



El éxito de una ardua y compleja negociación

EL PROTOCOLO DE NAGOYA

[Versión imprimible en pdf](#)

Alejandro Lago Candeira

Responsable de la Cátedra UNESCO de Territorio y Medio Ambiente
Universidad Rey Juan Carlos

El pasado 30 de octubre de 2010 se aprobó en Nagoya (Japón), en el contexto de la décima Conferencia de las Partes (COP-10) del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), el Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y reparto justo y equitativo de los beneficios que se deriven de su utilización. Con ello se ponía fin a más de 6 años de negociaciones y se cumplía con la petición contenida en el Plan de Implementación de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, celebrada en Johannesburgo (Sudáfrica) en el año 2002, de negociar un régimen internacional de reparto de beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos. Con la adopción del Protocolo de Nagoya se abre una nueva etapa en la que el intercambio de los recursos genéticos no podrá seguir siendo, en la mayoría de los casos, como hasta ahora sino que exigirá que los usuarios acrediten el estatus legal de sus recursos genéticos y compartan los beneficios derivados de su utilización con los países proveedores y con las comunidades que les han facilitado el acceso a los mismos.

El Protocolo de Nagoya es, sin duda, un paso adelante para poner freno a la biopiratería, entendida ésta como la apropiación indebida de recursos genéticos sin la autorización de los países de los cuales proceden, y una apuesta por reducir la brecha tecnológica entre países en vías de desarrollo, ricos en biodiversidad (proveedores de recursos genéticos), y países desarrollados (usuarios de recursos genéticos) y conseguir incentivos reales para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica. Además, la regulación de los recursos genéticos en el ámbito internacional es un gran ejemplo de la complejidad e interconexión de distintos ámbitos negociadores (agricultura y alimentación, propiedad intelectual, comercio, sanidad, investigación,...), de la dificultad de integrar la cuestión ambiental en muchos de esos ámbitos y, en parte, del éxito o del empuje de la gobernanza ambiental frente a otros foros. La intención de este artículo es presentar de forma breve los motivos principales que generaron esta negociación, reflexionar sobre los momentos álgidos que se dieron durante la misma, analizar el contenido de este nuevo instrumento y plantear los retos que del mismo se derivan, en particular para España. En adelante nos referimos al acceso a los recursos genéticos y reparto de beneficios como ABS, utilizando el acrónimo en inglés de *Access and Benefit Sharing* que es como de forma habitual se hace referencia a esta cuestión.

La regulación del ABS en el CDB

[Philangia. Foto: Bruno Berheide.]

El Convenio de Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica se aprueba en el contexto de la Cumbre de Río de Janeiro (Brasil) de 1992. Las negociaciones de este convenio paraguas surgen en el seno del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) en el año 1987 con la intención de abordar de una manera más holística la protección de la biodiversidad incorporándose por ello nuevos mecanismos conducentes a tal fin. Si bien es verdad que hasta esa fecha se habían desarrollado algunos convenios sobre biodiversidad, todos ellos se habían enfocado en problemas muy concretos (protección de especies amenazadas por el comercio internacional, protección de



especies migratorias, o de ciertos ecosistemas) y no llegaron a ofrecer una visión transversal de la biodiversidad. Por tanto, con esta nueva iniciativa se pretendía dar una mayor visibilidad y una respuesta más articulada a uno de los grandes problemas globales de carácter ambiental: la pérdida de biodiversidad.

La negociación de este Convenio dio un vuelco inesperado al exigir los países en vías de desarrollo que se reconociera la soberanía de los Estados, no ya sobre sus recursos naturales, sino sobre sus recursos genéticos, los cuales hasta entonces se consideraban como de libre acceso, y que, a los objetivos generales de conservación y uso sostenible de la biodiversidad, se añadiera el reparto justo y equitativo de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos. La relevancia de este giro queda acreditada por la retirada de Estados Unidos, que hasta la fecha había sido uno de los promotores de la negociación de este convenio paraguas sobre biodiversidad, al entenderlo como una amenaza directa a la política de innovación y desarrollo del país. A día de hoy Estados Unidos sigue siendo uno de los pocos países que no forman parte del CDB(1).

Casi 20 años después de la aprobación del Convenio, el Protocolo de Nagoya se centra en la implementación de ese tercer objetivo del Convenio.



¿Que reivindica el reparto justo y equitativo de los beneficios?

El hombre desde siempre ha gestionado los recursos genéticos seleccionando semillas, mejorando las variedades con procesos de hibridación u obteniendo terceros productos con procesos de fermentación, o bien cultivando o recogiendo plantas medicinales. Estos recursos genéticos siguen siendo hoy en día la base de la mejora de las variedades de semillas agrícolas o de las medicinas para un 75% de la población mundial que sigue utilizando la medicina tradicional (basados principalmente en tratamientos que utilizan plantas de forma directa) como base de su sanidad primaria.

Pero hoy en día, además de esos usos tradicionales, la moderna biotecnología ha convertido a los recursos genéticos en la materia prima de importantes procesos de creación de productos con un altísimo valor añadido. Al frente de esos mercados biotecnológicos está la industria farmacéutica, seguida por la agroindustrial, la fitosanitaria y la cosmética, por citar las más importantes.

