

EL PROTOCOLO DE NAGOYA LA DIVERSIDAD AL SERVICIO DEL DESARROLLO Y EL BIENESTAR HUMANO*

JUAN FRANCISCO BASCUÑÁN**

INTRODUCCIÓN

El Protocolo de Nagoya (PN) fue aprobado por 193 países en el marco de la X Conferencia de las Partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CBD) celebrada en Nagoya, Japón (octubre de 2010). Entrará en vigor 90 días después de que se presente el quincuagésimo instrumento de ratificación¹.

* Abreviaturas usadas en este trabajo:

CBD: Convenio sobre la Diversidad Biológica

CIL: Comunidades indígenas y locales

CIP: Consentimiento informado previo

CT: Conocimientos tradicionales

FAO: Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación

OIT: Organización Internacional del Trabajo

OMPI: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

PN: Protocolo de Nagoya

RG: Recursos genéticos

RI: Régimen Internacional

TMA: Términos mutuamente acordados

** Juan Francisco Bascuñán Muñoz, Abogado. Entre los años 2007 y 2010 formó parte de las delegaciones nacionales que participaron en las reuniones internacionales que culminaron con la adopción del Protocolo de Nagoya.

1 El Protocolo de Nagoya fue abierto para la firma en febrero de 2011. Al 1 de noviembre de 2012, lo habían suscrito 92 países, y sólo 8 países lo habían ratificado. Los analistas internacionales estiman que este Protocolo estará vigente previo a la XII Conferencia de las Partes de la CBD (Corea, 2014). A la fecha de elaboración del presente artículo, Chile no había firmado el Protocolo.

El Protocolo constituye un hito en la historia de las negociaciones internacionales, especialmente en el desarrollo futuro del CBD, al establecer un marco jurídico para la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos (RG) y abordar además la protección de los conocimientos tradicionales (CT) asociados.

Al contribuir a garantizar la participación en los beneficios, el PN crea incentivos para la conservación y utilización sostenible de los RG, lo que refuerza la contribución de la diversidad biológica para el desarrollo y el bienestar humano.

Sin embargo aún se requieren importantes avances, tanto en el ámbito internacional como en el de las implementaciones nacionales, para que el PN pueda cumplir sus objetivos.

En este artículo se hace una breve reseña de la historia del acuerdo, se analizan sus principales contenidos y se identifican algunas oportunidades y desafíos de cara a su entrada en vigor.

DE RÍO DE JANEIRO A NAGOYA

En los inicios de la negociación del CBD, los países buscaban obtener un acuerdo general o sistémico para la protección de la diversidad. A esa fecha sólo existían tratados vinculados a ciertos ecosistemas o especies, pero ninguno que tuviera una mirada integral del valor de la biodiversidad y, por tanto, ninguno que abordara herramientas transversales para hacerse cargo de su conservación. La negociación tuvo un cambio abrupto cuando los países en desarrollo exigieron que se reconociera la soberanía de los estados sobre sus RG, los que a la fecha eran considerados patrimonio común de la humanidad. Consecuentemente con esta demanda, correspondía agregar a los objetivos generales vinculados a la conservación, el reparto justo y equitativo de los beneficios derivados del uso de los recursos genéticos.

En dicho marco, el CBD fue aprobado durante la Cumbre de la Tierra celebrada en Río de Janeiro, Brasil, en 1992 y estableció como sus objetivos:

- 1) La conservación de la diversidad biológica,
- 2) La utilización sostenible de sus componentes y
- 3) La participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los RG.

De tal forma, se estableció en el corazón del Convenio un equilibrio entre la responsabilidad de los países de conservar y usar en forma sustentable los recursos biológicos, y el derecho a recibir beneficios por el aprovechamiento de los RG bajo su soberanía.

Las disposiciones para desarrollar el tercer objetivo referido al reparto de beneficios se consagraron principalmente en el artículo 15 del CBD.

Sin embargo, las crecientes denuncias respecto a la apropiación indebida de RG pusieron en evidencia que el equilibrio en el cual se sustentaba el diseño original del CBD era precario. Los países ricos en biodiversidad la protegían o tenían el compromiso de hacerlo, pero el acceso ilegal a sus RG afectaba un reparto adecuado de beneficios. La situación señalada demostraba otra cosa, además: ni las disposiciones contenidas en el CBD ni las regulaciones nacionales dictadas al amparo del mismo, por los países proveedores, podían asegurar un reparto justo de beneficios.

En efecto, aunque las naciones proveedoras de RG dictaran normas extremadamente restrictivas respecto al acceso a sus RG y exigieran el reparto equitativo de beneficios dentro de sus jurisdicciones, poco o nada podían hacer cuando los RG salían de su territorio y llegaban a un país donde se patentaban sin existir normas que velaran por un acceso legal o garantizaran el reparto de beneficios.

