

Cumplimiento de condiciones contractuales en jurisdicciones foráneas: el caso del Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa de Beneficios que se deriven de su utilización

Juanita Chaves Posada



SPDA
Sociedad Peruana de Derecho Ambiental

Cumplimiento de condiciones contractuales en jurisdicciones foráneas: el caso del Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa de Beneficios que se deriven de su utilización

Programa de Asuntos Internacionales y Biodiversidad

El Programa de Asuntos Internacionales y Biodiversidad de la SPDA participa activamente en el fomento y creación de mecanismos que permitan la efectiva aplicación de los diferentes acuerdos internacionales, especialmente el Convenio sobre la Diversidad Biológica, del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Protocolo de Kyoto. Asimismo, participa activamente en la elaboración y promoción de legislación ambiental, en temas como: recursos genéticos, biodiversidad, biocomercio, agrobiodiversidad, conocimientos tradicionales y cambio climático, procurando que los intereses de los diversos actores sociales, especialmente de los pueblos indígenas, se vean recogidos en ella. A su vez, tiene una activa participación en diferentes espacios como la Comisión Nacional de Diversidad Biológica.

Autor: **Juanita Chaves**

Edición: **Manuel Ruiz Muller**

Corrección de estilo: **Carla Bengoa**

Diseño e impresión: **Fénix Soluciones Gráficas y Digitales S.R.L.**

Av. La Paz 860, Miraflores - Lima - Perú

Telf. 447 5536

© **Comunidad Andina - Programa BIOCAN**

Av. Aramburú Cdra. 4 S/N Esquina con Paseo de la República, San Isidro, Lima 27, Perú

Primera edición, setiembre 2013

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No: 2013-13365

Sociedad Peruana de Derecho Ambiental

Av. Prolongación Arenales 437, San Isidro, Lima 27, Perú

Telf.: (+511) 612-4700

Presidente : **Jorge Caillaux**

Director Ejecutivo : **Pedro Solano**

www.spda.org.pe

www.actualidadambiental.pe

www.conservacionprivada.org

www.biopirateria.org

www.legislacionanp.org.pe

www.legislacionforestal.org

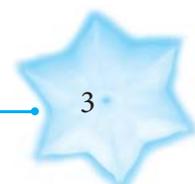
www.legislacionambientalspda.org.pe

Esta publicación se enmarca dentro de las actividades previstas en el Programa Regional de Biodiversidad en la Amazonía de los Países Miembros de la CAN – BioCAN, financiado por el Gobierno de Finlandia y ejecutado a través de la Secretaría General de la Comunidad Andina – SGCAN y, específicamente, en el marco del Plan Regional de Fortalecimiento de Capacidades en Acceso a Recursos Genéticos y Conocimientos Tradicionales que viene ejecutando la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Adicionalmente, la publicación ha recibido el apoyo del proyecto regional GEF ABS LAC sobre “Fortalecimiento de la Implementación de los Regímenes de Acceso a Recursos Genéticos y Distribución de los Beneficios en América Latina y el Caribe”, ejecutado por la Oficina Regional de UICN para América del Sur (UICN-Sur) e implementado por la Oficina Regional de PNUMA para América Latina y el Caribe (PNUMA-ROLAC) www.adb.portalces.org. Las opiniones y puntos de vista expresados en el documento son de responsabilidad exclusiva del autor y no comprometen a las instituciones antes mencionadas.



ÍNDICE

ACRÓNIMOS	5
INTRODUCCIÓN	7
I. Medidas de cumplimiento de condiciones contractuales de acceso en jurisdicciones foráneas	9
Medidas de cumplimiento de condiciones contractuales de acceso en jurisdicciones foráneas	9
1.1 Medidas para asegurar el cumplimiento de legislaciones de ABS o requisitos reglamentarios nacionales en países usuarios de recursos genéticos	9
1.2 Medidas para enfrentar el incumplimiento, por parte de los países usuarios, de las medidas adoptadas para asegurar que el uso de recursos genéticos en sus jurisdicciones se derive del acceso legal de dichos recursos	12
1.3 Cooperación en caso de presuntas infracciones de la legislación o requisitos reglamentarios nacionales	12
II. Medidas para asegurar el cumplimiento de la legislación o requisitos reglamentarios nacionales sobre ABS para los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos	13
2.1 Medidas para asegurar que el CT asociado a los recursos genéticos haya sido accedido de conformidad con el PIC o con la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales y bajo MATs	13
2.2 Medidas para enfrentar el incumplimiento, por parte de los países usuarios, de las medidas adoptadas para asegurar el cumplimiento de la legislación nacional o reglamentaciones de acceso para el acceso al CT asociado a los recursos genéticos	14
2.3 Cooperación en caso de presuntas infracciones de la legislación o requisitos reglamentarios nacionales	15
III. Mecanismos para apoyar la vigilancia de la utilización de los recursos genéticos	15
3.1 Puntos de verificación para apoyar el cumplimiento de legislaciones y regulaciones de ABS	15
3.2. Certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente	17
3.3. Intercambio de información sobre la implementación de MATs	20
3.4. Uso de herramientas y sistemas de comunicación eficaces	21
IV. Cumplimiento de MATs	21
4.1 Cumplimiento de MATs en sistemas jurídicos fuera de la jurisdicción nacional	22
V. Interrogantes sobre la posible implementación de las medidas de cumplimiento incorporadas en el Protocolo de Nagoya	23
CONCLUSIONES	24
BIBLIOGRAFÍA	25





ACRÓNIMOS

ABS -	Acceso a los Recursos Genéticos y Participación en los Beneficios derivados de su Utilización
ADPIC -	Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio de la Organización Mundial del Comercio
ANTM -	Acuerdo Normalizado de Transferencia de Material
CDB -	Convenio sobre la Diversidad Biológica
COP -	Conferencia de las Partes
CT -	Conocimientos Tradicionales
MAT -	Condiciones Mutuamente Acordadas



INTRODUCCIÓN

Con el fin de impulsar el cumplimiento del tercer objetivo del Convenio sobre la Diversidad Biológica (la participación justa y equitativa en los beneficios derivados del uso de los recursos genéticos), la comunidad internacional hizo un llamado, en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible celebrada en el 2002, para la negociación de un régimen internacional que promoviera y salvaguardara, precisamente, esta forma de participación en los beneficios.

Tras varios años de negociación, el 29 de octubre de 2010, se adoptó, en el marco de la Décima Conferencia de las Partes (COP, por sus siglas en inglés) del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa de Beneficios que se Deriven de su Utilización.¹

Para los países en desarrollo, que usualmente son también proveedores de recursos genéticos, el Protocolo ofreció la oportunidad de establecer medidas para: i) garantizar el cumplimiento de sus legislaciones en materia de acceso a recursos genéticos y participación en los beneficios derivados de la utilización de estos recursos (ABS, por sus siglas en inglés), por parte de los países usuarios y; ii) hacer seguimiento, más allá de las jurisdicciones de los países proveedores y en el lugar de uso, de aquellos recursos genéticos a los que se haya accedido, habiendo obtenido el consentimiento fundamentado previo y establecido condiciones mutuamente acordadas por la vía contractual. Para los países en desarrollo, estas son ejes sustanciales del Protocolo.²

En este sentido, el Protocolo incluye una serie de obligaciones concretas que tanto proveedores como usuarios deberán asumir para asegurar el cumplimiento de la legislación o de los requisitos reglamentarios del Estado que proporciona el recurso genético, y la obligación de cumplir condiciones de cooperación para acceder legalmente a dichos recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales asociados a estos. Esto se da en un contexto de continua preocupación desde los países en desarrollo sobre qué pasa con sus recursos genéticos una vez que estos salen de sus jurisdicciones – acompañados de un contrato, permiso u otra herramienta o título habilitante.