La característica común a todos estos mercados biotecnológicos, además del importante valor añadido generado en esos productos, es que, a pesar de estar basados todos ellos en la utilización de recursos genéticos como su materia prima, no generaban retorno alguno de beneficios a la fuente de dicho desarrollo. En otras palabras, mientras los recursos genéticos procesados ganaban la protección de derechos de propiedad intelectual (patentes) nada retribuía la base de

[*Rosy perwinkle*. Cortesía: P. Goltra. National Tropical Botanical Garden]

aquel desarrollo, sin el cual no podría haber tenido lugar.

Uno de los ejemplos más paradigmáticos de lo anterior es el del descubrimiento de la planta *Rosy perwinkle* en Madagascar, de la cual se obtuvieron dos alcaloides, Vincristine y Vinblastine. Estos productos han demostrado ser potentes productos anti cancerígenos y a la vez extremadamente lucrativos. Las ventas de estos productos solo en el año 1993 rondaron los 180 millones de dólares(2). Ninguna parte del proceso de investigación y desarrollo de esos productos tuvo lugar en Madagascar y por supuesto ni un solo dólar de los importantes ingresos generados por ese descubrimiento y posteriores desarrollos ha supuesto beneficio alguno para ese país, sus gentes o su biodiversidad.

Desde principios de los 80 y, con un enfoque más decidido, desde la aprobación del Convenio sobre Diversidad Biológica en 1992, con el que se cambia definitivamente el estatus jurídico de los recursos genéticos que pasan a estar bajo soberanía nacional, se ha intentado cambiar dicha situación, de forma que la utilización de los recursos genéticos pueda generar beneficios no solo a las empresas en países desarrollados que elaboran sus productos a partir de dichos recursos, sino que redunden en los países de origen, donde se han obtenido, dado que la diversidad biológica mundial está distribuida en proporción inversa a la capacidad científica y tecnológica. Por tanto, el objetivo final era reducir esa brecha tecnológica(3) y conseguir un incentivo directo para la conservación y la utilización sostenible de la biodiversidad.

La cuestión del acceso a recursos genéticos y reparto de beneficios derivados de su utilización es la demanda de generar oportunidades para todos, de continuar el desarrollo en nuestro planeta, pero que ese desarrollo sea para todos. El ABS es, en cierta medida, una cuestión de justicia social, de dar valor a recursos de aquellos que conservan la biodiversidad de nuestro planeta, creando incentivos para que su modelo de desarrollo no se base, como así ha sido en las culturas occidentales, en la destrucción de los ecosistemas y en la pérdida de especies, sino que se base en la conservación y el uso sostenible de su biodiversidad, al deber a ella, a su subsistencia, parte de la riqueza económica del país.

Al complejo problema del ABS se le añade el hecho de que en la mayoría de los casos la bioprospección inicial utiliza la puerta del saber tradicional de agricultores o comunidades indígenas y locales que ponen al investigador académico o comercial sobre la pista del posible valor a añadir. A ese saber tradicional previo, que normalmente es común y no excluyente, no le protege todavía hoy ningún derecho de propiedad intelectual y se han producido numerosos casos de apropiación indebida de dicho conocimiento por parte de empresas multinacionales que llegan a patentar ese conocimiento como innovación propia(4).

El artículo 15 del CDB

[Nudibranquio. Foto: Bruno Berheide]

Además de ser el tercer objetivo del Convenio, el CDB estableció en su artículo 15 la regulación básica sobre el acceso a los recursos genéticos y el reparto de beneficios. En primer lugar el CDB reconoce la soberanía de los Estados sobre sus recursos genéticos y que, por tanto, el acceso a los mismos queda sometido a la regulación nacional. El Convenio dispone de un sistema nacional de ABS, para aquellos países que decidan regular el acceso a sus recursos genéticos, basado en dos instrumentos: el llamado "consentimiento fundamentado previo" (o PIC siguiendo la terminología inglesa de *Prior Informed Consent*) y la negociación de "términos mutuamente convenidos" (o MAT de *Mutually Agreed Terms*). El primero de ellos significa la autorización oficial del Estado como soberano sobre esos recursos al acceso de sus recursos. El segundo es el contrato en el que se plasma la relación entre las partes, tanto las condiciones de acceso físico a los recursos como cuándo y cómo se procederá al reparto de beneficios o las posibles limitaciones o restricciones que pueda haber en relación a la utilización o incluso transmisión de dichos recursos.

Así, el artículo 15 establece un delicado equilibrio entre los intereses de los países proveedores y de los países usuarios de recursos genéticos al disponer la obligación de los primeros de facilitar el acceso a sus recursos genéticos y los segundos a promover el reparto justo y equitativo de los beneficios derivados de la utilización de recursos genéticos en su jurisdicción, siguiendo lo establecido en los "términos mutuamente convenidos".

La indicación clara de que uno de los objetivos principales de esta regulación del ABS es reducir la distancia tecnológica entre países biodiversos y países biotecnológicos lo demuestra el hecho de que el artículo 15, en su apartado 6, dispone que la investigación sobre los recursos genéticos se debería llevar a cabo "con la plena participación de las Partes que aportan dichos recursos y, de ser posible, en ellas".