Los problemas derivados del monitoreo y seguimiento de los RG una vez que salen de la nación de origen; la falta de dictación de medidas de cumplimiento en los países usuarios y la carencia de un requisito asociado a la revelación de origen en solicitudes de derechos de propiedad intelectual, pueden considerarse como las causas principales que han afectado la plena realización del tercer objetivo del CBD, causas que por lo mismo están en el origen de la negociación de lo que se llamó en su época el Régimen Internacional (RI) sobre acceso a los recursos genéticos y reparto de beneficios.

Solo a partir de la IV Conferencia de las Partes del CBD (Bratislava, 1999) los países iniciaron acciones más decididas con miras a fortalecer el logro del reparto justo y equitativo de beneficios derivados del acceso a los RG.

En la V Conferencia de las Partes (Nairobi, 2000) se encomendó a un Grupo de Trabajo Especial la elaboración de unas guías o lineamientos sobre acceso y reparto de beneficios. La tarea culminó el 2002, cuando fueron aprobadas las Guías de Bonn, en la VI Conferencia de las Partes, celebrada en la Haya.

Las Guías de Bonn tienen el gran mérito de haber identificado y desarrollado los principales elementos que debía contener un Régimen Internacional. Sin embargo su carácter voluntario y la escasa referencia a medidas de cumplimiento en países usuarios, constituyeron su principal limitación para apoyar de manera efectiva la operatividad del tercer objetivo del CBD.

Durante la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (Johannesburgo, 2002) se hizo un llamamiento para negociar, dentro del marco del CBD, un RI que promoviera y salvaguardara la participación equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los RG. La Conferencia de las Partes del CBD respondió al llamamiento en su VII Reunión (Kuala Lumpur, 2004), resolviendo que un nuevo Grupo de Trabajo Especial debía elaborar y negociar un RI sobre acceso y reparto de beneficios, con el fin de aplicar eficazmente los artículos 15 y 8J (Conocimientos Tradicionales) del CBD como así mismo sus tres objetivos.

En la VIII Conferencia de las Partes (Curitiba, 2006) se determinó que el Grupo de Trabajo Especial tenía que completar su trabajo de negociar el RI antes de la X Conferencia de las Partes.

Entre el 2004 y octubre de 2010, fecha de la X Conferencia de las Partes, se llevó a cabo una negociación muy compleja y costosa, que enfrentó a dos grandes visiones:

- Aquellos que consideraban que el RI era innecesario, atendido el hecho de disponer de un conjunto de instrumentos legales, vinculantes y no vinculantes, de naturaleza nacional, regional y multilateral, cuyo adecuado cumplimiento impediría la apropiación indebida de RG y CT.
- Aquellos que creían necesarias nuevas medidas para hacer cumplir el tercer objetivo del CBD.

En el marco de este desencuentro, se generaron posiciones por momentos irreconciliables en torno, entre otras materias, a la inclusión de los derivados de los RG en el ámbito del RI, a la revelación de origen en sistemas de derechos de propiedad intelectual y a la forma de abordar los CT.

El enfrentamiento de puntos de vista entre países desarrollados y en vías de desarrollo implicó que el avance de las negociaciones fuera de gran dificultad, llegándose a la Reunión de Nagoya con un documento de mínimas posiciones consensuadas. El arduo trabajo de los negociadores y en especial la labor de la diplomacia japonesa permitieron acordar un texto que, no exento de críticas tanto en su contenido como en su forma de adopción final, se convierte en uno de los principales acuerdos multilaterales en materia de biodiversidad.

EL PROTOCOLO, ANÁLISIS DE SUS PRINCIPALES CONTENIDOS

Tal como ha sido descrito el proceso de negociación, era de esperar que su resultado, el PN, no fuera un todo armónico y sistémico. Muy por el contrario, ha sido descrito como una “pieza maestra de la ambigüedad creativa”. En efecto, existen por ejemplo materias que son definidas (como el caso de los “derivados”, que se tratará más adelante), pero que luego no son incluidas dentro del ámbito de aplicación; o se determina la obligación de establecer puntos de verificación mientras se permite flexibilidad respecto a la información que debe ser divulgada.

Las imprecisiones, ambigüedades o derechamente vacíos y lagunas, sin lugar a dudas generarán una dura negociación internacional para los efectos de integrar, interpretar y precisar los conceptos faltantes o equívocos. De paso, ello afectará los procesos de firma, ratificación e implementación interna de los países.

Sin perjuicio de lo anterior, debe reconocerse que el PN contiene las mejores respuestas posibles atendidas las posiciones que convergían. No llegar a un acuerdo en Nagoya era no solo hipotecar el futuro del Protocolo y el del CBD, sino también dejar en entredicho al sistema multilateral como mecanismo para abordar los problemas ambientales globales, sistema multilateral que a la fecha de la COP X ya era objeto de críticas en virtud de los escasos resultados obtenidos en materia de negociaciones sobre Cambio Climático.

Así, el PN recoge en términos generales el estándar mínimo de las demandas de los países, dejando de lado aquellas posiciones extremas que habían imposibilitado llegar a un acuerdo. Constituye un marco básico abierto a ser complementado a través de las recomendaciones que emita el Comité Intergubernamental de Composición Abierta –creado junto con la aprobación del PN–; las propias decisiones de las futuras Conferencias de las Partes del Protocolo y lógicamente las normas que emitan los países en cumplimiento de los mandatos del mismo.