Estas medidas de cumplimiento, así como las disposiciones orientadas a establecer condiciones más predecibles, que contribuyan a dar seguridad jurídica para el acceso a los recursos genéticos, permitirán asegurar la participación justa y equitativa en los beneficios derivados del uso de estos recursos cuando hayan salido de la jurisdicción del Estado proveedor. Asimismo, servirán para garantizar que los intereses de los países de origen o proveedores sean adecuadamente cautelados.

En el presente documento se identifican las medidas de cumplimiento incluidas en el Protocolo de Nagoya y se hace un breve análisis de las mismas, determinando, en algunos casos, las condiciones necesarias para su posible implementación a nivel nacional.

1 Si bien el Protocolo fue adoptado en 2010, a la fecha aún no ha entrado en vigencia y, por lo tanto, no se ha constituido en un instrumento jurídicamente vinculante. Según el artículo 33 del Protocolo, este entrará en vigor el nonagésimo día contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el quincuagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión por los Estados u organizaciones regionales de integración económica que sean Partes del Convenio. A la fecha, según la página oficial del Convenio sobre la Diversidad Biológica, 184 han sido los instrumentos de ratificación recibidos.

2 Para los países megadiversos afines, estos fueron dos logros muy importantes a nivel internacional, pues como países ricos en recursos biológicos y genéticos, a pesar de contar con legislaciones nacionales para regular el acceso a estos recursos, no contaban con herramientas que les garantizaran el respeto del acceso legal mas allá de sus fronteras nacionales y en los países donde se utilizan los recursos genéticos accedidos.





I. Medidas de cumplimiento de condiciones contractuales de acceso en jurisdicciones foráneas

Medidas para asegurar el cumplimiento de la legislación nacional de acceso y distribución de beneficios y para vigilar el uso de los recursos genéticos

Varios son los artículos del Protocolo orientados a que los países usuarios den cumplimiento a las legislaciones de ABS o a la reglamentación del país proveedor de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados.

El artículo 15 del Protocolo prevé tres supuestos para asegurar el cumplimiento de la legislación o requisitos reglamentarios nacionales sobre ABS de los países proveedores. A continuación se explican estos tres supuestos.

1.1 Medidas para asegurar el cumplimiento de legislaciones de ABS o requisitos reglamentarios nacionales en países usuarios de recursos genéticos

El alcance del artículo 15.1 del Protocolo es distinto al alcance del Artículo 15 del CDB, aunque ambos tratan sobre la regulación del acceso a los recursos genéticos.

El artículo 15 del Convenio reconoce la facultad que tienen los Estados de regular el acceso a sus recursos genéticos y, por lo tanto, de crear condiciones para facilitar, a otras Partes, dicho acceso para usos ambientalmente adecuados; y de no imponer restricciones contrarias a los objetivos del Convenio.

Por su parte, el artículo 15.1 del Protocolo determina la obligación que tienen los países usuarios de adoptar medidas que aseguren el cumplimiento de las legislaciones o reglamentaciones de acceso y participación en los beneficios de los países proveedores de los recursos genéticos.

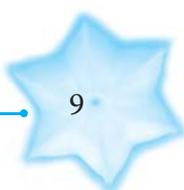
La necesidad de que los países usuarios cuenten con medidas para garantizar el acceso legal de los recursos genéticos y así asegurar la participación justa y equitativa en los beneficios ya se perfilaba como un requisito indispensable en las Guías Voluntarias de Bonn, adoptadas por la Sexta COP del CDB³.

Según las Guías de Bonn, *las Partes Contratantes, con usuarios de recursos genéticos bajo su jurisdicción deberían adoptar las medidas jurídicas, administrativas o de política adecuadas (...) para apoyar el cumplimiento del consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporcione dichos recursos y las condiciones mutuamente convenidas con arreglo a las que se concedió el acceso*⁴.

El artículo 15.1 del Protocolo recoge la intención expresada en las Guías de Bonn y establece *que cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política apropiadas, eficaces y proporcionales para asegurar que los recursos genéticos utilizados dentro de su jurisdicción hayan sido accedidos de conformidad con el consentimiento fundamentado previo y se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas como se especifica en la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios de la otra Parte.*

³ La COP 6 del CDB se realizó entre el 7 y el 19 de abril de 2002 en la ciudad de La Haya, Holanda.

⁴ Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización, II. Funciones y Responsabilidades en cuanto al Acceso y la Participación en los Beneficios en Virtud del artículo 15 del Convenio sobre la Diversidad Biológica. C- Responsabilidades 16 d.



En otras palabras, de conformidad con el artículo 15.1 del Protocolo de Nagoya, los países usuarios están obligados a adoptar medidas apropiadas, eficaces y proporcionales para:

- a) asegurar que el acceso a los recursos genéticos haya sido otorgado de conformidad con el Consentimiento Fundamentado Previo (PIC, por sus siglas en inglés) del país proveedor; y
- b) asegurar que el acceso a los recursos genéticos haya sido otorgado bajo Condiciones Mutuamente Acordadas (MAT, por sus siglas en inglés) con el país proveedor.

El propósito de este artículo es asegurar que los países usuarios adopten medidas para que sólo aquellos recursos genéticos accedidos legalmente puedan ser utilizados dentro de su jurisdicción.

Tal y como lo establece el artículo 15.1 del Protocolo, el requisito del PIC y los MAT generalmente se especifican en la legislación nacional o reglamentos nacionales de ABS.

Sin embargo, valdría la pena cuestionarse ¿qué pasa si el país proveedor no cuenta aún con legislación nacional de ABS? ¿qué pasa si el país proveedor cuenta con normas ambientales que regulan, en su ámbito, el acceso a recursos genéticos, pero no constituyen per se una legislación de ABS? ¿quedan estos países fuera del ámbito de protección que otorga el artículo 15.1 del Protocolo?

Para contestar a tales preguntas y hacer una interpretación del mismo artículo, es necesario tener en cuenta que de acuerdo con el CDB, los países tienen la autoridad para determinar el acceso a sus recursos genéticos, sujeto a la legislación nacional. Esto quiere decir que el CDB reconoció la facultad de los países de regular el acceso a sus recursos genéticos a través de sus legislaciones nacionales, pero no los obligó a ello, al ser esto parte de su derecho soberano.

Por consiguiente, los países no están obligados a contar con legislaciones de acceso y participación en los beneficios, pues esto constituye un derecho, al cual podrían renunciar, y no una obligación⁵.