La aprobación del CDB, con este sistema bilateral basado en las normativas nacionales de acceso, ha llevado a la promulgación de numerosas normativas nacionales de acceso a los recursos genéticos, incluso algunas de ellas regionales (reconociendo el hecho de una imprescindible coordinación y actuación común en situaciones donde la mayoría de recursos son compartidos, como demuestra la Decisión 391 del Pacto Andino). Muchas de estas normativas nacionales fueron extremadamente restrictivas, basadas sobre todo en la falta de seguridad jurídica o control sobre esos recursos genéticos cuando los mismos abandonaban el país de origen, ante la inexistencia de medidas de control o seguimiento en los países usuarios de recursos genéticos. Todo esto condujo a una marcada inseguridad jurídica en las transacciones de recursos genéticos, con problemas creados por ambas partes de la relación: por un lado inexistencia de marcos nacionales de acceso transparentes y predecibles y, por el otro, inexistencia de medidas de control en países usuarios de recursos genéticos. El resultado fue que la mención a la biopiratería comenzó a extenderse globalmente, en algunos casos en países que no habían regulado el acceso a sus recursos genéticos, sin que se pudiera distinguir muy bien entre aquellos que hacían las cosas bien y habían integrado normalmente el ABS en sus políticas de actuación (tanto países como investigadores o empresas que utilizaban estos recursos) y los que ignoraban completamente los requisitos del ABS.

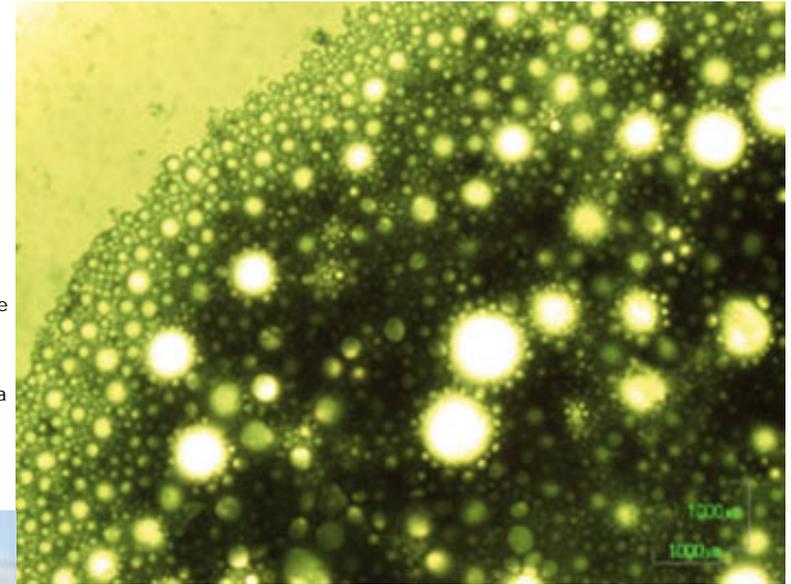


Un primer intento: las Directrices de Bonn

[Muestra de algas. Cortesía Banco Nacional de algas]

Las Partes del CDB intentaron solucionar algunos problemas derivados de la aplicación del artículo 15 con la aprobación, en el año 2002, de las llamadas Directrices de Bonn(5). Unas directrices voluntarias que consiguen por primera vez enumerar y desarrollar muchos de los elementos del sistema de ABS contenidos en el CDB, principalmente el procedimiento para la obtención del PIC y la negociación de los contratos de acceso y reparto de beneficios.

La principal limitación de estas directrices es su carácter no vinculante, lo cual hace que se queden en un primer paso en la definición de muchos elementos, y que este paso se considerara insuficiente. Muestra del bajo interés con el que las Partes han aplicado las Directrices es que en ellas se solicitaba que los países usuarios adoptarian "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"(6). Aún a fecha de hoy han sido pocos los países que requieren que sus usuarios de recursos genéticos al solicitar una patente que esté basada en los mismos, informen, de forma voluntaria, sobre el origen de dichos recursos. España no se encuentra en el listado de dichos países. De hecho, si los países hubieran sido más consecuentes con esta recomendación y hubiesen implementado plenamente esta cuestión de la divulgación del origen, cuestión todavía pendiente en el seno de la OMPI y en la OMC, tal vez no habría hecho falta aprobar un Protocolo de Nagoya.



Proceso de negociación del Protocolo de Nagoya

[Cultivo experimental de algas. Cortesía Banco Nacional de algas]

En febrero de 2004 el CDB en la séptima reunión de la Conferencia de las Partes (COP-7) asume la encomienda del Plan de Implementación de Johannesburgo y comienza la negociación del régimen internacional sobre ABS. Desde el primer momento de la negociación se produce un fuerte choque de visiones entre los que consideran que la biopiratería no es un problema real y que, por tanto, simplemente hay que aplicar los instrumentos existentes y los que consideran que hay que avanzar y adoptar medidas jurídicamente vinculantes para asegurar que los recursos genéticos han sido obtenidos respetando los marcos nacionales de acceso. En el primer grupo destaca la Unión Europea y Canadá, con una actitud muy ralentizadora de todo el proceso negociador y de mantenimiento del , actitud que han mantenido hasta el final de la negociación. En el segundo grupo han destacado los llamados países megadiversos, con Brasil e India al frente, con una actitud bastante agresiva de condicionamiento de realizar progresos en otros temas del CDB al avance en esta cuestión. En dicho contexto de tensión, España entiende que su posición intermedia, como país proveedor y usuario de recursos genéticos, le puede otorgar cierto carácter de intermediador en el proceso y se decide a organizar en Granada (enero 2006) la quinta reunión del Grupo de Trabajo ad hoc sobre ABS (junto con la reunión del Grupo de Trabajo del artículo 8j sobre protección de conocimientos tradicionales de comunidades indígenas y locales) y durante la misma se separa notablemente de la posición europea al solicitar la negociación de un instrumento jurídicamente vinculante y poner sobre la mesa un primer texto.