El PN consta de 27 considerandos; 36 artículos y un anexo. Veamos sus principales contenidos:

A) OBJETIVO (ARTÍCULO 1)

El objetivo del Protocolo es la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los RG, incluso a través del acceso apropiado a ellos, por medio de la transferencia adecuada de tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre dichos recursos y tecnología y mediante financiación apropiada, *contribuyendo por ende a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes.*

Este artículo repite el objetivo tercero del CBD, pero agrega al final una frase referida a la contribución que tal objetivo hará a la conservación de la diversidad biológica y a la utilización sostenible de sus componentes. Así se vincula el objetivo del PN a los dos primeros objetivos del CBD en el entendido que el fortalecimiento de las oportunidades para compartir de manera justa y equitativa los beneficios que se deriven del uso de los RG y CT, generará incentivos tanto para conservar la biodiversidad como para utilizar de manera sostenible sus componentes, mejorando la contribución de la diversidad biológica al desarrollo sostenible y el bienestar humano.

Este artículo no presentó mayores problemas en su adopción.

B) TÉRMINOS UTILIZADOS (ARTÍCULO 2). EL CONCEPTO DE DERIVADOS

El concepto de derivados, vale decir las secreciones, extractos o compuestos producidos naturalmente por los RG, fue uno de los temas más complejos dentro de la negociación del PN. Los países en desarrollo abogaron porque los derivados fueran definidos en términos amplios, porque quedaran dentro del ámbito del acuerdo y, por tanto, porque respecto de ellos hubiera obligación de repartir los beneficios correspondientes a su uso. Las naciones desarrolladas se opusieron hasta último momento a dichas demandas. De alguna manera ambas posiciones quedaron expresadas en el acuerdo, lo que justifica la calificación del PN como “pieza maestra de la ambigüedad creativa”.

En efecto, el artículo 2 (e) define derivado como “...un compuesto bioquímico que existe naturalmente producido por la expresión genética o el metabolismo de los recursos biológicos o genéticos, incluso aunque no contenga unidades funcionales de la herencia”. En concordancia con lo anterior, el literal c) en relación al literal d), ambos del mismo artículo 2, define utilización de RG como la realización de actividades de investigación y desarrollo sobre la composición genética y/o *composición* bioquímica de los RG, incluyendo toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos, o sus *derivados*, para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos.

Habiéndose definido derivado, era de esperar que fuera abordado dentro del ámbito de aplicación del acuerdo, cosa que no ocurre. En todo caso, una lectura más atenta nos lleva a considerar que los derivados sí se hallarían considerados en el artículo 3, dentro del concepto de “utilización” de los RG allí contenido. En efecto, tal como se ha señalado en el párrafo anterior, el concepto de utilización se encuentra definido en términos bastante amplios y referido a acciones vinculadas a la composición *bioquímica* o a acciones biotecnológicas que utilicen sistemas biológicos y organismos vivos o sus *derivados*.

En todo caso, como ya se ha indicado, esta será una materia que requerirá precisiones por parte de Comité Intergubernamental de Composición Abierta y de la Conferencia de las Partes del acuerdo.

C) ÁMBITO (ARTÍCULO 3)

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3, el PN se aplica a los RG que están cubiertos por el CDB y a los beneficios derivados de su utilización. Por tanto habrá que entender que no están dentro de su ámbito, los RG fuera de la jurisdicción nacional (alta mar, antártica).

Los RG humanos, de acuerdo a la Decisión X/I, párrafo 5, de la X Conferencia de las Partes del CBD, tampoco se encuentran comprendidos dentro del marco del PN, ello sin perjuicio de lo que pueda decidir la Conferencia de las Partes en reuniones posteriores. De tal forma, la inclusión de los patógenos en el PN, materia defendida por los países en desarrollo, no queda definitivamente cerrada: se deja abierta la posibilidad de abordarla en reuniones posteriores por las Partes del Protocolo.

El Protocolo de Nagoya también abarca los conocimientos tradicionales asociados a los RG cubiertos por el CDB y los beneficios derivados de su utilización, materia que se analizará más adelante.

Finalmente, importa hacer presente que no queda dentro del ámbito del PN lo relacionado con productos o materias primas. Se trata de una demanda histórica del grupo negociador africano, la cual fue desestimada en definitiva por estimarse que excedía los términos de la negociación.

En lo referente al ámbito de aplicación temporal, debe considerarse la inexistencia en el PN de alguna disposición expresa que excluya a los RG accedidos antes de la entrada en vigencia del Protocolo y cuyo reparto de beneficios asociado aún no haya ocurrido. Ello cobra enorme relevancia si se tiene en cuenta las innumerables colecciones ex situ que contienen RG de países en desarrollo con valor actual o futuro.

