador del Proyecto Apoyo a la Implementación del Tratado Internacional de la FAO en el Perú:** Manuel Ruiz Muller, Director del Programa de Asuntos Internacionales y Biodiversidad de la SPDA, [mruiz@spda.org.pe](mailto:mruiz@spda.org.pe)

Prolongación Arenales 437, San Isidro, Lima 27. <http://www.spda.org.pe>  
Teléf.: (511) 422 2720 / 441 9171 Fax: (511) 442 4365

© 2007 Sociedad Peruana de Derecho Ambiental  
Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit



**gtz**

por encargo de



**Ministerio Federal de  
Cooperación Económica  
y Desarrollo**



**FRIDTJOF NANSENS INSTITUTT  
FRIDTJOF NANSEN INSTITUTE**