



red de coordinación en
biodiversidad

biodiversidadcr@gmail.com

Apartado 801-3100

Costa Rica

Cédula jurídica 3-002-611847

**POSICION DE LA RED DE COORDINACIÓN EN BIODIVERSIDAD
SOBRE EL PROYECTO DE LEY EXPEDIENTE 18.372
“APROBACIÓN DEL PROTOCOLO 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”**

14 de agosto de 2012

ANTECEDENTES SOBRE EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN DEL PROTOCOLO.

El “Protocolo de Nagoya (PN) sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio de Diversidad Biológica”, fue acordado en la Conferencia de las Partes del CDB el 29 de octubre de 2010 en la ciudad japonesa del mismo nombre.

- El CDB, comprende tres objetivos: la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes, y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización. El PN pretende concretar e impulsar el tercer objetivo del CDB, que incluiría la facilitación del acceso a los recursos genéticos y bioquímicos y al conocimiento tradicional asociado por parte de los países biodiversos; la transferencia de tecnologías pertinentes por parte de los países industrializados en términos concesionales; así como la distribución justa y equitativa de los beneficios.
- Las negociaciones para establecer el PN como régimen vinculante se extendieron por más de seis años. Ante la falta de consenso en las reuniones del panel de expertos conformado para ese fin, las autoridades aprobaron cuatro reuniones extraordinarias en el año 2010 como período de gracia. Aún así, ante el inminente fracaso de las negociaciones por seguir sin llegar a acuerdos, en vísperas de que se iniciara la Conferencia de las Partes-10 (COP-10), ante la cual la Comisión negociadora rendiría su informe, un grupo presidido por el delegado del país sede, presentó un texto que fue aprobado por los países miembro. El problema es que, ante esos hechos, sólo se puede hablar, como mínimo, de un texto parcial y apresuradamente negociado con todas las consecuencias previsibles.
- El PN quedará vigente una vez que reciba al menos 50 ratificaciones de los países que ya lo han firmado.

SOBRE EL CONTENIDO GENERAL Y EL LENGUAJE UTILIZADO.

- El PN es suplementario del Convenio de Diversidad Biológica y por tanto reitera sus principios y objetivos generales.
- Utiliza un lenguaje enormemente laxo, sujeto a interpretaciones el cual no ofrece una garantía de la aplicación de las normas que contiene. Por ejemplo, utiliza una gran cantidad de verbos potestativos más que verbos imperativos ¹.

SOBRE LOS ARTÍCULOS MAS CONTENCIOSOS DEL PROTOCOLO.

1. En cuanto al **ámbito (Art. 3)**, éste fue uno de los asuntos más controvertidos a lo largo de los años y sólo quedó parcialmente resuelto. Si bien en los términos utilizados se logró introducir a los compuestos bioquímicos o “derivados” como parte del Protocolo, el hecho es que no se excluyó la mención específica de los recursos genéticos humanos ni si los patógenos humanos (hongos, virus o bacterias) quedarían por el contrario incluidos. Tampoco se logró establecer el ámbito temporal, es decir, si el Protocolo tiene o no efectos retroactivos y si abarca a los recursos *ex situ*, esto es las enormes colecciones de recursos originarios de los países tropicales, transferidos y acumulados a lo largo de cuatrocientos años en bancos de germoplasma, agencias de depósito de microorganismos, jardines botánicos y otras colecciones en los países del Norte, uno de ellos ni siquiera Parte del CDB.
2. El Protocolo en su **Relación con acuerdos e instrumentos internacionales (Artículo 4)** dice no afectar los derechos y obligaciones contraídas por las Partes en el marco de otros acuerdos internacionales ni establecer una jerarquía con respecto a ellos. Por nuestra parte, consideramos determinante el establecimiento de jerarquías, con la preeminencia de aquellos tratados que tienen que ver con el medio ambiente y la naturaleza base de la vida y la alimentación de los pueblos, sobre otros acuerdos cuyos objetivos sean meramente comerciales.

En el momento actual, se está discutiendo el mismo tema del acceso a los recursos biológicos y al conocimiento tradicional asociado en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en el Tratado de la Semilla de la FAO, en el seno del Acuerdo de los Asuntos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), y también ha formado parte de la agenda de los tratados de libre comercio bilaterales y plurilaterales. En años recientes se ha empezado a debatir en la Organización Mundial de la Salud (OMS) el acceso a microorganismos patógenos, lo cual motivó una fuerte controversia en las discusiones del PN para determinar cuál debía ser el espacio de negociación y si deberían incluirse las discusiones sobre distribución de beneficios y propiedad intelectual.