El Mecanismo Mundial Multilateral de Participación en los Beneficios a que se refiere el artículo 10 del Protocolo, en el evento de que las Partes decidan crearlo, puede ser una instancia para abordar la situación descrita. Entre sus funciones está la de hacerse cargo del reparto de beneficios que se deriven de RG respecto de los cuales no sea posible otorgar ni obtener consentimiento informado previo. Estos beneficios, agrega la disposición, se usarán para apoyar la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes a nivel mundial.

D) RELACIÓN CON ACUERDOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES (ARTÍCULO 4)

El artículo 4 señala en síntesis que el PN es una norma general y por tanto nada impide la aplicación de otros acuerdos más especializados sobre la materia. De hecho, en los mismos considerandos del acuerdo se reconoce el rol fundamental del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de la FAO, y se hace presente que el Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de Beneficios establecido en el marco del referido Tratado se desarrolló en armonía con el CBD. Así el Tratado de la FAO se aplicará en su ámbito propio de competencia respecto a las partes que lo hayan ratificado.

También en el artículo 4 se establece la necesidad de aplicar el PN de manera que se apoye mutuamente con otras labores y prácticas útiles y pertinentes en curso bajo otros acuerdos internacionales –como son, por ejemplo los procesos llevados a cabo

en el marco de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) respecto a los CT. Sin embargo se omite dar luces más precisas para la operación efectiva de dicho apoyo mutuo.

E) ACCESO Y PARTICIPACIÓN JUSTA Y EQUITATIVA DE BENEFICIOS (ARTÍCULOS 5 Y 6)

Como cuestión previa debe señalarse que este punto se refiere a la manera en que se puede acceder a los RG y de qué forma los usuarios y proveedores llegan a un acuerdo sobre la distribución justa y equitativa de los beneficios que pudieran derivarse de su utilización.

El artículo 15 del CBD establece las reglas básicas en la materia, en las cuales los países tienen dos responsabilidades principales:

- Implementar sistemas que faciliten el acceso a los RG para utilidades ambientalmente adecuadas.
- Asegurar que los beneficios derivados de su utilización se distribuyan de manera justa y equitativa entre los usuarios y proveedores. Para estos efectos, los usuarios deben conseguir el consentimiento informado previo (CIP) del país proveedor. Además, el proveedor y el usuario han de negociar un acuerdo mutuo (TMA) para la participación equitativa en los beneficios resultantes.

La sustancia de la regulación del reparto de beneficios se dispone en el artículo 5 del PN. Allí se dispone que las Partes adoptarán medidas para que los beneficios derivados de la utilización de RG, así como de aplicaciones y comercialización subsiguientes, se compartan de manera justa y equitativa con la Parte que aporta dichos recursos, que sea el país de origen de dichos recursos o la Parte que haya adquirido los RG de conformidad con el Convenio. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas.

El tema del reparto de beneficios derivado de las aplicaciones y comercializaciones subsiguientes seguramente causará discusiones, pues debe entenderse que amplía el concepto de utilización de RG definido en el artículo 2 del PN. Ahora bien, la definición sobre qué se entiende por aplicaciones y comercialización subsiguientes y cuál es el límite temporal de las mismas en que cesa la obligación de repartir beneficios, se augura como un tema extremadamente delicado y carente en el PN de criterios que permitan acotarlo.

Respecto al tipo de beneficios a compartir, el PN consta de un anexo donde se identifican, a manera ejemplar, diversos beneficios de carácter monetario y no monetario. Entre los monetarios se indica el pago de tasas de acceso, de regalías, la financiación de la investigación, la propiedad conjunta de los derechos de propiedad intelectual. Como beneficios de carácter no monetario se señala el intercambio de resultados de investigación y desarrollo, la participación en el desarrollo de productos, la creación de capacidad institucional.

En materia de acceso, el artículo 6 del PN reitera lo dispuesto en el artículo 15 del CBD en el sentido de que en el ejercicio de los derechos soberanos sobre los recursos naturales, y sujeto a la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales sobre acceso y

participación en los beneficios, el acceso a los RG para su utilización requerirá el consentimiento fundado previo de la Parte que aporta dichos recursos que es el país de origen de dichos recursos o una Parte que haya adquirido los RG conforme al Convenio, a menos que dicha Parte determine otra cosa.

Lo novedoso de la regulación es que en el numeral 3 del artículo 6 se establece un conjunto de medidas que los países deben adoptar para los efectos de generar mayor transparencia y seguridad jurídica respecto de los procedimientos de acceso a los RG. Entre esas medidas cabe mencionar:

- a) Proporcionar información sobre la forma de obtener el CIP.
- b) Conceder una decisión por escrito clara y eficiente sobre el acceso, dentro de un plazo razonable.
- c) Disponer la emisión al momento del acceso de un certificado como prueba del CIP y de que se han establecido TMA.

Esta última materia será analizada en el capítulo siguiente.

F) CUMPLIMIENTO (ARTÍCULOS 15 Y 17)

En la negociación del PN, las medidas de cumplimiento constituyeron el eje de las demandas de los países en desarrollo, en particular de los países megadiversos, liderados por Brasil e India.