Si bien la adopción de legislación nacional de ABS no es obligatoria, sí es una obligación que el acceso a los recursos genéticos sea concedido en virtud del PIC⁶, siempre y cuando el país proveedor no haya determinado otra cosa, y estableciendo condiciones mutuamente acordadas. Así lo estableció el CDB en su artículo 15.4 y 15.5. Esto implica, por supuesto, que el país proveedor debe tomar medidas en su sistema legal para establecer el procedimiento para obtener el PIC, por ejemplo, indicando cuál será la autoridad nacional competente para autorizar el acceso al recurso genético. Esta regulación podría darse a través de actos administrativos, tales como decretos, resoluciones, entre otros. No necesariamente a través de una ley de ABS.

De acuerdo con lo anterior, podría interpretarse que aún cuando un país proveedor no cuente con legislación nacional de ABS, no queda excluido de la protección del artículo 15.1 del Protocolo de Nagoya, y que el país usuario de sus recursos genéticos está obligado a adoptar las medidas legislativas, administrativas o políticas a las que se refiere el artículo 15 con el fin de asegurar la existencia del PIC y MAT.

La obligación del país usuario abarca la verificación de la existencia del PIC y MAT para el acceso al recurso genético, sin que esto implique, a su vez, evaluar o emitir un juicio de valor sobre el contenido de estos. Para esto último, la legislación nacional o reglamentaciones pertinentes del país proveedor debe dar las pautas y orientaciones necesarias.

5 Para que un derecho no se materialice, no es necesario renunciar a él, puede simplemente no ejercerse.

6 Se entiende por consentimiento fundamentado previo o PIC el consentimiento del proveedor del recurso genético. Este consentimiento debe estar basado en información entregada por el usuario del recurso y debe obtenerse antes de entrar a negociar la forma de su utilización y la participación en los beneficios que se deriven de su uso.



En cuanto a las medidas que deberán adoptar los países usuarios para asegurar el cumplimiento de la legislación o reglamentación sobre ABS del país proveedor del recurso, el Protocolo guardó silencio, aunque sí indicó que estas deben ser apropiadas, eficaces y proporcionales.

En cambio, las Guías Voluntarias de Bonn sí incluyeron un listado de posibles medidas para apoyar el cumplimiento del PIC y MAT del país que proporciona los recursos genéticos. Estas posibles medidas son, entre otras:

- Mecanismos para proporcionar información a usuarios potenciales sobre sus obligaciones relativas al ABS;
- Medidas para promover la revelación del país de origen de los recursos genéticos y del origen de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas y locales en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual;
- Sistemas de certificación para instituciones que cumplen las reglas sobre acceso y participación en los beneficios;
- Medidas destinadas a evitar la utilización de recursos genéticos obtenidos sin el PIC de la Parte Contratante que proporciona dichos recursos; y
- Medidas para disuadir prácticas comerciales injustas.

Por lo tanto, existe flexibilidad para que los países usuarios adopten las medidas que aseguren el acceso legal de los recursos genéticos utilizados en sus jurisdicciones. Será la práctica la que indique qué tipo de medidas están adoptando los países usuarios y su efectiva implementación e impacto.

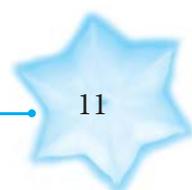
Ya algunos países se encuentran estudiando la manera de cómo implementar el Protocolo de Nagoya cuando este entre en vigor. También es claro que no todos los países adoptarán medidas únicas para imponerlas en todos los casos y a todos los sectores.

Es el caso, por ejemplo, de la Unión Europea. Según la Propuesta de Regulación sobre Acceso a los Recursos Genéticos y la Participación Justa y Equitativa en los Beneficios en la Unión, la Unión Europea podría adoptar las siguientes medidas, con el fin de asegurar el acceso legal de recursos genéticos y CT asociados a los recursos genéticos en su territorio:

- utilización de códigos de conducta de ABS existentes, desarrollados para el sector académico y otros sectores;
- reconocimiento de ciertos procedimientos, herramientas o mecanismos considerados por la Unión como “buenas prácticas” de ABS; y el
- registro de colecciones confiables de la Unión Europea, las cuales incluyan toda la información sobre los recursos genéticos, la cual se entrega junto con el material a terceros para su utilización. Se considerará que los usuarios que adquieran material de estas colecciones han sido diligentes al solicitar toda la información necesaria con respecto al recurso genético.

En otras palabras, para la Unión Europea todos los usuarios de recursos genéticos deberán demostrar que actuaron con la “diligencia debida” para asegurar que los recursos genéticos utilizados fueron accedidos de acuerdo con la legislación o regulaciones de ABS del país proveedor, y así cumplir con la obligación del artículo 15.1 del Protocolo de Nagoya.

Para la Unión Europea, teniendo en cuenta la diversidad de usuarios, no es posible obligarlos a cumplir con las mismas medidas para garantizar esa “diligencia debida”. Es por ello, que para la Unión deben existir diferentes opciones o herramientas que puedan tomar los usuarios para el ejercicio de la “diligencia debida”, basadas en el reconocimiento de buenas prácticas o códigos de conducta sectoriales, modelos de cláusulas contractuales, entre otros.



De cualquier forma, toda medida adoptada por los países usuarios deberá ser eficaz en función de los costos, eficiente, y maximizar la distribución de los limitados recursos con los que cuentan los países. Sería conveniente que en un futuro, la COP del Protocolo evalúe los impactos de las medidas adoptadas, así como su eficacia para el cumplimiento de su objetivo: asegurar que el uso de recursos genéticos tenga como base el acceso legal a los mismos.

Por ahora, lo único claro es que esas medidas adoptadas a través de las legislaciones o regulaciones de los países usuarios serán la única forma mediante la cual los países proveedores de recursos genéticos podrán asegurar el acceso legal de sus recursos utilizados en los países usuarios.

Es importante tener en cuenta que las normas nacionales sólo son de obligatorio cumplimiento dentro del territorio o jurisdicción del país que la emite. Garantizar su cumplimiento fuera de la jurisdicción nacional dependerá exclusivamente de la cooperación entre países.

1.2 Medidas para enfrentar el incumplimiento, por parte de los países usuarios, de las medidas adoptadas para asegurar que el uso de recursos genéticos en sus jurisdicciones se derive del acceso legal de dichos recursos

Según el artículo 15.2 del Protocolo, las Partes Contratantes deberán adoptar medidas para enfrentar situaciones de incumplimiento de las medidas adoptadas en los países usuarios para garantizar el cumplimiento de las legislaciones de ABS o reglamentos nacionales de ABS de países proveedores donde se regule el PIC y MAT. ¿Cuáles podrían ser tales medidas? Eso será definido por cada una de las Partes Contratantes del Protocolo.

El Protocolo deja abierta la posibilidad para que cada una de las Partes determine cuáles serán las medidas legislativas, administrativas y de política que adoptarán, de conformidad con su propio sistema jurídico y circunstancias sociales, económicas y culturales. Estas podrían ser:

- Multas;
- Suspensión inmediata de las actividades de uso del recurso genético;
- Confiscación inmediata del recurso accedido y utilizado ilegalmente;
- Cierre temporal o definitivo de establecimientos que utilizaban recursos genéticos no accedidos legalmente; y
- penalización de ciertas conductas.