El problema es que solo quien participó directamente en las distintas comisiones internacionales de discusión del PN, o quien se adentra en las actas e informes respectivos, puede deducir que en el Punto 16 del Preámbulo ² y en el Artículo 4.3 (Relación con acuerdos e instrumentos internacionales) ³ está supuestamente implícita la referencia al tema de los patógenos humanos. Al

¹ Hecho que la misma oficina de Asesoría Legal del Minaet así reconoce. Oficio Inf-11-ot-2011 del 14 de abril de 2011.

² Preámbulo del Protocolo de Nagoya: *Teniendo en cuenta el Reglamento Sanitario Internacional (2005) de la Organización Mundial de la Salud y la importancia de asegurar el acceso a los patógenos humanos a los fines de la preparación y respuesta en relación con la salud pública.*

³ Art. 4.3: *El presente Protocolo se aplicará de manera que se apoye mutuamente con otros instrumentos internacionales pertinentes al presente Protocolo. Se deberá prestar debida atención a la labor o las prácticas en curso útiles y pertinentes con arreglo a dichos instrumentos internacionales y organizaciones internacionales pertinentes, a condición de que estos apoyen y no se opongan a los objetivos del Convenio y del presente Protocolo.*

no haber referencias claras ni menos una toma de posición sobre el particular se deja a las vicisitudes de la interpretación o a lo que las Partes definan en sus leyes nacionales.

Ante esa realidad y por lo que la experiencia nos enseña, la alusión en el **inciso 4.3** de que debe haber atención para que otros instrumentos internacionales “apoyen y no se opongan a los objetivos del CBD y de este Protocolo”, constituye sólo una tímida propuesta sin mayor significado.

3. En cuanto a la **Participación justa y equitativa de los beneficios (Art. 5)**, reitera lo ya establecido en el CBD para luego dejar a cada parte “adoptar las medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda” tanto en términos generales como cuando se trate de comunidades indígenas y locales. El lenguaje a lo largo del artículo sigue siendo impreciso, propone condiciones para las comunidades indígenas y locales tales como: acuerdos establecidos por escrito (no dice en qué idioma) y cláusulas sobre resolución de controversias que resultan totalmente ajenas a esas comunidades.

La distribución de beneficios será regida por “términos mutuamente acordados”, de manera que los países y comunidades deberán negociar con países y empresas interesadas en sus recursos genéticos a partir de su propia pericia técnica y legal.

Cita este **artículo 5, inciso 4**, un anexo del Protocolo en donde se enumeran los posibles beneficios monetarios y no monetarios dejando su definición a “las condiciones mutuamente acordadas” entre los proveedores y los usuarios. Es decir a los acuerdos bilaterales que son, evidentemente entre desiguales, aunque sean “mutuamente acordadas”.

4. El **artículo No. 6 sobre Acceso a los recursos genéticos** sigue la misma tónica de dejar su concreción a las leyes nacionales. El Consentimiento Informado Previo (CPI) que se consideraba un punto importante del Certificado de Origen, condición del otorgamiento de propiedad intelectual, deja ahora de ser una exigencia internacional para dejarlo a “cada parte” (**Art. 6.2**)
5. En cuanto al **Acceso a conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos (Art. 7)**, sólo nos corresponde retomar la opinión de un indígena emitida cuando conoció este artículo que inicia así: “De conformidad con las **leyes nacionales**, cada parte adoptará medidas, según proceda, con miras a asegurar que se acceda a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales...”. El comentario firme del indígena: “cualquier intento de someter nuestros derechos a la **ley nacional** está fuera del mandato del CBD”.
6. Totalmente débil es el **Art. 9: Contribución a la conservación y utilización sostenible**, que en dos renglones sólo llama a las Partes sin que sea obligatorio, a “alentar a usuarios y proveedores a canalizar los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos hacia la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes”.
7. Carente igualmente de posibilidades es el **Art. 10: Mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios**, que escasamente señala que se pondrá a la “consideración de las Partes” si se establece o no, para el caso de situaciones transfronterizas en que haya beneficios compartidos derivados de recursos y conocimientos comunes. Lo que sí acota el artículo, es que los beneficios se utilizarán “...para apoyar la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes a nivel mundial”; o sea que en esa materia ya se tomó

partido.