Durante la COP-8, en abril de 2006 en Curitiba (Brasil), se acuerda que la negociación debe concluirse a más tardar en la COP-10 (octubre 2010) y para que el proceso tenga una mayor estabilidad y dirección se nombran dos copresidentes permanentes del Grupo de Trabajo *ad hoc* sobre ABS, Tim Hodges (Canadá) y

Fernando Casas (Colombia).

Entre la COP-8 y la COP-9 (2008) se establecieron los principales elementos de negociación: objetivo, ámbito, reparto de beneficios, acceso, cumplimiento, conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, entre otros. En la COP-9 se estableció un intenso calendario de reuniones intersesionesales con el objetivo de concluir las negociaciones en la COP-10. Así se decidió mantener tres reuniones de expertos (conceptos y términos, cumplimiento y conocimientos tradicionales) y tres reuniones del Grupo de Trabajo *ad hoc* sobre ABS (que serían la séptima, octava y novena reuniones del grupo de trabajo).

Las dos primeras reuniones del grupo de trabajo sobre ABS (París, abril de 2009 y Montreal, noviembre de 2009) se dedicaron a compilar el texto que las Partes proponían para cada uno de los elementos para su posterior negociación. El resultado de estos trabajos fue un texto de más de 70 páginas con más de tres mil corchetes, texto no acordado, muy lejos, por tanto, de un acuerdo final y, en teoría con una sola reunión adicional del grupo de trabajo por delante. Además, en estas dos reuniones no se produjo el necesario consenso sobre la naturaleza jurídica, vinculante o no vinculante, del texto que se estaba negociando. A la presión del poco tiempo restante para la negociación y la falta de acuerdo sobre la naturaleza jurídica del instrumento había que añadir la necesidad de cumplir con las normas de procedimiento del CDB por la que cualquier texto jurídicamente vinculante que quiera aprobarse durante una Conferencia de las Partes (COP) debe enviarse a las Partes al menos con seis meses de antelación a la celebración de la misma. El reto era por tanto conseguir tener, para principios de abril de 2010, un borrador de acuerdo creíble que pudiera enviarse a las Partes. En ese momento, las dudas asaltaban a todas las Partes que se planteaban si era mejor asumir que el proceso no estaba suficientemente maduro y que necesitaba de uno o dos años más de negociación, o si, por el contrario, todavía se podía producir la posibilidad de consensuar un texto razonable.

Estas perspectivas llevaron a mantener dos reuniones reducidas (un grupo de amigos de los copresidentes **(7)** y otro grupo de consultas interregionales **(8)**) entre la octava y novena reunión del Grupo de Trabajo *ad hoc* sobre ABS. Tras estas, los copresidentes dieron un paso arriesgado presentando, justo en la víspera del comienzo de la novena reunión del Grupo de Trabajo *ad hoc* sobre ABS (Cali, Colombia, marzo 2010) su propuesta de texto de Protocolo sobre ABS. De esta forma los copresidentes, en base a las discusiones mantenidas en los dos grupos informales, llevaban a cabo lo que a priori se debería haber realizado mediante la negociación de las Partes: eliminaban las redundancias del texto, condensaban las partes fundamentales del mismo e intentaban equilibrar los distintos elementos en una propuesta de compromiso que presentaba por primera vez una versión limpia de todo el instrumento. En realidad acertaban la negociación en uno o dos años, pero ¿estarían dispuestas las Partes a aceptar esta propuesta como la nueva base de negociación?

La respuesta fue afirmativa; las Partes aceptaron el texto de los copresidentes como la nueva base de negociación, algunas con cierta disconformidad por el empuje que le daba al proceso, lo cual demostraba que era un texto de base bueno y equilibrado y reactivaba así la esperanza de concluir las negociaciones durante la COP-10. Sin embargo, las Partes presentes en la novena reunión del Grupo de Trabajo sobre ABS no pudieron más que aprobar el envío de dicho texto a las Partes, en cumplimiento de la norma de los seis meses, pero sin llegar a negociar el texto. Una vez creada esta expectativa, la siguiente dificultad era cómo y cuándo seguir negociando –o en este caso empezar a negociar– el nuevo texto presentado por los copresidentes. La petición unánime de las Partes representadas en esa reunión fue la de suspender, en lugar de concluir, la novena reunión del grupo de trabajo en Cali (Colombia) para poder mantener al menos otra reunión de negociación.