1.3 Cooperación en caso de presuntas infracciones de la legislación o requisitos reglamentarios nacionales

El último párrafo del artículo 15 del Protocolo de Nagoya establece que las Partes deberán, en la medida de lo posible, cooperar en casos de presuntas infracciones de la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de ABS. No obstante, este párrafo tampoco establece qué medidas de cooperación son las que deberán adoptar las Partes Contratantes del Protocolo. Por nuestra parte, consideramos que podrían incluirse los siguientes tipos de medidas:

- para el desarrollo de investigaciones por incumplimiento;
- de intercambio de información, incluyendo información sobre las infracciones que generaría el acceso no legal a los recursos genéticos;
- de intercambio y reconocimiento de fallos judiciales, si existieran acuerdos bilaterales que así lo permitieran;



- de facilitación al acceso a la justicia, incluida la resolución de controversias como alternativas;
- de acceso a los tribunales de demandantes extranjeros;
- para la suscripción de acuerdos bilaterales de asistencia mutua bilateral;
- de expansión de acuerdos bilaterales actuales para la aplicación transfronteriza; y
- para la adopción de criterios que orienten a los tribunales para abordar el cumplimiento del ABS, entre una y otra jurisdicción.

II. Medidas para asegurar el cumplimiento de la legislación o requisitos reglamentarios nacionales sobre ABS para los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos

El Protocolo de Nagoya también vela por el cumplimiento de la legislación o requisitos reglamentarios nacionales sobre acceso y participación en los beneficios para los conocimientos tradicionales (CT) asociados a los recursos genéticos.

Tal y como lo hace el artículo 15 del Protocolo de Nagoya, el artículo 16 considera los mismos tres supuestos explicados arriba para asegurar el cumplimiento de la legislación nacional o requisitos reglamentarios, en este caso para el acceso al CT asociado a los recursos genéticos.

A continuación se explican los tres supuestos cobijados por el artículo 17 del Protocolo.

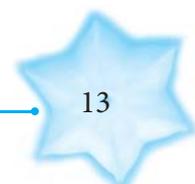
2.1 Medidas para asegurar que el CT asociado a los recursos genéticos haya sido accedido de conformidad con el PIC o con la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales y bajo MATs

Este artículo del Protocolo refleja un avance en materia del CT. Para entender este avance es importante referirse al Artículo 8(j) del CDB. Según este artículo, cada Parte Contratante del CDB debe, en la medida de lo posible y según proceda, *de acuerdo con la legislación nacional, respetar, preservar y mantener el conocimiento tradicional, innovaciones y prácticas de comunidades indígenas y locales con estilos de vida relevantes para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica, y promover su aplicación mas amplia con la aprobación y participación de los poseedores de tales conocimientos, innovaciones y prácticas y promover la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de tales conocimientos, innovaciones y prácticas.*

Si bien el artículo 8(j) ya reconocía el derecho de las comunidades indígenas y locales a aprobar el uso de sus conocimientos tradicionales, innovaciones y prácticas, así como a participar en los beneficios derivados del uso de su CT, el Protocolo de Nagoya se refiere al derecho que tienen las comunidades indígenas y locales para el acceso a sus CT, es decir previo a su utilización. Las dos formas para acceder al CT reconocidas por el CDB son a través de:

- el PIC; o
- la aprobación y participación de los poseedores del CT.

La referencia al derecho de PIC por parte de las comunidades indígenas y locales para el acceso a su CT es, también, novedosa en el Protocolo frente al CDB, aunque dicha referencia ya había sido incluida en las Guías Voluntarias de Bonn. Según las Guías, *debería obtenerse el*



consentimiento fundamentado previo de las comunidades indígenas y locales y la aprobación e intervención de los que sustentan los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, todo ello de conformidad con sus prácticas tradicionales, con las políticas nacionales de acceso y a reserva de las leyes nacionales.

En cuanto a la referencia *con la aprobación y participación de las comunidades indígenas*, parece implicar la necesidad de los países donde se encuentran estas comunidades de adoptar procesos de consulta, tales como comités nacionales consultivos, para garantizar la participación de las comunidades indígenas y locales.

Por otra parte, es importante señalar que en ambos casos (el CDB y el Protocolo) el lenguaje utilizado es un lenguaje suave, que no implica una obligación para las Partes Contratantes. Al utilizar el término “según proceda” deja un margen a los países para la adopción o no de medidas para asegurar el acceso legal de conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales.

Algunas de las medidas que podrían adoptar los países usuarios para asegurar el acceso legal del CT son:

- mecanismos para informar a los posibles usuarios de CT acerca de sus obligaciones (artículo 12 del Protocolo);
- difusión de protocolos comunitarios;
- difusión de requisitos mínimos, en MAT, que garanticen la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización del CT; y la
- difusión de cláusulas contractuales modelo para la participación en los beneficios que se deriven del uso del CT.

Con respecto al MAT para asegurar la participación justa y equitativa en los beneficios derivados del uso del CT, se esperaría que esa participación en los beneficios, y los propios MAT, sean culturalmente apropiados, garantizando los valores culturales, espirituales, ecológicos, económicos, las normas consuetudinarias, protocolos, leyes comunitarias, visiones, etc. El artículo 12 del Protocolo, va hacia esta dirección, al establecer que *el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del presente Protocolo, las Partes, conforme a las leyes nacionales, tomarán en consideración las leyes consuetudinarias, protocolos y procedimientos comunitarios, según proceda, con respecto a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos.*

Por último, vale la pena recordar que el artículo 16 del Protocolo de Nagoya hace referencia a los derechos que tienen las comunidades sobre sus CT y no abarca los derechos que tienen estas comunidades sobre los recursos genéticos. Lo anterior no significa que no pudiera existir una legislación nacional de ABS donde dichos derechos sean reconocidos y donde se exija el PIC y MAT con el poseedor de los recursos genéticos, en este caso, las comunidades indígenas y locales. Si existiera esta legislación nacional, los países usuarios deberían adoptar medidas para garantizar el PIC y MAT de las comunidades sobre los recursos genéticos accedidos.

2.2 Medidas para enfrentar el incumplimiento, por parte de los países usuarios, de las medidas adoptadas para asegurar el cumplimiento de la legislación nacional o reglamentaciones de acceso para el acceso al CT asociado a los recursos genéticos

Las Partes Contratantes del Protocolo deberán adoptar medidas para abordar situaciones de incumplimiento de las medidas adoptadas para asegurar el acceso legal del CT.

El Protocolo deja abierta la posibilidad para que cada una de las Partes determine cuáles serán las



medidas legislativas, administrativas y de política que adoptarán, de conformidad con su propio sistema jurídico y circunstancias sociales, económicas y culturales. Algunas de estas podrían ser:

- multas;
- compensación por daños;
- suspensión inmediata de las actividades de uso del CT;
- cierre temporal o definitivo de establecimientos que utilizaban el CT accedido no legalmente;
- retiro del mercado del producto resultante del uso del CT;
- penalización de ciertas conductas; y
- difusión en los medios de comunicación de la conducta sancionada.

2.3 Cooperación en caso de presuntas infracciones de la legislación o requisitos reglamentarios nacionales

El artículo 16.3 establece que las *Partes, en la medida de lo posible y según proceda, cooperaran en casos de presuntas infracciones de la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios para los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos.*

Tal cooperación podría consistir, entre otras cosas, en:

- cooperar con las investigaciones de otras Partes en casos de presuntas infracciones de la legislación o requisitos reglamentarios nacionales para el acceso al CT asociado a los recursos genéticos;
- facilitar el intercambio de información sobre las partes que han incumplido con el acceso legal del CT asociado; y
- cooperar con el seguimiento de los casos de presuntas infracciones.