8. En cuanto a las **Medidas de Cumplimiento (Arts. 15, 16, 17 y 18)**, podemos indicar que hay una total ausencia de indicaciones que tengan fuerza internacional, de tal manera que los mecanismos de ejecución se dejan a la voluntad y posibilidades de las Partes, entre ellos los requisitos de divulgación de las solicitudes de patentes, la atención de situaciones de incumplimiento y el establecimiento de uno o más puntos de verificación entre los cuales no se especifica que uno de ellos y con carácter vinculante, sean las respectivas oficinas nacionales de propiedad intelectual.

Es importante recordar que el Grupo de Países Megadiversos había definido los contenidos básicos que debería incluir el Protocolo y su antecesor, las Directrices de Bonn, en cuanto al acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa de los beneficios generados. Entre ellos, dos de los más importantes, aunque ciertamente una aceptación tácita de la propiedad intelectual sobre formas de vida, fueron:

- ✓ En términos de cumplimiento: hacer obligatoria la presentación del certificado de origen (ojalá bajo términos de un certificado internacional), en el que se hiciera constar que los recursos y el conocimiento asociado habían sido adquiridos según los términos establecidos en el país fuente, *contando con el consentimiento previamente informado* y bajo términos mutuamente acordados entre las partes. Dentro de esos términos quedarían claramente establecidos la distribución de beneficios y la transferencia de tecnología.
- ✓ Para que lo anterior tuviera fuerza, el país fuente establecería puntos de verificación y control. Uno de ellos, obligatorio, serían las oficinas de propiedad intelectual.

Pues bien, el PN no garantiza con carácter internacional, ninguna de las dos prioridades definidas como estratégicas por el Grupo de Países Megadiversos pues no se contempla la divulgación de origen como obligatoria en solicitudes de propiedad intelectual, ni tampoco el establecimiento de las oficinas de propiedad intelectual como punto de verificación del Protocolo. En tanto las solicitudes de propiedad intelectual son el momento procesal idóneo para verificar el cumplimiento de requisitos de acceso y distribución de beneficios, el PN resulta entonces un instrumento débil y sin mecanismos concretos para asegurar la protección de la biodiversidad, los objetivos del CDB y del mismo Protocolo, aún en los términos concebidos por los países megadiversos.

Estos países sostuvieron durante todo del proceso de negociaciones sobre acceso y distribución de beneficios, que unas disposiciones de cumplimiento débiles resultarían en un Protocolo insignificante e inaceptable⁴. De esta manera, aseguraban, el Régimen Internacional debería ser “efectivo para detener la biopiratería y eficiente para distribuir los beneficios”. Es lamentable entonces que hayan capitulado todavía más, aceptando no sólo la propiedad intelectual sobre formas de vida sino, además, las generalidades del PN en lo que llama “puntos de verificación” que ni siquiera se concretan.

9. Queremos, por último, hacer una aclaración respecto del **Art. 18 c) Opciones para la resolución de controversias alternativas, tales como mediación o arbitraje**. La oficina legal del Minaet, en su Oficio inf-11-ot-2011 del 14 de abril de 2011 a la Oficina Técnica de la Conagebio, muestra su preocupación sobre este inciso dados los posibles compromisos que el país adquiriría aceptando este tipo de controversias, sobre una materia especial como son los bienes de

⁴ Singh Nijar, Gurdial. The Nagoya Protocol on access and benefit sharing of genetic resources: analysis and implementation options for developing countries. South Center. March 2011

dominio público. Recordemos que los recursos bioquímicos y genéticos de la biodiversidad son así considerados en el Art. 6 de la Ley de Biodiversidad.