En julio de 2010, gracias a la generosa contribución de Japón que asumió todos los gastos de la misma, se mantuvo esa segunda parte de la novena reunión del Grupo de Trabajo *ad hoc* sobre ABS. En dicha reunión se llevaron a cabo dos lecturas del texto, lo que supuso un importante avance en la negociación, puesto que supuso el paso de un texto de los copresidentes a un texto de negociación de las Partes. No obstante, esta reunión no resultó suficiente y hubo que convocar otras dos reuniones adicionales, en este caso a través de un grupo abierto pero reducido en la mesa de negociación al llamado "grupo interregional de negociación" **(9)** (Montreal, septiembre de 2010 y Nagoya, octubre de 2010). La cuestión del ámbito del Protocolo, en particular en relación a su posible aplicación no solo a los recursos genéticos sino a los derivados, se enquistó y bloqueó el avance en el resto de elementos (por mencionar los principales: relación con otros instrumentos internacionales, patógenos, medidas de cumplimiento, acceso y conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos). La excepción fueron las cuestiones institucionales que prácticamente quedaron cerradas en dicha reunión.

En la segunda de estas reuniones se comenzó el trabajo más detallado sobre cumplimiento, el cual había sido aparcado de forma sistemática hasta dicho momento, elemento clave del Protocolo y que absorbió desde ese momento gran parte del tiempo y esfuerzos negociadores casi hasta el mismo final de la negociación. La novena reunión del Grupo de Trabajo *ad hoc* sobre ABS se concluyó oficialmente en Nagoya el día 16 de octubre de 2010, es decir en la víspera del comienzo de la COP-10, con un texto que reflejaba avances importantes en distintas cuestiones pero todavía con un número considerable de temas sin consensuar.

La COP-10 decidió en su apertura constituir de forma inmediata un grupo consultivo interregional de carácter abierto para que trabajara en paralelo a los habituales dos grupos de trabajo en los que se dividen las cuestiones de la agenda de la COP. Este grupo consultivo interregional mantuvo el formato de mesa negociadora reducida de los grupos anteriores y estuvo presidida por los dos copresidentes permanentes del Grupo de Trabajo *ad hoc* sobre ABS. El intenso trabajo de este grupo consultivo llevó a importantes avances en el transcurso de la primera semana de la COP-10 en las cuestiones de cumplimiento, en particular sobre los puntos de control y conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y a un moderado avance en las cuestiones relativas a la definición del concepto "utilización de recursos genéticos" en relación al ámbito, y la inclusión o no de los patógenos (y en qué términos) entre las consideraciones especiales. Pese a estos avances los diferentes plazos otorgados por el presidente japonés de la COP-10 se iban cumpliendo (primero el viernes 22 y en segundo término el lunes 25 de octubre de 2010) sin llegar a un acuerdo en diferentes aspectos.

El lunes 25 de octubre la negociación en materia de puntos de control y cumplimiento llegaba a su límite y provocaba la primera crisis importante de la negociación. Ésta se producía porque pese a que la materia estaba madura para un acuerdo, éste se evitaba como pieza de negociación hasta que otros puntos estuvieran cercanos al compromiso final. El punto principal que se deseaba consensuar junto al de cumplimiento era el del ámbito del Protocolo, en donde las posturas parecían todavía bastante distantes en ese momento.

La negociación tuvo también su "momento Copenhague". Una de las notas más comentadas del fracaso de Copenhague del año 2009 en las negociaciones de cambio climático fue que las negociaciones finales, que se sucedieron a contrarreloj para intentar alcanzar un acuerdo, fueron muy poco transparentes, en salas pequeñas donde solo negociaba un reducido número de países que llegaban a acuerdos que más tarde se presentaban como cerrados al resto de países. Ese tipo de situación se produjo también en las negociaciones del Protocolo de Nagoya. Las dificultades aumentaron cuando uno de los más importantes subgrupos de negociación (el que estaba discutiendo la definición de la "utilización de los recursos genéticos" y la inclusión o no de los "derivados", cuestión en la que se mantuvo hasta el final el gran desacuerdo) no se pudo llevar a cabo porque alguno de los principales negociadores se encontraban reunidos en otra

sala, negociando su propio acuerdo final. Esta situación y esta actitud generaron una importante desconfianza, tanto en el proceso como dentro de los propios grupos negociadores, desconfianza que imposibilitó que se produjera el necesario espíritu de compromiso con el que se cierran los puntos más conflictivos de una negociación (en este caso principalmente la cuestión del ámbito y, dentro de éste, la definición de la expresión "utilización de los recursos genéticos"). Los copresidentes del grupo consultivo interregional dieron por concluida sin acuerdo la negociación a las 01.15 horas del viernes día 29 de octubre. Quedaba, no obstante, la última oportunidad.