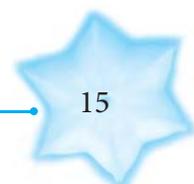
III. Mecanismos para apoyar la vigilancia de la utilización de los recursos genéticos

El Protocolo de Nagoya contempla, en su artículo 17, medidas para apoyar la vigilancia y aumentar la transparencia del uso de los recursos genéticos. Estas medidas son:

3.1 Puntos de verificación para apoyar el cumplimiento de legislaciones y regulaciones de ABS

Durante las negociaciones del Protocolo, los puntos de verificación fueron propuestos como incentivos destinados a que los usuarios cumplieran con las legislaciones y regulaciones de ABS. Se pensaba que si los países proveedores –viendo la voluntad de los países usuarios de establecer acciones para satisfacer los intereses de los países proveedores- “flexibilizaban” sus normas y regulaciones sobre ABS, los países usuarios podrían diseñar mecanismos para la verificación de cómo y dónde ingresan los recursos genéticos.

Siendo que la designación de puntos de verificación encontraba su origen en lo anterior, los países en desarrollo lucharon por incluir en el Protocolo un listado claro y preciso de los mencionados puntos, incluyendo:



- las autoridades aduaneras;
- las oficinas de patentes;
- las oficinas de aprobación comercial;
- oficinas editoriales de boletines científicos;
- colecciones *ex situ*;
- donantes; y
- las agencias de financiación para la investigación, entre otras cosas⁷.

Por su parte, los países desarrollados no estaban de acuerdo con incluir este listado. En particular, el establecimiento de las oficinas de propiedad intelectual como puntos de verificación fue uno de los temas de mayor discusión entre las Partes negociadoras. Para algunos países desarrollados, el designar a las oficinas de propiedad intelectual como puntos de verificación generaría una carga administrativa (altos costos) para estas autoridades, que se sumaría a la dificultad para determinar el país de origen de los recursos genéticos en condiciones *in situ* y los problemas asociados a la falta de claridad que presentan algunas legislaciones nacionales de ABS. Asimismo, podría generar inseguridad a los solicitantes de derechos de propiedad intelectual y, por lo tanto, se convertiría en un incentivo perverso a la promoción de derechos de propiedad intelectual.

Es así como el Protocolo establece la obligación de las Partes Contratantes de adoptar puntos de verificación, sin que exista un listado, así sea enunciativo, de los posibles puntos a ser nominados, que pudiera servir como referencia a los países.

El artículo 17 del Protocolo establece que las Partes Contratantes deberán adoptar medidas para vigilar y aumentar la transparencia sobre el uso de los recursos genéticos; estas medidas incluyen la designación de uno o varios puntos de verificación.

Los puntos de verificación deberán recolectar o recibir, del proveedor del recurso, información pertinente relacionada con el PIC, MAT y/o el uso del recurso genético, y, en función a eso, tomar alguna determinación administrativa.

De igual manera, según el Protocolo, los puntos de verificación deberán ser eficaces y tener funciones pertinentes a la utilización de los recursos genéticos, recopilación de información, entre otras cosas, en cualquier etapa de la investigación, desarrollo, innovación, pre-comercialización o comercialización. En otras palabras, si bien el Protocolo no incluye un listado de los puntos de verificación, sí parece dar algunas pistas claras sobre dónde podrían estar localizados estos puntos de verificación, al referirse a las etapas de investigación (podría referirse a entidades que aprueban proyectos de investigación para su financiamiento; otros donantes, etc.); desarrollo (entidades que dan financiamiento para el desarrollo de productos derivados del uso de recursos genéticos, entre otros); innovación (podrían ser las oficinas de propiedad intelectual, donde los inventores buscan proteger sus innovaciones); pre-comercialización (entidades que expiden licencias o permisos previos a la comercialización de un producto, como es el caso de las oficinas sanitarias o fitosanitarias); o comercialización (entidades que juegan un papel o un rol específico para la comercialización de productos, incluyendo las agencias aduaneras).

Algunos países ya cuentan e incluso contaban, desde antes de las negociaciones del Protocolo, con puntos de verificación en procesos de financiamiento público, en regulación de importación y en oficinas de propiedad intelectual. Este es el caso de los países de la Comunidad Andina (Bolivia,

7 UNEP/CBD/WG-ABS/7/8 Informe de la Séptima Reunión del Grupo de Trabajo Especial de Composición Abierta sobre Acceso y Participación en los Beneficios. Paris, 2 al 8 de abril de 2009



Colombia, Ecuador y Perú), cuya Decisión 486 de 2000 establece que deberán asegurar que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial sea concedida, salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales.

En este contexto, en la Comunidad Andina, la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimientos estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional. En ese sentido, las solicitudes de patentes de invención deberán incluir una copia del contrato de acceso, cuando los productos o procedimientos cuya patente se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen; y/o la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales de los Países Miembros, cuando los productos o procedimientos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen. Este tipo de protección se conoce también como protección defensiva. La protección defensiva es aquella que se logra impidiendo que los derechos sobre los recursos genéticos se desvirtúen por medio de la asignación de otro derecho (en este caso derechos de propiedad intelectual) a terceros. De ahí su carácter defensivo.

Como se mencionó anteriormente, con el establecimiento de puntos de verificación se busca que los usuarios de recursos genéticos revisen si los recursos genéticos que se van a aprovechar han ingresado al país o fueron adquiridos previo cumplimiento de las legislaciones nacionales de los países proveedores y con las condiciones de PIC y MAT, en particular. Es una manera de “apoyar” a los países proveedores a garantizar sus intereses pero, a la vez, asegurar el cumplimiento del régimen internacional de ABS previsto por el Protocolo de Nagoya.

Para que los usuarios puedan cumplir con esta obligación, el Protocolo establece estándares que los países deberán alcanzar para regular el acceso a sus recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados. Según el Protocolo, estos estándares deben estar disponibles, proveer certeza jurídica y ser claros y transparentes. La autoridad nacional competente autorizada para otorgar el acceso debe ser públicamente identificada por cada país y deberá otorgar el acceso de manera escrita, costo efectiva y en un plazo razonable. En ese sentido, el balance político se resume en “si el país A tiene legislación de ABS con estas características, el país B implementará medidas como puntos de verificación”. Un *quid pro quo* claro y evidente que busca, principalmente, no impedir ni restringir innecesariamente el flujo y movimiento de recursos genéticos entre los países.

Los puntos de verificación podrán tener un rol activo cuando sean estos quienes pidan al usuario certificar o comprobar el acceso legal de recursos genéticos; y, un rol pasivo cuando se limiten a recibir del usuario el documento que acredita la verificación del acceso legal. Sin embargo, se espera que predomine el primero de estos roles. Para esto, los puntos de verificación deben contar con información clara y precisa sobre los países que cuentan con reglamentación en materia de ABS, las autoridades nacionales competentes en los países proveedores, y a quiénes deberían informar sobre el uso de recursos genéticos en países usuarios.

3.2. Certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente

El certificado de cumplimiento con reconocimiento internacional es una medida reconocida por el Protocolo para asegurar el cumplimiento de la legislación y reglamentación nacional sobre ABS.