Las demandas fueron atendidas. No obstante las herramientas negociadas no tuvieron un desarrollo con el nivel de precisión y exigencia esperado por los países en desarrollo, como se verá a continuación:

CUMPLIMIENTO DE LAS LEGISLACIONES NACIONALES SOBRE ABS.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 15, numeral 1, las Partes adoptarán medidas para asegurar que los RG utilizados dentro de su jurisdicción hayan sido accedidos de conformidad con el CIP y se hayan establecido TMA, como se especifica en las legislaciones de acceso de la otra Parte.

En el numeral 2 del mismo artículo se establece que las Partes adoptarán medidas apropiadas eficaces y proporcionales para abordar situaciones de incumplimiento de las medidas reseñadas en el párrafo anterior.

Con esta medida, se pretende reforzar el cumplimiento de las normas nacionales de acceso, comprometiéndose los países usuarios a luchar en su jurisdicción contra la apropiación indebida de los RG.

La norma descrita es bastante innovadora pues no resulta común en instrumentos internacionales el establecimiento de la obligación de un país, de hacer cumplir en su jurisdicción, la legislación de otro.

En todo caso habrá que esperar a ver como los países implementarán la norma y qué medidas se adoptarán en caso de incumplimiento, teniendo presente que el PN sólo establece la obligación de abordar eventos de incumplimiento, pero omite precisar cuáles medidas debieran adoptarse.

LA REVELACIÓN DE ORIGEN Y LOS PUNTOS DE VERIFICACIÓN

La revelación del origen del material genético y la pruebas de cumplimiento de la legislación del país proveedor como requisito en las solicitudes de derecho de propiedad intelectual, fue sin lugar a dudas uno de los temas más complejos durante la negociación del Protocolo. Las naciones en desarrollo estimaban que tal exigencia permitiría evitar al apropiación indebida de RG, además de facilitar el monitoreo de los mismos.

Por consiguiente, exigían incluir en el PN un requisito obligatorio en esta materia. Las divergencias profundas al respecto impidieron alcanzar un acuerdo y la regulación quedó como sigue:

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 17, numeral 1, las partes deberán designar uno o más puntos de verificación. Dichos puntos recolectarían o recibirían, según proceda, información pertinente relacionada con el CIP, con la fuente del material genético, con el establecimiento de TMA y/o con la utilización de los RG.

Cada parte, *según* corresponda y sujeto a las características particulares del punto de verificación, requerirá a los usuarios de RG que proporcione la información anterior al punto de verificación designado.

Las partes adoptarán medidas apropiadas eficaces y proporcionales para las situaciones de incumplimiento.

Finalmente se establece que los puntos de verificación habrán de ser eficaces y poseer las funciones pertinentes para cumplir las funciones antes indicadas.

Como puede apreciarse de las disposiciones reseñadas, si bien se estableció la obligación de designar puntos de control, no se fijó una lista mínima de ellos ni menos se incluyó a las oficinas de propiedad intelectual en la norma. Será cada parte la que fije el tipo de punto de verificación, el que en todo caso debe poseer las funciones para dar cumplimiento a los objetivos fijados en la disposición.

En lo referente a las funciones del punto de control, debe tenerse presente la redacción de la norma. En efecto, se dispone que los puntos de control "recolectarían o recibirían", según proceda, información pertinente. Ello flexibiliza la función. Por su parte, la obligación de las partes de requerir a los usuarios de RG la información pertinente en los puntos de verificación también se relativiza, pues la norma señala: "según corresponda y sujeto a las características particulares del punto de verificación".

En cuanto a las sanciones por no entregar información o dar información falsa, el PN optó por no fijar ninguna, sino dejarlas a la discrecionalidad de las Partes. En todo caso las sanciones deben ser apropiadas, eficaces y proporcionales para abordar las situaciones de incumplimiento.

CERTIFICADO DE CUMPLIMIENTO RECONOCIDO INTERNACIONALMENTE

El Certificado también es una innovación del PN. En conjunto con los puntos de verificación, debieran favorecer el monitoreo y trazabilidad de los RG cuando pasan por jurisdicciones de distintos países. Este instrumento debiera permitir comprobar en los puntos de control (aduanas, departamentos de propiedad intelectual, departamento de aprobación de productos, etc.) la legalidad del acceso y favorecer con ello el reparto de beneficios.

En el numeral 2 del artículo 17, se dispone que un permiso o su equivalente emitido conforme al párrafo 3 e) del artículo 6 y dado a conocer en el Centro de Intercambio de

Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios, constituirá un certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente.

El numeral 3 del artículo 17 establece que el certificado servirá como prueba de haberse accedido conforme al CIP al recurso que cubre, y de haberse convenido los TMA, de acuerdo a las normas de la Parte que otorga el permiso.

Finalmente, el numeral 4 señala la información mínima que debe contener el certificado.

Por su parte, la emisión del certificado estará a cargo de la autoridad nacional competente a que se refiere el artículo 13, numeral 2, del PN.

Aunque este instrumento debiera ser requerido en los puntos de control que designen las Partes, no existe una disposición clara y expresa en el artículo 17 que así lo disponga.