El presidente de la COP-10 ya había advertido en la última prórroga dada al grupo de negociación, que si no alcanzaba un acuerdo, la presidencia presentaría una propuesta de texto de compromiso para su consideración y posible aprobación por el plenario de la COP-10. Y así fue. El viernes por la mañana la presidencia japonesa de la COP organizó diferentes encuentros para presentar la propuesta de texto de compromiso a las distintas Partes y buscar su apoyo a la misma. La propuesta japonesa simplemente recogía el texto de negociación y cerraba, con cierta "ambigüedad creativa", las dos o tres cuestiones en las que no se había llegado a un acuerdo (principalmente el ámbito, por una parte, con la cuestión de los derivados, y, por otra, la inclusión o no de los patógenos entre las consideraciones especiales, puesto que el cumplimiento, aunque no había sido acordado formalmente por el grupo, sí se había discutido un texto de compromiso a través de consultas informales). Curiosamente la propuesta de la presidencia, lejos de rebajar el grado de ambición, introducía un elemento que ni siquiera había sido formalmente discutido durante la negociación: el mecanismo multilateral global de reparto de beneficios. Esta inclusión de última hora la realizaba la presidencia japonesa para tratar de lograr el apoyo del grupo africano que, a priori, parecía el grupo más desconfiado debido a los últimos acontecimientos del proceso y, por tanto, más reacio a cerrar el acuerdo. La mañana transcurría en una enorme incertidumbre, sin saber con claridad si el texto sería finalmente adoptado o no. Es entonces cuando el segmento ministerial jugó un papel determinante ya que se reunió poco antes de empezar el plenario final y decidió respaldar, con pocos cambios, el texto propuesto por la presidencia japonesa.

A pesar del bloqueo de las negociaciones en diferentes puntos concretos durante la COP-10, el Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y reparto justo y equitativo de los beneficios que se deriven de su utilización fue finalmente adoptado, junto con el Plan Estratégico del CDB y la revisión de la estrategia para la movilización de recursos, a las 1.30 horas del sábado 30 de octubre de 2010, lo cual confirmó el éxito de una ardua y compleja negociación.

El Protocolo de Nagoya

El objetivo principal de este Protocolo es asegurar la participación justa y equitativa en el reparto de beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos. El ámbito de aplicación del Protocolo abarca los recursos genéticos cubiertos por el CDB, es decir, en principio quedan fuera del mismo los recursos genéticos humanos y los recursos genéticos que se encuentran fuera de la jurisdicción nacional (en particular alta mar) y abarca igualmente los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos. El Protocolo reconoce su carácter general y que, por tanto, nada impide que existan acuerdos internacionales más específicos que se apliquen a cierto tipo de recursos genéticos. En ese sentido, el propio Protocolo destaca la importancia de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y la existencia del Tratado Internacional sobre recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura de la FAO el cual se aplicará en dicho ámbito entre Partes que lo hayan ratificado.

El Protocolo mantiene el sistema establecido por el CDB en relación al Consentimiento Fundamentado Previo (PIC) y la negociación de Términos Mutuamente Convenidos (MAT) e incorpora el certificado de cumplimiento o documento equivalente. Este certificado lo emite la autoridad nacional del país proveedor una vez que comprueba que se ha cumplido con su marco nacional de acceso, es decir, cuando se ha obtenido el PIC y se ha negociado el MAT, convirtiéndose de esta manera el certificado en la evidencia de que los recursos genéticos en cuestión han sido adquiridos de forma legal. Este certificado nacional de cumplimiento pasa a ser un certificado internacional una vez que la autoridad nacional emisora lo notifica al Mecanismo de Facilitación de Información sobre ABS del Protocolo.

Con este nuevo Protocolo se intenta reforzar el cumplimiento de las normas nacionales de acceso de los países proveedores de recursos genéticos mediante la exigencia de medidas de cumplimiento y seguimiento en los terceros países donde se utilicen dichos recursos genéticos. Todos los países se comprometen a establecer medidas "para asegurar que el acceso a los recursos genéticos utilizados dentro de su jurisdicción hayan sido de conformidad con el marco nacional del país proveedor", comprometiéndose, por tanto, a luchar en su jurisdicción contra la biopiratería. Para ello todos los países se han comprometido a establecer puntos de control bajo su jurisdicción y exigir a los usuarios de recursos genéticos que pasen bajo dichos puntos de control a que aporten información sobre los recursos genéticos, principalmente a través del certificado de cumplimiento, en caso de existir. Uno de los principales problemas de este sistema, sobre todo en los primeros años de su funcionamiento, es que no todos los recursos genéticos van a ir acompañados de certificados de cumplimiento, puesto que muchos de esos recursos se habrán obtenido con anterioridad a la entrada en vigor de estos certificados o bien procederán de países en los que no esté regulado el acceso a los recursos genéticos. Sin embargo, sí es de esperar que en unos años, una vez consolidado el sistema, haya un porcentaje mayor de recursos genéticos acompañados de certificados de cumplimiento que sin estos certificados, por la seguridad jurídica que los mismos otorgarán.

El Protocolo finalmente no introdujo una lista indicativa de los puntos de control pero, sin duda, aunque no se cite expresamente, el que ha estado presente en toda la negociación es el de las oficinas de patentes, que es el punto de control que los países megadiversos consideran fundamental puesto que resulta el más cercano en la cadena de valor de la obtención real de beneficios. Otros puntos de control que se barajaron durante la negociación fueron:

- la autoridad nacional competente en el país usuario;
- las instituciones de investigación sujetas a fondos públicos;
- los editores en las publicaciones de resultados de investigación relacionados con la utilización de los recursos genéticos; y
- las autoridades que conceden la aprobación para la comercialización de productos basados en la utilización de recursos genéticos o sus derivados.

[Mesa de negociación de grupo interregional de negociación. Montreal, julio de 2010. Earth Negotiations Bulletin.]