Este certificado tiene como finalidad, dar fe que se ha cumplido con las disposiciones de acceso a los recursos genéticos nacionales y que existen disposiciones –contractuales o de otro tipo– para la distribución justa y equitativa de los beneficios. En otras palabras, y tal como lo identificaron los expertos convocados por la Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica que discutieron el tema del certificado de origen/legal procedencia/fuente para dar insumos a los negociadores del Protocolo⁸, el rol principal del certificado es servir como evidencia del cumplimiento de los regímenes nacionales de ABS, asegurando seguridad jurídica, transparencia y previsibilidad sobre cómo se accedió al recurso genético utilizado en procesos de investigación y comercialización.

En esa reunión, los expertos consideraron que el certificado podría ayudar a abordar los siguientes asuntos:

- Transparencia;
- Seguridad jurídica;
- Facilitación de la distribución justa y equitativa;
- Facilitación del acceso legal con mínimos costos de transacción y demoras;
- Transferencia de tecnología;
- Prevención del acceso y uso indebido;
- Minimización de procesos burocráticos;
- Apoyo al cumplimiento de la ley nacional y MAT;
- Facilitación de la cooperación para el monitoreo y cumplimiento de los acuerdos de acceso y distribución de beneficios;
- Facilitación del desarrollo de marcos nacionales de ABS; y
- Protección del CT.

Según el Protocolo, el certificado debe incluir, como mínimo, la siguiente información, siempre que esta no tenga carácter confidencial:

- Autoridad emisora del certificado;
- Fecha de emisión;
- Proveedor;
- Identificador exclusivo del certificado;
- Persona o entidad que otorgó el PIC;
- Recursos genéticos cubiertos por el certificado;
- Confirmación del establecimiento de MAT;
- Confirmación de obtención del PIC; y
- Utilización comercial y/o de otra índole no comercial.

De la recomendación del grupo de expertos sobre la información que, como mínimo, debería tener el certificado, lo siguiente no quedó incluido en el artículo 17 del Protocolo de Nagoya:

- Detalles del proveedor⁹;
- Detalles del poseedor del CT asociado;

8 Expertos de 24 países y representantes de organizaciones internacionales, estos últimos actuando como observadores, se reunieron en Lima, Perú del 8 al 12 de octubre de 2007 para discutir y dar recomendaciones a los negociadores del Protocolo sobre el certificado de origen/legal procedencia/fuente.



- Detalles del usuario;
- Recurso genético o CT asociado cubierto por el certificado;
- Ubicación geográfica de la actividad de acceso;
- Usos permitidos y prohibiciones de uso; y
- Condiciones para transferencia a terceras personas.

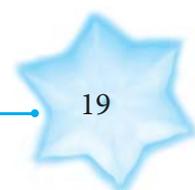
Como es posible observar, cierta información recomendada por los expertos finalmente no logró quedar en el texto final del Protocolo, información que a mi parecer es importante con el fin de garantizar el cumplimiento de las legislaciones nacionales de ABS y MAT y, por supuesto, para la trazabilidad de los recursos genéticos cuando estos salen del país proveedor.

Si bien el Protocolo de Nagoya reconoce al certificado de cumplimiento como una herramienta efectiva para apoyar el cumplimiento de las legislaciones de ABS y MAT, se requiere de una mayor discusión y de la adopción de un acuerdo que determine la forma de presentación del certificado y la información que se incluirá en el mismo, pues estos temas aún no han sido delimitados en el ámbito del Protocolo. Este certificado únicamente será de utilidad si logra un reconocimiento universal por los países. Así, por ejemplo, en el supuesto en que se requirieran los datos de contacto de la autoridad competente, no se sabe quién otorgará el identificador exclusivo, qué datos y nombres (científicos o comunes) servirán para identificar el recurso genético objeto del acceso, si se deberá indicar también la cantidad del recurso accedido, etc. Igualmente, es incierta la información que deberá contener el certificado cuando los datos exigidos por el Protocolo sean confidenciales pues, de ser ese el caso, no existirá la obligación de incluirlos. Lo más probable, es que sea la autoridad nacional competente en materia de ABS la que deba emitir este certificado – lo cual supone la existencia de legislación interna que lo legitime y que regule el procedimiento respectivo.

De acuerdo con el artículo 17 del Protocolo de Nagoya, un permiso (o su equivalente) que pruebe el PIC y los MAT para acceder a recursos genéticos y/o CT asociado podrá ser considerado como un certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente. Este permiso (o su equivalente) deberá ser notificado al Centro de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios, el cual es parte del Mecanismo de Facilitación del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

Lo anterior quiere decir que la expedición de un certificado de cumplimiento no es obligatoria ni tampoco inmediata ya que, solo se emite el certificado al momento de notificar el permiso de acceso al Centro de Información sobre Acceso y Distribución de Beneficios. Si bien esto es una manera de agilizar el proceso de reconocimiento de una suerte de certificado, lo ideal sería contar con un formato único que pueda ser utilizado por todas las Partes Contratantes, que permita, a su vez, al país usuario su revisión inmediata y procesamiento expeditivo. De lo contrario, hay muchas formas y contenidos, que los permisos, autorizaciones u otros instrumentos de acceso pueden tener y que deberán ser apreciados y evaluados por los puntos de verificación. Solamente pensando en el idioma, sería mucho más práctico un certificado que circule internacionalmente en los idiomas oficiales de trabajo reconocidos por las Naciones Unidas – dependiendo, por supuesto, de cada circunstancia.

9 Si bien el Protocolo de Nagoya en su artículo 17 establece que el certificado de cumplimiento debe incluir información sobre el proveedor, la recomendación de los expertos era más precisa al señalar la necesidad de dar detalles del proveedor, significando esto no sólo sus datos de contacto, sino las actividades a las que se dedica; la razón social (en caso en caso de ser una persona jurídica); nacionalidad; etc.



El certificado de cumplimiento debe ser una señal positiva y servir de incentivo doble: por un lado, para que los países proveedores implementen regímenes de ABS simples, y, por otro, para que en respuesta a ello, los países usuarios implementen puntos de verificación a partir del reconocimiento de un instrumento simple, práctico y de bajo costo.

Hay algunos ejemplos de certificados, a nivel internacional, que podrán ser tenidos en cuenta en el desarrollo del certificado de cumplimiento de ABS reconocido internacionalmente. Por ejemplo, la Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna (CITES, por sus siglas en inglés) cuenta con un certificado de permisos y certificados que emiten las autoridades nacionales para acompañar la exportación de ejemplares vivos y sus productos y sin los cuales la exportación de los mismos se encuentra prohibida. A través de los años, el sistema adoptado por CITES se ha convertido en un sistema eficiente de cooperación, que podría guardar algunas similitudes con el certificado de cumplimiento de ABS reconocido internacionalmente, cuyo fin es acompañar la salida del país proveedor de los recursos genéticos.

Finalmente, es importante señalar que el certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente no reemplaza ni el PIC, ni tampoco los MAT.