También debe hacerse presente que ni las regulaciones referidas a los puntos de control ni al certificado de cumplimiento se refieren a los CT.

G) CONOCIMIENTOS TRADICIONALES (ARTÍCULOS 5, 6, 7, 12, Y 16)

Seguramente una de las materias más relevantes reguladas en el PN y donde se presentan mayores innovaciones, dice relación con los CT. Para analizar la materia creemos relevante hacer algunas precisiones previas.

Como se sabe, las comunidades indígenas y locales (CIL) han dependido de los recursos biológicos en su vida cotidiana durante siglos. Gracias a esa interacción, a través de las generaciones se ha ido desarrollando un conocimiento de las diferentes propiedades de los recursos biológicos. Este conocimiento constituye una fuente vital para los usuarios que buscan acceso a los RG con el fin de usarlos en investigaciones académicas o en el desarrollo de productos comerciales. La ayuda para identificar especies, usos o propiedades útiles constituye información de gran relevancia en el objetivo de dar valor a los RG.

En el marco de esta relación entre CT y RG, resulta completamente comprensible que el tema de los CT fuera incluido dentro del ámbito del PN, tanto desde el punto de vista del acceso como del reparto de beneficios y de las medidas de cumplimiento.

Sin embargo, el PN hace un fuerte reenvío a las legislaciones nacionales para abordar las regulaciones pertinentes. Ello se justificaría, según se indica en los considerandos del Protocolo, por la diversidad de circunstancias en que las CIL tienen CT asociados a RG.

Precisado lo anterior, debe considerarse en primer lugar que las CIL son abordadas en el PN, a través de dos vías:

- a) Comunidades indígenas y locales que están en posesión de RG
- b) Comunidades indígenas y locales que poseen CT asociados a RG.

Respecto al reparto de beneficios, en el artículo 5, numeral 2, se dispone que las partes adoptarán medidas para asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de RG que están en posesión de CIL, *de conformidad con las leyes nacionales respecto a los derechos establecidos de dichas comunidades indígenas y locales sobre estos RG,*

se compartan de manera justa y equitativa sobre la base de condiciones mutuamente acordadas.

Debe hacerse presente acá la clara remisión a la legislación nacional y específicamente al hecho de que, para que opere esta disposición, los marcos nacionales han de reconocer el derecho de las CIL sobre los RG.

Una exigencia como la anterior no existe cuando se trata del reparto de beneficios que se derivan de la utilización de CT asociados a RG. En el artículo 5, numeral 5, se dispone que cada Parte adoptará medidas para asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de la CT asociados a RG, se compartan de manera justa y equitativa con la CIL poseedoras de dichos conocimientos sobre la base de condiciones mutuamente acordadas.

El acceso a los recursos genéticos en posesión CIL se encuentra regulado en el artículo 6, numeral 2, el cual está en concordancia con el artículo 5, numeral 2, antes citado, pues se establece que conforme a las leyes nacionales, cada Parte adoptará medidas, según proceda, con miras a asegurar la obtención del consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a los RG *cuando estas tengan el derecho establecido a otorgar acceso a dichos recursos*.

Por su parte, el artículo 7 se refiere a una hipótesis mixta no muy clara en su lectura, pues se refiere al acceso a los CT asociados a RG en posesión de CIL. Se establece que, de conformidad con las leyes nacionales, cada Parte adoptará medidas, según proceda, con miras a asegurar que se acceda a los CT asociados a RG que están en posesión de comunidades indígenas y locales con el consentimiento fundado previo o la aprobación y participación de dichas comunidades indígenas y locales, y que se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas.

En materia de medidas de cumplimiento de las legislaciones nacionales sobre acceso y participación en los beneficios para los CT asociados a RG, existe una norma similar a la contemplada en el artículo 15, antes analizado.

El artículo 16, numeral 1, dispone que las partes adoptarán medidas, según proceda, para asegurar que se haya accedido a los CT asociados a los RG utilizados dentro de su jurisdicción de conformidad con el CIP o con la aprobación y participación de las CIL y que se hayan establecido TMA, como se especifica en las legislaciones de acceso y participación en los beneficios de la otra parte donde se encuentran dichas CIL.

En el numeral 2 del mismo artículo se indica que las partes adoptarán medidas apropiadas, eficaces y proporcionales para abordar situaciones de incumplimiento de lo señalado en el párrafo anterior.

La diferencia entre el artículo 15 y 16 se relaciona con el grado de imperatividad de la norma, pues en el último de los artículos citados la adopción de medidas es “según proceda”.

En lo que se refiere a CT asociados a RG que sean compartidos por una o más CIL en varias Partes – situación de no difícil ocurrencia–, el artículo 11 dispone que los países procurarán cooperar, según proceda, con la participación de las comunidades indígenas y locales pertinentes, con miras a aplicar el objetivo del Protocolo.