El Protocolo es bastante innovador en relación con las medidas de cumplimiento puesto que no es habitual en derecho internacional encontrar la obligación de que un país se comprometa a hacer cumplir en su jurisdicción el ordenamiento de otro, salvo que ambos apliquen exactamente las mismas normas, lo cual no es el caso. Lo que sí establece el Protocolo son los principios y elementos mínimos que deben regir los marcos nacionales de acceso, mejorando la transparencia de dichos procedimientos.

Estos marcos nacionales de acceso deben tener además en cuenta ciertas situaciones especiales. La primera hace referencia al establecimiento de procedimientos simplificados de acceso para actividades de investigación con fines no comerciales. De esta forma cristalizan las peticiones del grupo de instituciones de investigación que han sabido articular y ejercer presión en el proceso de negociación para que se introdujera esta importante distinción. La segunda hace referencia a las situaciones de emergencia en las que se pone en juego la salud humana, de los animales o de las plantas, pensando sobre todo en el acceso a patógenos y sus procedimientos bajo la Organización Mundial de la Salud. Todo ello debería redundar en una mayor transparencia en los sectores que utilizan recursos genéticos y en una más fluida y constante transferencia de beneficios a los países proveedores, la cual debería repercutir en la mejor conservación de nuestra biodiversidad.

Además de reforzar el cumplimiento de los marcos nacionales de acceso a recursos genéticos, ya previstos por el propio Convenio sobre Diversidad Biológica, el Protocolo, donde verdaderamente innova en su regulación, es en la cobertura de los conocimientos tradicionales asociados a esos recursos genéticos. El Protocolo establece la obligación de obtener el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales siempre que se acceda a conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, así como a negociar con estas comunidades condiciones mutuamente acordadas. Los países se comprometen a establecer medidas de cumplimiento para exigir que estas obligaciones sean debidamente observadas por sus usuarios **(10)**.

El Protocolo prevé además una futura discusión sobre la posibilidad de crear un mecanismo multilateral global de reparto de beneficios, el cual cubriría situaciones en las que se ha tenido acceso a los recursos genéticos sin PIC o bien se trate de recursos genéticos compartidos por dos o más Partes. Japón realizó una declaración en la que se comprometía a aportar 12,5 millones de dólares en los próximos tres años para el establecimiento en fase piloto de este mecanismo. Francia, en un claro guiño al grupo africano, declaró tener igualmente intención de aportar un millón de euros a este, por el momento, nebuloso mecanismo.

Retos del Protocolo

Existen diferentes retos para el Protocolo tanto en el ámbito internacional como en la aplicación nacional. El primer reto del Protocolo es aportar mayor certeza jurídica a los intercambios de recursos genéticos mediante la mejora de la confianza en los dos extremos de la cadena: los países proveedores mediante condiciones y marcos de acceso más sencillos, intuitivos y sin grandes cargas para su cumplimiento y en los países usuarios con el establecimiento de efectivos puntos de control para comprobar que sus usuarios de recursos genéticos cumplen con los marcos nacionales de acceso de los países en los que han obtenido esos recursos genéticos. Este mayor cumplimiento mejorará el flujo de beneficios, lo cual debería redundar en una mejor conservación y utilización sostenible de la biodiversidad, y debería igualmente reducir la brecha tecnológica entre países.

Una parte ya intrínseca al proceso y regulación del ABS, así como de la protección de los conocimientos tradicionales, es la cuestión de la interrelación con los derechos de propiedad intelectual. El artículo del Protocolo relativo al control y seguimiento de los recursos genéticos, dispone la obligación de establecer al menos un punto de control a nivel nacional en el que los usuarios de recursos genéticos tengan que aportar información relacionada con los mismos, a priori a través del certificado de cumplimiento. Todo esto guarda estrecha relación con negociaciones que se están llevando a cabo en el seno de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y en el seno de la Organización Mundial sobre Propiedad Intelectual (OMPI). Por tanto, otro de los grandes retos del Protocolo es que sirva de incentivo para concluir las negociaciones en otros foros (OMPI, OMC), lo cual es necesario para la aplicación de medidas más homogéneas en los puntos de control, como pueden ser claramente las patentes. Una vez que el Protocolo ha dispuesto de forma nítida el ámbito y el alcance de los requisitos de divulgación de origen o de cumplimiento, no parece que haya motivo alguno para no reflejar dicho acuerdo en los ámbitos que se ocupan de estas materias. Este avance debería ser suficiente para mostrar que los momentos de falta de voluntad política para adoptar estos cambios ya han pasado, de lo contrario estarían mostrando el más estrepitoso fracaso de estos foros frente a foros más permeables y abiertos, políticamente hablando, como los ambientales.

Otro de los grandes retos del Protocolo será la definición y puesta en práctica a nivel nacional de medidas de protección de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, en caso de que otros foros, como el de la OMPI o la OMC, finalmente no sean concluyentes en esta materia.

En España el reto es múltiple. Por un lado habrá que mantener el seguimiento en la preparación de la entrada en vigor del Protocolo sobre las cuestiones pendientes (Mecanismo de Facilitación de Información, Comité de Cumplimiento, ...) y otros foros que siguen discutiendo la regulación de los recursos genéticos (el grupo de la Asamblea General sobre la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad marina más allá de la jurisdicción nacional) o foros conexos con un alto grado de relación con el Protocolo (Comité intergubernamental de la OMPI sobre recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore o las negociaciones de la Ronda Doha sobre el Acuerdo TRIPS de la OMC). Por otro lado, y en paralelo, hay que avanzar en la tramitación a nivel interno del procedimiento de firma y ratificación del Protocolo.