3.3. Intercambio de información sobre la implementación de MATs

De conformidad con el artículo 17.1b, las Partes Contratantes del Protocolo, deberán adoptar medidas para alentar a los usuarios y proveedores de recursos genéticos a que incluyan cláusulas de intercambio de información en los MAT, sobre el cumplimiento de esos términos, incluyendo la presentación de informes. Esto va dirigido a la necesidad de monitorear o hacer seguimiento a su implementación.

Si bien la existencia de MAT es esencial, también es importante verificar su cumplimiento y, por consiguiente, la distribución justa y equitativa de beneficios derivados del uso de los recursos genéticos. Esto se logrará únicamente con información suministrada sobre el cumplimiento de la aplicación o implementación de los MAT.

En algunos casos, la obligación de seguimiento y monitoreo de las actividades acordadas en MAT podría recaer en los proveedores y usuarios del recurso genético. En otros casos, se otorga esta responsabilidad a instituciones de apoyo, que también son partes del MAT, como es el caso de la Decisión 391 de 1996 de la Comunidad Andina, que contempla la figura de la institución nacional de apoyo, cuyo fin es colaborar con la autoridad nacional competente en las actividades de seguimiento y control de los recursos genéticos, productos derivados o conocimientos tradicionales asociados, y presentar informes sobre las actividades a su cargo o responsabilidad, en la forma o periodicidad que la autoridad nacional así lo determine.

En el caso del Acuerdo Normalizado de Transferencia de Material (ANTM) del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (TI FAO, por sus siglas en inglés), la labor de vigilancia y control la lleva a cabo la Tercera Parte Beneficiaria la cual tiene el derecho de solicitar información apropiada sobre el cumplimiento de los derechos y obligaciones del proveedor y el receptor del recurso fitogenético.



3.4. Uso de herramientas y sistemas de comunicación eficaces

De acuerdo con el artículo 17.1c, las Partes Contratantes adoptarán medidas, según proceda, para alentar el uso de herramientas y sistemas de comunicación eficientes en relación con los costos, que permitan aumentar la vigilancia y transparencia acerca de la utilización de los recursos genéticos.

El lenguaje utilizado en este artículo no genera per se una obligación para las Partes Contratantes, ya que estas deberán adoptar medidas para alentar el uso de herramientas y sistemas de comunicación eficientes para aumentar la vigilancia y la transparencia en la utilización de los recursos genéticos, según proceda. La adopción de estas medidas, dependerá también de la capacidad técnica con que cuenten las Partes Contratantes. Las librerías digitales, el internet y registros en línea son algunos ejemplos de sistemas para apoyar la vigilancia y la transparencia en el uso de recursos genéticos.

IV. Cumplimiento de MATs

De conformidad con el artículo 18 del Protocolo, cada Parte alentará a proveedores y usuarios de recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales a incluir en los MAT disposiciones sobre resolución de controversias que abarquen:

- La jurisdicción a la que se someterán todos los procesos de resolución de controversias;
- Ley aplicable; y/u
- Opciones para la resolución de controversias alternativas (mediación y arbitraje).

El artículo en mención trata sobre medidas para asegurar el cumplimiento del acceso legal a recursos genéticos, esta vez, de conformidad con lo acordado en los MAT.

Este artículo nace de la preocupación de los países proveedores sobre su poca o débil capacidad de hacer cumplir lo estipulado en los MAT fuera de su jurisdicción. Sin embargo, debido a las limitaciones que presenta una ley internacional para hacer cumplir los MAT entre particulares (proveedores y usuarios de recursos genéticos), el artículo 18 se limita a alentar a proveedores y usuarios a acordar la forma de resolver cualquier controversia que se genere por el incumplimiento de los MAT para el acceso a recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados.

Es importante mencionar que el listado de disposiciones para la resolución de conflictos, incluido en el artículo 18, es meramente indicativo. Por lo tanto, las partes de los MAT podrán acordar la jurisdicción a la que se someterán para la resolución de conflictos. Más aún, el proveedor del recurso podría acordar que la jurisdicción a ser aplicada sea la del usuario, con el fin de garantizar el reconocimiento y aplicación del fallo en dicha jurisdicción.

En caso de que el MAT no indique la jurisdicción en la cual se resolverán los conflictos, se aplicarán los Principios del Derecho, los mismos que indican que, para definir la jurisdicción a aplicar, se deberán tomar en consideración factores tales como el lugar donde se ejecuta el acceso, el lugar de residencia de las partes, y la naturaleza y objeto del contrato. El Protocolo no da luces sobre cómo proceder si esta información es insuficiente para decidir la jurisdicción a aplicar en caso de resolución de controversias.

Como referencia podríamos mencionar que el ANTM del ITPGRFA contiene una cláusula denominada “derecho aplicable”. Para los casos de acceso a recursos fitogenéticos dentro del ámbito del Sistema Multilateral del Tratado, el derecho aplicable a los ANTM es el contenido en los principios generales del derecho, incluidos los Principios para los Contratos Mercantiles Internacionales del UNIDROIT de 2004.



Por su parte, el artículo 8 del ANTM del ITPGRFA trata sobre la solución de controversias, en donde señala que las partes del Tratado podrán entablar procedimientos de resolución de controversias, así como también la Tercera Parte Beneficiaria (la FAO) en representación del Órgano Rector del Tratado. Según ITPGRFA, cualquier controversia que de él se derive deberá resolverse de la siguiente manera:

- Solución amistosa: las partes intentaran resolver la controversia de buena fe, mediante negociación.
- Mediación: si la controversia no se puede resolver mediante la negociación, las partes podrán optar por la mediación de una tercera parte neutral elegida de mutuo acuerdo. En la última reunión del Órgano Rector, se aprobó el reglamento de mediación, siendo el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI el que actúa como administrador del reglamento de mediación.
- Arbitraje: si la controversia no se puede resolver mediante negociación ni tampoco mediación, cualquiera de las partes puede someter la controversia a arbitraje, con arreglo al reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, por uno o más árbitros de la lista de expertos que establezca el Órgano Rector del Tratado. El resultado del arbitraje será de obligatorio cumplimiento para las partes

4.1 Cumplimiento de MATs en sistemas jurídicos fuera de la jurisdicción nacional

El inciso 3 del artículo 18 establece que cada Parte Contratante deberá asegurar que sus sistemas jurídicos ofrezcan la posibilidad de presentar recursos, de conformidad con los requisitos jurisdiccionales correspondientes, en casos de controversias derivadas de los MAT. Así, señala que:

“Cada Parte adoptará medidas efectivas, según proceda, respecto a:

- *Acceso a la justicia; y*
- *La utilización de mecanismos respecto al reconocimiento mutuo y la aplicación de sentencias extranjeras y laudos arbitrales.*

Al respecto, es importante resaltar la diferencia que existe entre este apartado del artículo 18 y el anterior, en cuanto a que, en este caso, la obligación de adoptar estas medidas corresponde a las Partes Contratantes del Protocolo de Nagoya, mientras que, en el caso anterior, las medidas a ser incluidas en los MAT deben ser acordadas por los proveedores y usuarios de los recursos genéticos (que pueden ser personas particulares).

La eficacia de este artículo deberá ser evaluada por la COP del Protocolo.

La adopción de legislación en países usuarios y proveedores en relación con el acceso a la justicia, la posibilidad de proveedores y usuarios de determinar la jurisdicción a ser aplicada en caso de solución de controversias y de establecer opciones para resolver estas controversias será útil y beneficiosa para las Partes del Protocolo en su labor de promover el cumplimiento de MAT.