Una labor relevante en dicha materia debiera cumplir el ya citado Mecanismo Mundial Multilateral de Participación en los Beneficios a que se refiere el artículo 10, el cual tendrá entre sus funciones la participación de beneficios que se deriven de la utilización de CT asociados a RG que se produzcan en situaciones transfronterizas.

Por otro lado, el artículo 12 dispone un conjunto de medidas relacionadas con la consideración de las leyes consuetudinarias, protocolos y procedimientos comunitarios referidos a los CT; mecanismos de información a los usuarios de CT; apoyo al desarrollo de protocolos comunitarios; requisitos mínimos que garanticen el reparto de beneficios y cláusulas contractuales modelos, y una importante regulación referida a que las Partes, en la medida de lo posible, no restringirán el uso e intercambio consuetudinario de RG y CT dentro de CIL y entre las mismas.

Finalmente debe hacerse presente que uno de los temas más complejos de la negociación, en definitiva no acordado, dice relación con la procedencia del reparto de beneficios cuando se trata de CT que se encuentran públicamente disponibles. Esta relevante y polémica materia podría ser abordada en el marco del trabajo del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Su Asamblea General lo mandató para avanzar en un acuerdo sobre un instrumento jurídico internacional que asegure la protección efectiva de las RG y los CT. Todo lo anterior, sin perjuicio de lo que los países dispongan dentro de su soberanía respecto a los CT denominados “públicos”.

OPORTUNIDADES Y DESAFÍOS

Como se ha visto, el PN entrega innovadores herramientas para mejorar las relaciones de acceso y reparto de beneficios (certificado internacional de legal procedencia, puntos de verificación, medidas de cumplimiento de las legislaciones de origen, regulación de los CT, entre otras). Ello debiera crear mayor seguridad jurídica y transparencia en este tipo de relaciones. En efecto, los países proveedores debieran fijar procedimientos de acceso más simples y claros, y los países usuarios debieran dictar normas de cumplimiento que garanticen el reparto justo de beneficios.

Lo anterior permitirá mejorar el flujo de beneficios entre proveedores y usuarios, lo que en definitiva debiera facilitar dar valor a los RG y CT e insertar así a los países en nuevos nichos de desarrollo. Ello también redundará en reducir la brecha tecnológica entre los países pobres y ricos.

Por otro lado, la posibilidad de encontrar RG o CT valiosos para las distintas áreas de la innovación (farmacéutica, cosmética, alimentaria, restauración ecológica, mitigación y adaptación al cambio climático, etc...) y la garantía de recibir beneficios por ello, debiera ser un factor relevante en la adopción de medidas de conservación y uso sostenible para la biodiversidad. Como se sabe, al protegerse ésta, se preserva el medio de subsistencia de millones de personas. Los pobres del mundo, muy en particular los que viven en zonas rurales, dependen hasta en un 90% de los recursos biológicos para sus necesidades de alimentación, energéticas, medicinales, de abrigo y transporte.

Específicamente, las normas que reconocen la importancia de los CT y exhortan a los países a dictar normas para su protección, fortalecerán las capacidades de la CIL para beneficiarse del uso de sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

Sin embargo, para que esto ocurra deben darse muchos pasos; la adopción del Protocolo solo es el primero.

Una cuestión inicial será precisar las diversas disposiciones equívocas contenidas en el PN e integrar las faltantes, de manera que este pueda convertirse en un cuerpo orgánico y sistémico que dé orientaciones claras a los países. Como se ha comentado más arriba, producto del complejo proceso de negociación y de las divergentes posiciones de los bloques negociadores, se hizo un esfuerzo de “flexibilidad creativa” para poder llegar a un acuerdo en Nagoya. El costo fue la ambigüedad de importantes disposiciones, lo cual seguramente constituirá un obstáculo importante para los procesos de implementación nacionales –requisito indispensable para que el PN pueda cumplir sus objetivos– ya que con toda probabilidad se generarán interpretaciones diversas y, por tanto, incertidumbre jurídica.

En esta materia jugarán un rol clave el Comité Intergubernamental para el PN, el Centro de Intercambio de Información a que se refiere el artículo 14 y las decisiones futuras de la Conferencia de las Partes del Protocolo.

Un segundo desafío será mantener adecuadas relaciones sinérgicas entre el PN y otros convenios o procesos en curso referidos a RG y CT. Habrá que estar atentos entonces a que los procesos al interior de la Organización Mundial del Comercio (revelación de origen y patentes), de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (CT) y de la Organización Mundial de Salud (patógenos), se apoyen mutuamente con el PN y colaboren con sus objetivos y los del CBD, de manera de aumentar las oportunidades de éxito y hacer más eficiente el uso de los recursos financieros y humanos.

El tercer reto es, lógicamente, que los países lo firmen, ratifiquen y dicten sus normas nacionales. Los beneficios positivos solo se verán en la medida que los países adopten las medidas necesarias para la implementación del Protocolo.