En todo caso, a la luz del Protocolo, España tendrá que establecer las oportunas medidas de cumplimiento y el/los consiguientes puntos de control a nivel nacional. Asimismo, la regulación del acceso a los recursos genéticos en España, prevista en la Ley 42/2007 de patrimonio natural y biodiversidad, sigue estando pendiente de desarrollo. Una vez aprobado el Protocolo y considerando que España habrá de adoptar medidas de cumplimiento para formar parte del mismo, parece el momento idóneo para llevar cabo esta regulación de una manera integral y holística. El sistema debería ser lo más homogéneo posible a nivel territorial, teniendo en cuenta que la Ley ya dispone que las encargadas de otorgar el PIC y negociar las condiciones mutuamente convenidas serán las Comunidades Autónomas, con excepción, claro está, de aquellas zonas en las que el Estado tiene reservadas las competencias, como es el caso de las aguas marinas. Debería ser un sistema sencillo, administrativamente hablando (en muchos casos podría ser simplemente una declaración de lo que se está realizando) y debería pivotar sobre dos premisas: generar oportunidades para el sector de investigación en España (cualquier acceso que se llevara a cabo en territorio nacional debería conllevar la participación de investigadores o instituciones de investigación españolas) y poner en valor los recursos genéticos españoles

[Momento de la aprobación del Protocolo de Nagoya. Earth Negotiations Bulletin]



de forma que los mismos fuesen una fuente adicional de aporte a los fondos de conservación de la biodiversidad en nuestro país.

Tal vez, como condición previa para abordar esta regulación se debiera reforzar la información a los institutos de investigación y empresas españolas que utilizan recursos genéticos para que entiendan la importancia del ABS y la necesidad de internalizar esta política en su forma de trabajar y para que descubran que en su aplicación se encuentran importantes oportunidades y ventajas competitivas en sus sectores. Por otro lado, una regulación nacional holística y seria del ABS sería la mejor carta de presentación para nuestras empresas e instituciones de investigación, tanto a nivel interno como fuera de nuestras fronteras, y podría convertirse en una destacada ventaja comparativa frente a otros países.

Notas

(1) El Convenio cuenta, a fecha de 1 de febrero de 2011, con 193 Estados Parte.

(2) MICHAEL I JEFFREY Q.C. "Bioprospecting: Access to Genetic Resources and Benefit Sharing under the Convention on Biodiversity and the Bonn Guidelines", 6 Singapore Journal of International and Comparative Law 755, 2002.

(3) Existe una innumerable bibliografía sobre esta cuestión, buena parte de la misma está recogida en LAGO, A. (2007) La Gobernanza Global del Medio Ambiente: ¿Se necesita una Organización Mundial?.

(4) Uno de los casos más conocidos es el de una patente sobre un producto funguicida derivado de semillas del árbol Neem, un árbol indio. Tras concederse la patente por la Oficina Europea de Patentes en 1994 la misma fue definitivamente revocada a principios de 2005. La disputa principal era sobre las propiedades del Neem como funguicida las cuales constituyen parte del saber público en India desde hace varios siglos. Esta patente había sido solicitada por el Departamento de Agricultura de los Estados Unidos (USDA) y WR Grace, una compañía química multinacional. Como curiosidad decir que el significado del nombre persa de este árbol es "árbol libre".

(5) Las Directrices de Bonn fueron adoptadas por la Decisión VI/24 disponible en la página web del CDB (www.cbd.int).

(6) Esta cuestión enlaza de lleno con las infructuosas negociaciones en otros foros como la Organización Mundial sobre Propiedad Intelectual o la Organización Mundial de Comercio en el marco de su Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con Comercio (ADPIC/TRIPS) que llevan casi una década discutiendo esta cuestión sin excesivo éxito.

(7) Se le dio este nombre a un grupo informal de negociadores convocados por los copresidentes de manera oficial para discutir conceptualmente problemas de la negociación pero sin capacidad para negociar ningún texto.

(8) Este grupo también fue de participación reducida, 5 por región de Naciones Unidas, pero a diferencia del anterior los participantes venían nominados por sus regiones, teniendo por tanto los mismos una mayor representatividad.

(9) La representación en la mesa negociadora se reducía a cinco representantes por región de Naciones Unidas junto con dos representantes de cada uno de los siguientes grupos: sociedad civil, centros de investigación, empresas sector biotecnológico y comunidades indígenas y locales. El resto de participantes estaban presentes en la negociación pudiendo rotar incluso los sitios en la mesa de negociación siempre que se respetara los números por región o grupo citados con anterioridad.

(10) Un análisis más detallado del contenido y obligaciones del Protocolo puede encontrarse en Evanson Chege Kamau, Bevis Fedder and Gerd Winter, "The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing: What is New and What are the Implications for Provider and User Countries and the Scientific Community?" Law Environment and Development Journal Volume 6/3 (disponible en <http://www.lead-journal.org/content/10246.pdf>).

Otros artículos relacionados con: [Nagoya](#), [recursos genéticos](#), [biodiversidad](#)



© 2009