Entresacamos su opinión como sigue, para que los legisladores la tomen en cuenta:

La Procuraduría en la Opinión Jurídica OJ-080-2004, respecto al tema del arbitraje, manifestó en esa ocasión lo siguiente:

*”...De tal suerte que, con vista en las precisiones apuntadas al principio del presente estudio, estamos en presencia de competencias públicas derivadas de **la naturaleza jurídica específica del bien que interesa (dominio público), las cuales no podrían ser sometidas a la decisión de árbitros por no tratarse de un asunto de naturaleza estrictamente patrimonial.**”*

En este mismo sentido, la Resolución Sala Primera 906-04 estableció:

*“ VII.- No está de más advertir, que ya la Jurisprudencia Constitucional, cuanto los mismos dictámenes de la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República, todos de carácter vinculante para la Administración, relativos al tema en cuestión, y de los cuales el propio apelante cita ejemplos, hacen mención al carácter indelegable de la potestad legal que aquí interesa, y de la indisponibilidad de **someter al examen de árbitros, materias como tributos, dominio público, seguridad, orden público y salud entre otras.** y doctrina, no es conveniente arbitraje cuando se trate de bienes de dominio público.”*

Sin embargo la Procuraduría General de la República, en el Dictamen C-273-2010, emitido luego de la entrada en vigencia del Código Contencioso Administrativo ha cambiado un poco lo manifestado en la Opinión Jurídica OJ-080-2004, en el siguiente sentido:

“La validez de la utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos descansa primordialmente en la posibilidad para las partes de disponer libremente conforme a Derecho de las materias objeto de negociación. Dada la vinculación de la Administración Pública con el principio de legalidad tal posibilidad de disposición se encuentra vedada o muy limitada en determinadas materias.

*De manera que es factible reconocer cierto margen de negociación a la Administración a través de los medios alternativos tratándose aún del dominio público, cuando ello suponga un acrecentamiento o mejora de esos bienes, **pero nunca si la negociación tiene por objeto la desafectación o la disminución del dominio público.**” (la negrita no es del original).*

POSICION DE LA RED DE COORDINACIÓN EN BIODIVERSIDAD

Considerando todo lo anterior, la Red de Coordinación en Biodiversidad concluye que el PN no cumple con los objetivos de defender los recursos genéticos y el conocimiento asociado a ellos. El haber aprobado un documento cuya filosofía fue eliminar los aspectos más contenciosos—como la interrelación entre los derechos de propiedad intelectual y los derechos de los pueblos—con tal de no llegar con las manos vacías a la COP-10, se constituyó en la aceptación de un tratado que tarde o temprano o bien fracasará o bien será un instrumento en contra de los objetivos del CBD.

El mismo Braulio Ferreira de Souza Dias, nuevo secretario ejecutivo del CBD, comentó en una

entrevista reciente ⁵ que el tema del “cumplimiento” tal como está establecido en el PN , ha demostrado ser verdaderamente algo difícil—y se relaciona con los derechos de propiedad intelectual.

El problema, continuó Dias, es que:

“...las empresas privadas están preocupadas por la divulgación de información sobre el origen de los materiales. Esto es un tema delicado para ellas, porque no quieren perder competitividad. No quieren que sus competidores sepan hacia donde están dirigiendo sus inversiones. Al mismo tiempo, necesitamos la seguridad de que se respeten a los países proveedores y a sus comunidades indígenas. El punto es cómo hacemos eso a la par de guardar la confidencialidad pero al mismo tiempo necesitamos asegurar que lo que se acuerda se ejecute”

En la Red de Coordinación en Biodiversidad consideramos que apostar así, en el vacío, a favor de un Tratado que dejó conscientemente los términos más importantes sin abordar, es un gran error. El Tratado Nagoya no proporcionaría certidumbre legal a los facilitadores de los recursos y el conocimiento asociado, y más bien debilitaría los esfuerzos nacionales de implementación del CDB y generaría obligaciones económicas y diplomáticas que es indispensable tomar en cuenta.

Por último, es importante comentar que a la fecha, después de casi dos años de haber sido aprobado, este Tratado sólo ha sido ratificado por seis países, entre ellos sólo uno considerado megadiverso.

Por todo esto, invitamos a los señores y señoras diputadas **a no ratificar este convenio.**

⁵ By [Patralekha Chatterjee](http://www.ip-watch.org/2012/07/10/cbd-head-ipr-still-key-to-nagoya-protocol-on-access-and-benefit-sharing/). 10 de julio de 2012. **New CBD Head: IPR Still Key To Nagoya Protocol On Access And Benefit-Sharing.**

http://www.ip-watch.org/2012/07/10/cbd-head-ipr-still-key-to-nagoya-protocol-on-access-and-benefit-sharing/?utm_source=daily&utm_medium=email&utm_campaign=alerts