Para Chile, el PN puede ser una importante oportunidad de abordar el tema de los RG en forma sistémica o integral. De tal modo aprovechando los importantes avances y experiencias, especialmente en el ámbito del sector agricultura, podría desarrollarse una política de largo plazo que no sólo protegiera nuestro patrimonio sino que también estimulara el uso legal de los RG, considerando los diversos intereses en juego (ambientales, comerciales, sociales, otros asociados a la bioseguridad, etc.). Chile posee aproximadamente 30.000 especies, de las cuales casi el 25% son endémicas, es decir exclusivas de nuestro país, con capacidad de adaptarse a ecosistemas variados y frágiles. Este mega endemismo le da un valor a nuestro patrimonio genético tan importante como la megadiversidad existente en los países tropicales.

En el contexto descrito, el PN y su adecuada implementación pudiera constituir una importante oportunidad para obtener beneficios monetarios y no monetarios (transferencia tecnológica) que debieran permitir dar valor agregado a nuestros RG, posibilitando insertarnos en los distintos nichos que ofrece la bioeconomía en expansión. El desarrollo de capacidades pudiera favorecer la transición de un país principalmente proveedor de RG a un país también usuario y desarrollador de innovadores productos en las áreas alimenticia, farmacéutica o cosmética. En el contexto señalado, la articulación con políticas de apoyo a la innovación biotecnológica será fundamental.

Por otro lado, el avance a través de fijar procedimientos claros y expeditos de acceso a los RG y reparto de beneficios, pudiera producir importantes ventajas competitivas,

en términos de atraer investigación y desarrollo en RG nacionales. Como país usuario, facilitaría el acceso a recursos genéticos de otros países.

Para ello, se requerirá progresar en una legislación que opte por estándares más o menos exigentes, en consideración al piso mínimo que fija el PN y, por supuesto, teniendo en cuenta la realidad jurídica nacional. Habrá que resolver temas relevantes, como el estatuto constitucional de los RG; definir la institucionalidad para abordar esta materia, habida cuenta de que se trata de un tema transversal; la forma en que nuestro sistema de propiedad intelectual aborde el tema de la revelación de origen, el nivel de injerencia del Estado en los contratos de acceso y distribución de beneficios, etc.

En materia de CT, el PN ofrece la gran oportunidad de seguir avanzando en el proceso de reconocer la multiculturalidad y específicamente de reconocer y proteger los CT, en un país en donde distintas culturas conviven en un espacio común. Los desafíos son múltiples: cómo y quién debiera otorgar el CIP o consensuar los TMA; de qué forma se abordará el sistema de registros de CT para evitar su apropiación indebida; cómo se establecerán sinergias entre este proceso y los procesos actualmente en curso referidos a la reforma constitucional sobre el reconocimiento de los pueblos indígenas o el proceso de creación de una nueva institucionalidad indígena; cuándo y cómo operará la consulta a que se refiere el Convenio 169 de la OIT en esta materia, etc.

Como conclusión final podemos decir que el PN es un instrumento internacional imperfecto, pero en la medida que se avance en su implementación, permitirá que tanto los países usuarios como proveedores, se beneficien de la utilización de los recursos genéticos para el desarrollo social, económico y ambiental y, además ayudará a la conservación y uso sostenible de la biodiversidad. En caso contrario, se mantendrá la situación actual, en donde la falta de regulaciones nacionales e internacionales favorecen la desconfianza en la negociaciones de acceso, lo que impide las oportunidades de desarrollo y favorece en definitiva la pérdida de la biodiversidad.

BIBLIOGRAFÍA:

Cabrera Medaglia, Jorge. El Protocolo de Nagoya sobre acceso a recursos genéticos y la propiedad intelectual: un paso adelante, muchos por recorrer. Revista Digital del International Centre for Trade and Sustainable Development. Disponible en Internet en <http://ictsd.org/i/news/puentes/98936/>

Cabrera Medaglia, Jorge. El Régimen Internacional de Acceso a Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios: avances, elementos y recomendaciones. UICN, 2006, Ecuador.

Casas-Castañeda, Fernando. Protocolo de Nagoya: por un reparto justo y equitativo de los beneficios derivados de la biodiversidad. Revista Digital Ambient@. Disponible en Internet en <http://www.revistaambienta.es/WebAmbienta/marm/Dinamicas/secciones/articulos/casas.htm>

International Institute for Sustainable Development. Síntesis de la Décima Reunión de la Conferencia de las Partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica: 18 al 29 de

octubre de 2010. Boletín de Negociaciones de la Tierra, Vol. 9 N° 544. Disponible en Internet en www.iisd.ca/biodiv/cop10/

Lago Candeira, Alejandro. El Protocolo de Nagoya. Revista Digital Ambient@. Disponible en Internet en <http://www.revistaambienta.es/WebAmbienta/marm/Dinamicas/secciones/articulos/Lago.htm>

Ruiz Muller, Manuel. La Protección Jurídica de los Conocimientos Tradicionales: algunos avances políticos y normativos en América Latina. UICN, 2006, Perú.

Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica. El Protocolo de Nagoya sobre Acceso y Participación en los Beneficios. Disponible en Internet en www.cbd.int/abs/

Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización, al Convenio sobre la Diversidad Biológica. Texto y Anexo. 2011, Canadá.