V. Interrogantes sobre la posible implementación de las medidas de cumplimiento incorporadas en el Protocolo de Nagoya

Existe una discusión, entre algunos países en desarrollo, con respecto al artículo 30 del Protocolo de Nagoya y su alcance en lo que se refiere a asegurar el acceso legal de recursos genéticos y/o CT asociado.

El artículo 30 del Protocolo establece que la COP examinará y aprobará los mecanismos y procedimientos de cooperación para promover el cumplimiento del Protocolo de Nagoya. Sin embargo, algunos países discuten, actualmente, si este artículo no sólo se refiere al cumplimiento del Protocolo por parte de las Partes Contratantes sino, a su vez, por parte de los usuarios de recursos genéticos y/o CT.

El grupo conformado por países africanos, apoyados por China, señalaron que los artículos 15 al 18 del Protocolo demandan acciones obligatorias por parte de los Países Contratantes del Protocolo; y que el cumplimiento o incumplimiento de tales artículos y sus obligaciones, necesariamente, cae en el ámbito del Artículo 30 del mencionado instrumento.

Por el contrario, los países europeos han interpretado que el artículo 30 no se refiere al cumplimiento de las legislaciones o reglamentaciones nacionales de ABS por parte de proveedores y usuarios (individuos o empresas privadas).

En lo que todos los países están de acuerdo es en que el objetivo del artículo 30 es promover el cumplimiento de las disposiciones del Protocolo y tratar casos de incumplimiento.



CONCLUSIONES

1. El Protocolo de Nagoya marcó un hito en cuanto al acceso legal de los recursos genéticos toda vez que, por primera vez, obliga a los países usuarios a adoptar medidas para asegurar que se cumplan en sus jurisdicciones con las legislaciones de ABS de los países proveedores.
2. El Protocolo de Nagoya también incorpora una serie de obligaciones a los países proveedores de los recursos genéticos, de los cuales dependerá- necesariamente- el cumplimiento, por parte de los países usuarios, del acceso legal de recursos genéticos y/o CT asociados.
3. Contar con legislaciones o regulaciones nacionales de acceso a los recursos genéticos y/o CT asociado que ofrezcan seguridad jurídica y sean de bajos costos, eficaces y disponibles será una de las principales obligaciones de los países proveedores si estos quieren asegurar el acceso legal a sus recursos genéticos. Además, se espera que este sea el incentivo para que los países usuarios a su vez, cautelen los intereses de los países proveedores e implementen medidas para ello.
4. En ese sentido, los países proveedores de recursos genéticos deberán proteger sus intereses sin ser tan restrictivos como para prevenir los flujos deseados de recursos genéticos, por ejemplo, para promover la ciencia, la seguridad alimentaria, la adaptación al cambio climático, entre otros.
5. Se requerirá incrementar la capacidad institucional de los países proveedores y usuarios, aumentar la conciencia pública sobre el acceso legal a los recursos genéticos, y mejorar los sistemas de comunicación entre instituciones dentro de los países y entre los países para asegurar el cumplimiento de las legislaciones y regulaciones de acceso.
6. Países usuarios y proveedores deberán colaborar y trabajar, conjuntamente, para poder dar cumplimiento a las disposiciones de cumplimiento incorporadas en el Protocolo de Nagoya.



BIBLIOGRAFÍA

- Acuerdo Normalizado de Transferencia de Material. Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura. FAO. 2009.
- Decisión 391 de 2006. Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos. Comunidad Andina de Naciones. Disponible en:
<http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx#> (consultado el 18 de febrero de 2013).
- Decisión 486 de 2000. Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Comunidad Andina de Naciones. Disponible en:
<http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=83&tipo=TE&title=propiedad-intelectual> (consultado el 17 Noviembre de 2012).
- Convenio sobre la Diversidad Biológica. Informe de la Reunión del Grupo de Expertos Jurídicos y Técnicos sobre Cumplimiento con el Régimen Internacional sobre Acceso y Participación en los Beneficios. Documento UNEP/CBD/WG-ABS/7/3 (2009).
- Convenio sobre la Diversidad Biológica. Guías Voluntarias de Bonn. Decisión VI/24 de la Conferencia de las Partes (2002).
- European Commission. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization in the Union. Brussels, 4.10.2012. COM(2012) 576 final. 2012/0278 (COD). Disponible en:
http://ec.europa.eu/environment/biodiversity/international/abs/pdf/PROPOSAL_FOR_A_REGULATION_EN.pdf (consultado el 15 de febrero de 2013)
- International Center for Trade and Sustainable Development. El Protocolo de Nagoya sobre Acceso a Recursos Genéticos y la Propiedad Intelectual: Un Paso Adelante, Muchos por Recorrer (2010). Volumen 11 número 5. Disponible en:
<http://ictsd.org/i/news/puentes/98936/> (consultado 27 de noviembre de 2012).
- International Indigenous Forum on Biodiversity. FIIB-ABS 8- Presentación de Texto Operativo- Conocimientos Tradicionales. Disponible en:
<http://iifb.indigenousportal.com/2010/03/24/fiib-abs-8-presentacion-de-texto-operativo-conocimientos-tradicionales/> (visitada el 16 de febrero de 2013)
- IT/GB-4/11/Informe. Órgano Rector. Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura. Resolución 4/2011. Aplicación del Sistema Multilateral. Anexo 2 Reglamento de Mediación en Controversias en Relación con un Acuerdo Normalizado de Transferencia de Material. Disponible en:
<http://www.planttreaty.org/sites/default/files/gb4rs.pdf> (visitado el 18 de febrero de 2013).
- Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación de Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica. Impreso en Seville Printing. Enero de 2011.



Third World Network. Info Service on Biodiversity and Traditional Knowledge (July12/04) 13 July 2012. Nagoya Protocol: Differences over compliance system. Disponible en: <http://www.twinside.org.sg/title2/biotk/2012/biotk120704.htm> (consultado 17 noviembre 2012).

Thomas Greiber, Sonia Pena Moreno, and others. 2012. An Explanatory Guideline to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing, IUCN, Gland, Switzerland.

UNEP/CBD/WG-ABS/5/7. Grupo de Trabajo Especial de Composición Abierta sobre Acceso y Participación en los Beneficios. Convenio sobre la Diversidad Biológica. 2007. Reporte de la Reunión del Grupo de Expertos sobre el Certificado de Reconocimiento Internacional de Origen/Fuente/Legal Procedencia. Disponible en: <http://www.cbd.int/meetings/> (visitada el 19 de febrero de 2013).

UNEP/CBD/WG-ABS/7/6/Add.1. Grupo de Trabajo Especial de Composición Abierta sobre Acceso y Participación en los Beneficios. Convenio sobre la Diversidad Biológica. 2009. Cotejo de otras opiniones e información presentadas por partes, gobiernos, organizaciones internacionales, comunidades indígenas y locales e interesados directos pertinentes respecto a los componentes principales del régimen internacional de acceso y participación en los beneficios enumeradas en la Decisión ix/12, Aanexo i. Disponible en: <http://www.cbd.int/doc/meetings/abs/abswg-07/official/abswg-07-06-add1-es.pdf> (visitada el 17 de febrero de 2013).

